

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

JOÃO JACINTO ANHÊ ANDORFATO

A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS  
E O DISCURSO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO  
2017

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP**

**JOÃO JACINTO ANHÊ ANDORFATO**

**A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS  
E O DISCURSO DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Titular Marco Antonio Marques da Silva.

**SÃO PAULO  
2017**

**João Jacinto Anê Andorfato**

*A efetividade das garantias processuais penais  
e o discurso de combate à corrupção*

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Titular Marco Antonio Marques da Silva.

**BANCA EXAMINADORA**

**PROFESSOR TITULAR MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (ORIENTADOR)**

INSTITUIÇÃO: PUC - SP ASSINATURA:

**PROFESSOR DOUTOR ROBERTO FERREIRA ARCHANJO DA SILVA**

INSTITUIÇÃO: PUC - SP ASSINATURA:

**PROFESSOR DOUTOR JOÃO DANIEL RASSI**

INSTITUIÇÃO: USP ASSINATURA:

**SÃO PAULO  
2017**

*Dedico este trabalho à minha mãe, ANA MARISA ANHÊ,  
exemplo de honestidade, garra e vitória,  
e ao meu avô, JACINTO ANHÊ,  
cujas as lições continuamente me norteiam.*

*"Ser mestre não é de modo algum um emprego e a sua atividade se não pode aferir pelos métodos correntes; ganhar a vida é no professor um acréscimo e não o alvo; e o que importa, no seu juízo final, não é a ideia que fazem dele os homens do tempo; o que verdadeiramente há de pesar na balança é a pedra que lançou para os alicerces do futuro. (...) O mestre é o homem que não manda; aconselha e canaliza, apazigua e abranda; não é a palavra que incendeia, é a palavra que faz renascer o canto alegre do pastor depois da tempestade; não o interessa vender, nem ficar em boa posição; tornar alguém melhor - eis todo o seu programa".*

***Agostinho da Silva***

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao *Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva* por compartilhar o conhecimento e a experiência, por acreditar e incentivar esta dissertação, pelas lições que foram essenciais para que eu pudesse transpor limites antes inimagináveis, mais que um orientador, um exemplo a ser seguido.

Agradeço aos *Professores Doutores Roberto Ferreira Archanjo da Silva, Cláudio José Langroiva Pereira, Marcelo Augusto Erbella e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira* pelas inestimáveis contribuições, críticas e sugestões de grande valia para a conclusão desta dissertação.

Aos colegas do Pós-Graduação da PUC-SP, agradecimento este que faço nas pessoas do doutorando *Professor Bruno Pinheiro Machado Cogan* e dos mestrandos *Gabriel Huberman Tyles e Ricardo Vieira de Souza*, exemplos de profissionalismo, comprometimento e retidão.

Agradeço aos membros do *Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal*, na pessoa do *Professor Doutor Eduardo Saad-Diniz*, pelas oportunidades de problematizar o direito penal e processual penal.

Agradeço ao *Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano* e à *Georg-August-Universität Göttingen*, nas pessoas dos *Professores Luís Greco e Eneas Romero de Vasconcelos*, por todo apoio bibliográfico.

Agradeço à minha amada, *Leticia Magni de Almeida*, pelo apoio irrestrito na realização dos meus sonhos e por ser a inspiração do meu viver.

Agradeço a *Deus* por guiar meus passos e iluminar os meus caminhos, por me dar a paz necessária para tornar-me capitão da minha alma e senhor do meu destino.

A todos, o meu muito obrigado!

## RESUMO

ANDORFATO, João Jacinto Anhê. *A efetividade das garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito, área de concentração de Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Processual Penal).

Os recentes escândalos de corrupção expôs às escâncaras um antigo problema. Em uma pauta de emergência, surge um movimento punitivista que não ocupa somente os discursos dos brasileiros leigos, mas também mobiliza nossas autoridades policiais, judiciárias e membros do ministério público, que movidos pela opinião pública se colocam à disposição para traçar novas estratégias e elaborar novas medidas para combater o problema. A corrupção de forma alguma deve ser tolerada e necessita ser duramente debelada pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal. Contudo, o combate à corrupção ou à qualquer outra criminalidade, por maior que seja a gravidade do ilícito e suas consequências sociais, não justifica o desvirtuamento das garantias processuais penais que historicamente são o alicerce de controle e limitação frente ao poder punitivo do Estado. A sociedade deve zelar pela capacidade de discernir sobre os excessos do poder punitivo estatal e das instituições que o exercem, a fim de evitar o surgimento de patologias como um direito penal e processual penal de exceção em que valores morais bastam para sustentar as ciências criminais: o bom se torna um valor penal, a verdade um valor processual e o justo um valor jurídico. O desejo de punitividade por vezes ofusca as cautelas necessárias para se legitimar as intervenções dos órgãos de persecução penal, o que, diante da atual crise política, torna imprescindível a análise da ideia de Justiça sob a perspectiva da dogmática processual penal, colocando em polos de contraposição as garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROCESSO PENAL - POLÍTICA - CORRUPÇÃO - ANÁLISE DO DISCURSO.

## ABSTRACT

ANDORFATO, João Jacinto Anhê. *The criminal procedural guarantees and the anti-corruption discourse*. São Paulo: Pontifical Catholic University of São Paulo - PUC / SP, 2017. Dissertation (Master of Law, concentration area of Social Relations Law, subarea of Criminal Procedure Law).

The recent corruption scandals exposed a old problem. In an emergency agenda, a punitive movement emerges that does not only occupy the discourses of lay Brazilians, but also mobilizes our police, judicial and public prosecutorial authorities, who are moved by public opinion to draw up new strategies and new measures to combat the problem. Corruption in no way should be tolerated and must be harshly repressed by society and by the agencies of criminal prosecution. Notwithstanding, combating corruption or any other crime, however serious it may be the offense and its social consequences, does not justify the distortion of criminal procedural guarantees that historically are the foundation of control and limitation in face of the punitive power of the State. Society must ensure that it is able to discern the excesses of the state's punitive power and the institutions that exercise it in order to avoid the emergence of pathologies such as criminal and procedural law of exception in which moral values are enough to support the criminal sciences: the *good* becomes a criminal value, the *truth* a procedural value and the *justice* a legal value. The desire for punitiveness sometimes obfuscates the necessary precautions to legitimize the interventions of the organs of criminal prosecution, which, in view of the current political crisis, makes it essential to analyze the idea of Justice from the perspective of criminal procedural lessons, placing in poles of contraposition the criminal procedural guarantees and the anti-corruption discourse.

**KEYWORDS:** CRIMINAL PROCEDURE - POLITICS - CORRUPTION - DISCOURSE ANALYSIS.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - DIREITO, POLÍTICA E JUSTIÇA.....	15
1.1. O futuro (político) do Estado .....	15
1.1.1. Da divergência à convergência.....	15
1.1.2. Predição política: a política real e a política desejável .....	16
1.1.3. A sociedade política e o homem apolítico.....	16
1.1.4. O Estado como sociedade política e jurídica .....	23
1.2. Passos em direção à ideia de Justiça.....	25
1.2.1. A justiça como a razão e o problema do Direito. ....	25
1.2.2. Uma justiça moral ou de resultados? .....	26
1.2.3. A motivação do dever moral .....	28
1.2.4. A essência política da Justiça.....	29
1.2.5. O caráter processual da Justiça .....	31
CAPÍTULO II - DESVELANDO O DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	35
2.1. A aporia entre o <i>jus puniendi</i> e o <i>jus libertatis</i> .....	35
2.2. A "processualização" da Justiça Penal.....	26
2.3. A instrumentalidade processual .....	50
2.3.1. A instrumentalidade processual penal: o caráter cognitivo-garantista ...	51
CAPÍTULO III - O COMBATE À CORRUPÇÃO: ANÁLISE DO DISCURSO .....	64
3.1. O discurso.....	64
3.1.1. O caráter cognitivo do discurso.....	70
3.1.2. A legitimação por meio do discurso .....	73
3.2. A moralidade e a eticidade do discurso.....	76
3.3. O caráter punitivo do discurso de combate à corrupção .....	87
CAPÍTULO IV - A PERSECUÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO .....	97
4.1. A linguagem como pressuposto do conhecimento.....	97
4.1.1. A linguagem como instrumento de conhecimento no processo penal ..	100
4.2. A nova face da seletividade penal: a política .....	104
4.3. A ilegitimidade de um processo penal de exceção .....	112
CONCLUSÃO .....	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	131

## INTRODUÇÃO

A corrupção não é um problema exclusivo das sociedades contemporâneas, tão pouco tem origem recente no Brasil, é um mal que permaneceu encoberto por um longo período, talvez camuflado em outras patologias sociais, aguardando que fosse revelada a obscenidade que tomou conta da administração pública do país.

Os recentes escândalos de corrupção, de proporções estarrecedoras e de contornos ainda desconhecidos, expôs às escâncaras um antigo problema político, jurídico e social.

Diante de tal cenário, surge um movimento punitivista de combate à corrupção e à impunidade, que não ocupa somente os discursos dos brasileiros leigos, mas também mobiliza nossas autoridades policiais, judiciárias e membros do ministério público, que movidos pela opinião pública se colocam a disposição para traçar novas estratégias e elaborar novas medidas para combater o problema.

Inobstante a dimensão moral que envolve a atual concepção do fenômeno corrupção, não se nega aqui a gravidade da corrupção e as suas consequências para a sociedade, principalmente no que tange à efetividade dos direitos sociais protegidos pela Constituição.

Mas na justificação moral, o argumento do mal menor tem desempenhado papel proeminente, e a aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar o poder público e a população em geral a aceitar o mal em si mesmo.

Eis o problema. A corrupção de forma alguma deve ser tolerada e necessita ser duramente debelada pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal. Contudo, o combate à corrupção ou à qualquer outra criminalidade, por maior que seja a gravidade do ilícito e suas consequências sociais, não justifica o desvirtuamento das garantias processuais penais que historicamente são o alicerce de controle e limitação frente ao poder punitivo do Estado.

O desejo de punitividade, por vezes, ofusca os cuidados necessários para legitimar as intervenções dos órgãos punitivos. A sociedade deve zelar pela capacidade de discernir sobre os excessos do poder punitivo estatal e das instituições que o exercem, a fim de evitar o surgimento de patologias como o direito penal e processual penal de exceção em que valores morais bastam para sustentar as ciências criminais: o bom se torna um valor penal, a verdade um valor processual e o justo um valor jurídico.

Nesta perspectiva, o direito penal enquanto mecanismo de intervenção radical ao estabelecer aos mais gravosos atos as mais graves sanções e, conseqüentemente, sérios danos aos direitos e garantias individuais, deve limitar-se apenas aos casos de impossível resolução pelos demais mecanismos de controle social, formais ou informais.

Em razão do poder penal sempre tender ao excesso, seja no plano da elaboração de normas, da aplicação de normas ou da execução das penas, sua utilização deve ocorrer somente em última instância (*ultima ratio*), nas situações de maior gravidade aos principais interesses sociais. Assim, o desenvolvimento de filtros condicionantes da atuação dos órgãos de persecução penal decorre da própria violência intrínseca às práticas sancionatórias.

Nesse esteio, diante da atual crise política que estagnou o Brasil nas últimas décadas, a presente pesquisa possui o propósito de analisar o caráter punitivo do discurso de combate à corrupção tão em voga nos dias atuais, sob uma perspectiva especialmente processualística, colocando em polos de contraposição as garantias processuais penais e o discurso de combate à corrupção.

Insta destacarmos que a presente pesquisa busca uma abordagem interdisciplinar do tema, o que implica em explorar de forma aérea determinados territórios no domínio dito das ciências humanas, pois se é verdade que os territórios acabam por se confundir pela impossibilidade de se definir as fronteiras com exatidão, faz-se necessário então começarmos por esboçar uma ideia das características e dos limites que determinam o território a se explorar.

Desse modo, permitam-nos realizar um primeiro percurso de reconhecimento, o qual utilizaremos bibliografias que já trataram de temas essenciais para a questão, a fim de construirmos um certo saber inicial que as conclusões confirmarão, contestarão ou deslocarão, pois para alcançarmos os objetivos pretendidos, evidencia-se a necessidade de estruturação preliminar de alguns pressupostos relacionados à processualística penal e à corrupção enquanto fenômeno social, jurídico e político.

Para tanto, o desenvolvimento da pesquisa terá início a partir de uma perspectiva política do Estado, especialmente no que concerne à fundamentalidade da política para a realização de uma sociedade jurídica.

O desafio, a princípio, é superar o preconceito inerente à política de modo geral e provocar o debate, pois, ainda que a política e os seus atores sejam responsáveis por muitos dos principais problemas da atualidade, é certo que o pensamento apolítico e a abolição da política apenas resultaria em problemas ainda mais graves e que não permitiriam qualquer forma de controle. O real perigo é a política desaparecer, uma vez que os preconceitos se antecipam, confundem aquilo que seria o fim da política com a política em si.

Após, passamos a tratar da ideia de Justiça, especialmente os pontos relevantes para o pensamento da filosofia política a fim de submeter os aspectos da justiça ao exame crítico, para compreendermos melhor as justificações do processo penal e o seu papel no sistema de justiça.

No entanto, a pesquisa não tem o propósito de examinar a história das ideias de justiça em uma ordem cronológica, pois não se trata de uma análise histórica de todos os conceitos clássicos e modernos de justiça, o que demandaria uma pesquisa autônoma nesse sentido, mas sim uma reflexão moral e política da justiça. Busca-se uma análise quanto as ideias que harmonizam a vida cívica: justiça e direitos; obrigação e consenso; honra e virtude; moral e lei.

No capítulo seguinte, pretendemos abordar o caráter essencialmente instrumental do processo penal. Se o propósito da presente pesquisa é o cotejo entre as garantias processuais penais e o discurso punitivo de combate à corrupção, as conclusões não podem ser hauridas sem tecermos algumas considerações sobre o plano de fundo do direito processual penal e as expectativas que acompanham a forma processual.

No terceiro capítulo, passamos à análise do discurso de combate à corrupção. A ciência do direito e a linguagem estão intrinsecamente ligados, a ponto de se tornar inimaginável a existência do primeiro sem a utilização do segundo.

E se o direito não existe sem a linguagem, certamente ao problematizarmos a relação das garantias processuais penais em face do combate à corrupção, necessária também a análise do discurso. Importa refletirmos sobre o discurso social e institucional que reza pelo combate à corrupção e o fim da impunidade dos corruptos, a fim de conhecer e compreender a postura cada vez mais punitiva assumida pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal de utilizar e reproduzir este discurso atualmente tão em voga.

Por fim, o quarto e último capítulo será conclusivo e se limitará à análise das questões levantadas nos capítulos anteriores, examinando de forma concatenada os temas enfrentados no desenvolvimento de cada capítulo, abordando especialmente o expansionismo e a seletividade penal e os efeitos destes fenômenos no âmbito do processo penal, propondo ao final novas soluções ou novos problemas.

Por tal razão, a fundamentação da pesquisa tem por base a conjunção de aspectos de justificação da ciência do direito e da filosofia jurídica, somados à elementos de filosofia política e teorias processuais, que compõe a estrutura social, política e jurídica estabelecida nos Estados contemporâneos. Cuidam-se de questões fundamentais não só para discussão do problema proposto, como para rompimento do monólogo jurídico e da cegueira acadêmica que o tema provoca.

Cumprir advertir que a pesquisa não é um recurso investigativo para provar determinada convicção prévia. Apenas o caminho é conhecido, não o seu resultado. O conhecimento, assim como a ciência, deve ser neutro.

Desta feita, a pesquisa não terá caráter histórico em razão do seu objetivo. Não é o propósito da presente pesquisa fazer uma análise histórica do tipo penal da corrupção ou do fenômeno da corrupção no Brasil, tampouco traçar uma linha histórica sobre as teorias processuais penais, a partir de sua origem. Talvez fosse necessário para tanto uma pesquisa autônoma sobre cada tema, cujo o objetivo se desvincula de nossos propósitos, exigindo-se a cautela de impedir a multiplicação de objetivos com a finalidade de evitar confundi-los.

As teorias formuladas nas ciências humanas se diferem de outras teorias científicas no campo das ciências exatas, de modo que nestas últimas o fenômeno de acumulação de teorias no decorrer da história desempenha um papel muito mais determinante na constituição do objeto científico e dos instrumentos de análise, do que no caso das ciências humanas.

Caso assim fosse, toda nova construção teórica no domínio das ciências humanas teria que passar por um determinado itinerário de pensamento único, e a acumulação do saber haveria de seguir uma via prévia, já tracejada e obrigatória a todos.

Assim, a técnica adotada para a presente pesquisa é a documentação indireta, que abrange a pesquisa documental e bibliográfica, e permite o resgate factual e teórico das especificidades da ciência política e da processualística penal, por meio da análise conjunta de correntes doutrinárias divergentes, porém não contrárias, que formam os pilares centrais de sustentação das teses defendidas, cujo o objetivo central está voltado para os aspectos científicos dessas fontes.

O eixo fundamental da pesquisa está no método empírico-dialético, pautado na realidade (experiência jurídica) e na ciência do direito em dado momento histórico (dogmática jurídica), o que permite a formação de enunciados descritivos por meio do desenvolvimento de pensamentos ordenados em teses e antíteses e torna possível o descobrimento de novos elementos que auxiliam na confirmação, contestação ou afastamento das hipóteses abordadas no desenvolvimento da pesquisa.

Em complementação, adota-se o método técnico-jurídico, mediante concepções valorativas e sociais para compreender as questões essenciais enfrentadas no desenvolvimento do trabalho, que vão muito além de problemas estritamente jurídicos e se fundam em questões de justificação e conformação de posicionamentos relacionados à ciência política e à dogmática processual penal.

## CAPÍTULO I - DIREITO, POLÍTICA E JUSTIÇA

### 1.1. O FUTURO (POLÍTICO) DO ESTADO

#### 1.1.1. DA DIVERGÊNCIA À CONVERGÊNCIA

Antes de qualquer predição a respeito do futuro (político) do Estado, é preciso analisar a atual posição do Estado<sup>1</sup> na sociedade, suas características e perspectivas.

A pluralidade de conceitos de Estado existentes na doutrina, esclarece Dalmo de Abreu Dallari, se encontra entre dois extremos opostos. De um lado, o conceito mais amplo atribui ao Estado a condição de princípio organizador de todas as sociedades, de modo que a amplitude do conceito leva a conclusão de que a ideia de Estado é mais antiga do que a própria espécie humana. Do lado oposto, o conceito mais restrito de Estado é concebido como uma realidade histórica, dotada de características certas, determinadas e indispensáveis, bastando que a ausência de uma das características ou mesmo que não seja possível a identificação clara para que se negue a uma sociedade a condição de Estado. Entre as duas posições extremadas, há uma infinidade de conceitos intermediários distintos entre si<sup>2</sup>.

Um dos fatores que contribuiu para a diversidade de conceitos de Estado está relacionado ao ângulo de abordagem do tema. Inicialmente, havia uma identificação entre o fenômeno político e o Estado, que era apenas objeto de estudos políticos.

Novas perspectivas científicas surgiram e tornaram a questão mais complexa, aceitando a influência da sociologia política, de modo que o Estado deixa de ser objeto exclusivo de análises políticas e passa a admitir o estudo pela fenomenologia social. Não obstante a atenção pela ciência política e pela sociologia política, o Estado passa a ser caracterizado também como um fenômeno jurídico, ao passo que se busca disciplinar juridicamente os fenômenos políticos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> É tão vasta a diversidade de conceitos de Estado formulados por autores que estudam o tema com profundidade, que Dalmo de Abreu Dallari adverte para a necessidade de fixação prévia de um conceito a fim de evitar divergências decorrentes das diferentes concepções. Como exemplo, cita a obra de Charles Titus (*A nomenclature in political science. American Political Science Review*, n. 25, 1931) que apresenta mais de uma centena de definições diferentes de Estado.

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980, pp. 49-50.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*, p. 51.

Evidentemente, são distintas as visões dos juristas, dos sociólogos e dos políticos entre si e também entre eles próprios, vez que os próprios estudos políticos, jurídicos e sociais admitem a divergência de posicionamentos. Cabe àqueles que estudam com profundidade a Teoria do Estado, a missão de integrar os resultados fornecidos por todas as ciências do comportamento e oferecer um conceito uniforme de Estado.

### **1.1.2. PREDIÇÃO POLÍTICA: A POLÍTICA REAL E A POLÍTICA DESEJÁVEL**

Os comportamentos sociais relacionados a questões políticas, de acordo com Leslie Lipson, possuem especial relevância jurídica, pois é por meio do processo político que os indivíduos decidem as questões fundamentais da convivência social<sup>4</sup>.

Por tal razão, a possibilidade de *predição política*<sup>5</sup>, segundo Dalmo Dallari, deve ser explorada ao máximo, a fim de orientar os indivíduos, os grupos sociais e os próprios governantes sobre as atuais tendências políticas e probabilidades, para que as correções recomendadas pelo interesse geral e as medidas adequadas sejam introduzidas de modo a não violentar as liberdades humanas.

A predição dos comportamentos sociais que afetam a organização e o funcionamento do Estado, certamente está entre as tarefas mais relevantes dos estudos da Teoria do Estado, uma vez que não somente um exame complexo do Estado desde suas origens, mas também os estudos restritos a atualidade do Estado e dos fenômenos sociais que podem influir sobre ele, procedem a uma verificação de tendências e probabilidades a partir de elementos cientificamente coligidos e obedecendo a uma metodologia também científica<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> LIPSON, Leslie. *Os grandes problemas da ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>5</sup> A predição política entendida como um processo técnico sujeito a limitações e que não se confunde com a pretensão de transformar a própria vida num processo técnico, segundo Dalmo Dallari, não é apenas possível como também necessária, pois auxiliam na tomada de decisões políticas, mas sem a pretensão de fornecer o conteúdo delas. Vide DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980, p. 34.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 45.



Haurido com o propósito de contribuir para o debate da ciência política, Dallari se propõe a desenvolver um estudo sob o enfoque político dos dados obtidos pelas ciências do comportamento<sup>7</sup>, analisando as alternativas teóricas em confronto com a realidade objetiva.

Não há a pretensão de defender que as atividades políticas sejam puramente racionais ou que se convertam em um processo rigorosamente lógico, mas, em conformidade com as lições de David Easton, é certo que quanto melhor for o entendimento da maneira como se comporta o homem politicamente, e de como funciona o sistema político, melhores serão as condições para propor novos e mais efetivos arranjos políticos<sup>8</sup>.

Em vistas às lições aprendidas com as experiências políticas do século passado, Edgard Morin afirma que a médio prazo há a possibilidade da construção de uma política concreta de desenvolvimento do homem, por meio da articulação do que convencionou chamar-se de *antropolítica* (política do homem)<sup>9</sup>.

A antropolítica, conforme Edgard Morin, é incompatível com o torna ideológico que serve a todos os fins, mas não passa de um "torniquete" destinado a cingir o desenvolvimento político. Com efeito, a política do homem pode ser caracterizada como o princípio dialético que visa manter o multidimensional na unidade e a unidade no multidimensional, pois há a necessidade de integrar a dimensão política em uma concepção multidimensional<sup>10</sup> que se projeta com o fim de elaborar a comunicação entre o interesse específico e o interesse coletivo.

---

<sup>7</sup> Diante da importância que podem ter as previsões políticas, posto que se referem aos aspectos fundamentais da vida social, Dalmo Dallari esclarece que o cientista político deve assumir a responsabilidade de formular previsões.

<sup>8</sup> EASTON, David. Da continuidade em pesquisa política. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, vol. 5, Jun/1971.

<sup>9</sup> MORIN, Edgar. *Introdução à política do homem: argumentos políticos*. Trad. Celso de Sylos. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 102.

<sup>10</sup> A antropolítica, adverte Edgard Morin, é necessária para impedir que um dos polos antagônicos destrua o outro, pois no âmbito político se aniquila também aquele que destrói a oposição.

Imperioso reconhecermos que os fenômenos políticos envolvem todos os indivíduos que vivem em um Estado, ainda que indiretamente, de modo que ninguém pode adotar a atitude de mero sujeito objeto de conhecimento.

Aqueles que participam diretamente das decisões políticas sentem com maior intensidade e mais frequentemente a necessidade de predizer as inclinações que deverão conformar o futuro do Estado, mas as predições de comportamento são realizadas por todos os que de alguma forma participam da vida política<sup>11</sup>.

Diante desse cenário, Lourival Vilanova afirma que a determinação do "Estado possível", em consequência do "Estado real", tem de ser o problema da Teoria do Estado<sup>12</sup>.

A descrição do Estado deve ter em conta não apenas as comunidades de vontade e de valores no presente, mas deve referir-se também ao futuro do Estado<sup>13</sup>. Observando e valorando as inclinações do político real, segundo as lições de Hermann Heller, obtêm-se juízos sobre a política possível, de modo que todo indivíduo, mais ou menos consciente, observa a realidade política também sob o aspecto da sua possível mutabilidade.

Assim, as considerações a respeito da melhor organização do Estado partem, inevitavelmente, da observação de comportamentos passados e presentes, mas só tem razão de ser em função do futuro que se considera desejável<sup>14</sup>, pois, no instante em que se pretende eliminar de vez uma interrogação, conforme adverte Edgard Morin é o exato momento que deve estimulá-la.

---

<sup>11</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>12</sup> VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Recife: Imprensa Oficial, 1953.

<sup>13</sup> HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

<sup>14</sup> Não cabe à Teoria do Estado, segundo Dalmo Dallari, indicar o "melhor" Estado para o futuro, pois um juízo de valor dessa espécie tornaria impossível o tratamento científico do tema, limitando-se a indicar os futuros prováveis de acordo com cada variável que se possa identificar.

A política não pode ser construída sobre um dogmatismo presente na imensa relatividade e interrogação que por toda a parte se renova. Há de permanecer sempre uma questão a ser colocada pelo homem a si mesmo e ao mundo. A perda do absoluto político deve ser vista como um benefício à sociedade, eis que a política deve relacionar-se com todas as dimensões humanas<sup>15</sup>.

Não é por outra razão que Hannah Arendt afirma, em tom de crítica, que a filosofia e a teologia sempre se ocuparam do homem, e todas as ilações seriam no mesmo sentido, ainda que houvesse somente um homem ou apenas homens idênticos. A política, diante de uma sociedade cuja a visão está centralizada no homem, baseia-se na pluralidade dos homens, razão pela qual nenhuma resposta filosoficamente válida foi encontrada para compreendermos o que realmente é a política<sup>16</sup>.

Igualmente com o que ocorre no campo filosófico, o homem permanece centralizado no pensamento científico. E a política, em sua essência, jamais atinge a mesma profundidade filosófica e científica que outros temas como o direito, o estado e a justiça<sup>17</sup>. Analisa-se o produto humano antes do fenômeno por ele produzido. A falta de profundidade de pensamento não revela outra coisa senão a própria ausência de profundidade, na qual a política está ancorada.

A política, ao ultrapassar os limites do governo e do indivíduo, busca rearticular-se com o destino do homem, mas jamais com o intento de confiná-lo ou reprimi-lo. O destino do homem não se resolve na política, pois, ao contrário, é a política que deve subordinar-se aos interesses dos homens<sup>18</sup>.

Assim como deve ser, a política tornou-se do homem, no sentido em que se relaciona com a vida cotidiana e com o seu bem estar. No entanto, o caráter antropológico ainda permanece meramente formal, apenas no tom do discurso político, posto que a política do homem possui regras e delineamentos imprecisos.

---

<sup>15</sup> MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah. *O que é política?* Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 21.

<sup>17</sup> A diferença de profundidade acadêmica entre as filosofias políticas e outros temas das obras dos grandes pensadores, segundo Hannah Arendt, é negativamente surpreendente.

<sup>18</sup> MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 103.

### 1.1.3. A SOCIEDADE POLÍTICA E O HOMEM APOLÍTICO

Todavia, diante desse cenário, Hannah Arendt compreende o homem como apolítico e afasta por completo a ideia de que no homem há algo político que pertence à sua essência. A política surge precisamente entre os homens, isto é, nas relações sociais interpessoais, mas totalmente fora deles<sup>19</sup>.

Um processo de esvaziamento toma conta da política que tem a necessidade de se metamorfosear, e que continua aprisionada a esquemas tradicionais e a um processo pletórico ou de explosão na mesma proporção em que pretende aderir à multiplicidade dos problemas do homem<sup>20</sup>.

Portanto, a fim de evitar que a política seja substituída por setores operacionais, técnicos, administrativos, ou por setores ideológicos, Edgard Morin afirma que cabe ao cientista político aduzir o esforço central do pensamento a respeito da ciência do homem (antropologia) para que se concretize um novo ato político inaugural<sup>21</sup>.

A política do homem visa, portanto, constituir naturalmente uma política fundada no homem e, por isso, experimenta a incerteza do problema humano, os desvios e percalços na busca por seu desenvolvimento<sup>22</sup>.

Com efeito, o papel da política para Hannah Arendt é tratar da coexistência entre as diferenças. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais em um caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das próprias diferenças. O movimento político se desenvolve entre elementos sociais que podem conectar indivíduos diferentes e também afastar indivíduos semelhantes<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>20</sup> MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>21</sup> A antropologia, segundo Edgard Morin, é o ponto de partida nos estudos políticos, e não o de chegada, de modo que é necessário tempo e desenvolvimento para que se construa uma antropolítica de verdade.

<sup>22</sup> O humanismo, que por vezes foca seu olhar no homem pleno e deixa de lado os desprovidos de tal sorte, em algum momento, inevitavelmente, enfrentará a questão sobre como viver para além da necessidade, do conforto e da comodidade financeira. A filosofia do humanismo, embora triunfante do ponto de vista científico e sociológico, não está isenta de crises, e por tal razão, a nova antropolítica deve associar o termo homem ao termo crise, sem pretender aduzir uma solução messiânica, mas propor-se de fugir ao ciclo em que a crise de uma ideologia é o que sustenta à outra, pois o homem não apenas caminha no desconhecido mas em direção ao desconhecido. Vide MORIN, Edgar. *Introdução à política do homem: argumentos políticos*. Trad. Celso de Sylos. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 105-106.

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, pp. 21-22.

O problema reside na própria natureza humana e na construção cultural dela decorrente que promove a efetiva redução da diversidade original como também o esgotamento da igualdade essencial dos homens<sup>24</sup>.

Do ponto de vista político, Hannah Arendt afirma que há no instituto da família<sup>25</sup> uma importância inquestionável, pois o mundo está e sempre foi organizado fundado na família. Em um mundo de diferenças culturais, religiosas, políticas, sociais e econômicas, é o instituto da família que se apresenta como porto seguro ao estimular e impulsionar a semelhança.

Contudo, tal fenômeno leva à perversão fundamental da coisa política, porque anula a qualidade básica da pluralidade ou a perde em razão da introdução de um conceito de parentesco contrário à diversidade<sup>26</sup>.

Por tal razão, Hannah Arendt adverte que o primeiro passo ao se pretender falar sobre política é nos despirmos dos preconceitos<sup>27</sup> que todos temos contra a política.

Esses preconceitos não são juízos definitivos, apenas indicam que, ao menos até o presente momento, não sabemos nos mover politicamente, de modo que o real perigo é a política desaparecer do mundo, visto que os preconceitos se antecipam, confundem aquilo que seria o fim da política com a política em si<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> *Idem, ibidem.*, p. 22.

<sup>25</sup> A ruína da política, afirma Hannah Arendt, surge do desenvolvimento de corpos políticos a partir da família. O instituto da família, com fortes raízes no cristianismo, jamais foi observado sob a ótica da participação ativa na pluralidade, mas ao contrário, tomou contornos que levaram à mitigação do princípio natural da diversidade, em uma tentativa de criar o homem na imagem de si mesmo.

<sup>26</sup> No âmbito da política, Hannah Arendt sustenta que a ideia de buscar igualdade somente se realiza no tocante aos direitos iguais que os diferentes garantem a si próprios, ou seja, na garantia de uma reivindicação juridicamente equânime que reconhece-se a pluralidade dos homens.

<sup>27</sup> Tais preconceitos comuns a todos nós, em virtude do fato de não sermos políticos profissionais no sentido técnico da palavra, segundo Hannah Arendt representam algo de político no sentido mais amplo da palavra: não brotam da soberba das pessoas cultas e não são culpados do cinismo delas, que viveram demais e compreenderam de menos; não podemos ignorá-los porquanto estão presentes em nossa vida, e não podemos atenuá-los com argumentos porquanto refletem realidades incontestáveis.

<sup>28</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 25.

Argumenta, nesse contexto, que existe no plano de fundo de tais preconceitos contra a política o medo das graves consequências históricas em que a política foi utilizada como instrumento e meio de violência colocados à disposição e, conseqüentemente, ligado a este medo, a ideia de que o melhor juízo e esperança é a eliminação da política antes que esta possa eliminar a própria humanidade<sup>29</sup>.

Mas a partir do momento que se compreende a política como uma relação entre dominantes e dominados, é possível concluirmos que o pensamento apolítico e a abolição da política apenas resultaria em uma forma de dominação mais grave e ameaçadora, uma dominação despótica ampliada ao extremo na qual o resultado seria o abismo entre dominantes e dominados que não permitiria qualquer forma de controle ou sequer reivindicações pela população dominada, sendo impossível apresentar qualquer tipo de reclamação em virtude da inexistência de órgãos políticos responsáveis pela comunicação entre o dominante e o dominado<sup>30</sup>.

Diante do fato da política ser uma teia de negociatas e corrupção utilizada para a consecução de interesses próprios e mesquinhos, a qual oscila entre propagandas vazias sob o discurso de representação do povo o qual tem a certeza de que jamais foi representado, revela-se que o principal aspecto do preconceito corrente contra a política é a fuga à impotência, o desesperado desejo de ser realmente livre na capacidade de agir<sup>31</sup>.

A política deve lidar sempre com o esclarecimento e com a dispersão dos preconceitos, o que não significa a tentativa de eliminar totalmente os preconceitos, mas apenas auxiliar no juízo e convencimento, que é exatamente o que determina o nível da política e da sociedade<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 26.

<sup>30</sup> Contextualizando o perigo de um poder absoluto, Hannah Arendt cita a célebre frase de John Emerich Edward Dalberg: "*power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*" (*o poder corrompe e a posse do poder absoluto corrompe em absoluto*). Vide DALBERG, John Emerich Edward. *A Study in Conscience and Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>32</sup> *Idem, idem*, p. 29.

O pensamento político baseia-se, em sua essência, na capacidade de formação de opinião<sup>33</sup>. O verdadeiro preconceito é justamente aquele que oculta um juízo já formado, o qual originalmente tinha uma legítima causa empírica que lhe era apropriada e que transformou-se em preconceito porque persistiu cegamente e sem ser revisto à realidade atual. O perigo é justamente este, pois o preconceito antecipa o juízo e torna impossível uma análise do presente com o juízo anteriormente formado.

Portanto, não importa se é o homem ou o mundo que corre perigo nas crises políticas-sociais-econômicas contemporâneas, certo é que a resposta que empurra o homem para o ponto central das preocupações do presente é apolítica em seu sentido mais profundo, e isso preciso ser mudado.

#### **1.1.4. O ESTADO COMO SOCIEDADE POLÍTICA E JURÍDICA**

Assim, voltando à predição do futuro político do Estado, muito embora na realidade seja praticamente impossível obter um conceito de Estado político e jurídico que se imponha à aceitação geral, se faz necessária a busca por um conceito amplo que concilie as teorias políticas, sociológicas e jurídicas, vez que por não se tratar de teorias totalmente autônomas, podem unificar-se intimamente, justamente diante da necessidade de conceber o Estado como totalidade, por meio dos seus elementos substanciais, independentemente dos aspectos particulares de acordo com cada área de estudo ou momento histórico<sup>34</sup>.

O Estado que usualmente é concebido apenas como sociedade política, posto que tem a atribuição de coordenar e unificar fins particulares em função de fins gerais, o que implica, portanto, na existência de finalidade ao poder político, deve também ser caracterizado como um pressuposto indispensável da vida jurídica<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Os preconceitos, conforme esclarece Hannah Arendt, podem desempenhar também um papel essencial na política, pois nenhum homem é capaz de viver sem preconceitos. Os preconceitos que compartilhamos mutuamente em conversas em que não se faz necessário maiores detalhes e explicações, representam precisamente o sentido mais amplo da ideia de política.

<sup>34</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, pp. 53.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, pp. 52-53.

Com efeito, o Estado está indissolúvelmente ligado com o poder político, vez que em alguns casos é o próprio poder, e em outros é um instrumento de exercício do poder<sup>36</sup>.

Assim, é natural que a conceituação do Estado como sociedade política e jurídica gradativamente ganhe força no debate acadêmico e em seus reflexos práticos, pois já não se considera regular qualquer ato do Estado à margem do direito, e menos ainda quando contrário a este.

A noção do Estado como ordem jurídica implica que, sendo uma ordem a qual o Estado faz parte, deve portanto submeter-se a ela, fazendo-a respeitar por todos, individualmente e em sociedade, inclusive pelos demais Estados<sup>37</sup>.

Tal conceituação é a grande aporia do Estado contemporâneo, que existe em função dos interesses dos indivíduos que o compõe e busca a consecução de fins gerais para atender os interesses e, para alcançar esta finalidade, exerce um poder que busca o máximo de eficácia sobrepondo-se aos demais poderes; e ao mesmo tempo é a expressão máxima da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio.

Por tal razão, o Estado deve refletir essa dupla característica: a política e a jurídica. O fato de que o Estado, sendo sociedade, é portanto uma ordem jurídica, intensifica o esforço para acentuar o conteúdo jurídico dessa relação de poder.

Não nos importarmos com as consequências da política, demonstrando total indiferença aos debates políticos, é o grande problema que antecede as graves consequências decorrentes de medidas inadequadas projetadas por governantes e não questionadas pelos governados.

---

<sup>36</sup> E embora se reconheça a necessidade que o Estado possui de uma esfera de poder arbitrário, principalmente para certas medidas de emergência, Dalmiro Dallari afirma que os estudos jurídicos voltados à Teoria do Estado têm buscado fixar regras e princípios gerais que condicionam o uso desse arbítrio, há um esforço no sentido de impor limitações jurídicas ao poder político.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, pp. 53.



Não basta apenas ignorarmos os problemas sociais atuais como se todos fossem meramente hipotéticos e mantê-los somente em um espaço interior de reflexão, pois muitos dos problemas são altamente reais e devem ser enfrentados, especialmente no âmbito da política, o que torna indispensável a superação do preconceito contra a política de forma geral<sup>38</sup>.

## **1.2. PASSOS EM DIREÇÃO À IDEIA DE JUSTIÇA**

O conceito de justiça, desde os estudos mais antigos sobre o tema, é objeto de análise quanto as ideias que harmonizam a vida cívica: justiça e direitos; obrigação e consenso; honra e virtude; moral e lei.

A diversificação de ideias sobre o conceito de justiça nos sugere a necessidade de uma análise conjunta e intertemporal de doutrinas ditas clássicas e contemporâneas.

No entanto, o estudo apresentado na presente pesquisa não tem o propósito de examinar a história das ideias de justiça em uma ordem cronológica, não se trata de uma análise histórica de todos os conceitos clássicos e modernos de justiça, o que demandaria uma pesquisa autônoma nesse sentido, mas sim uma reflexão moral e política da justiça.

O objetivo é abordar pontos relevantes para o pensamento da filosofia política a fim de submeter os aspectos da justiça ao exame crítico, para compreendermos melhor as justificações do processo penal e o seu papel no sistema de justiça.

### **1.2.1. A JUSTIÇA COMO A RAZÃO E O PROBLEMA DO DIREITO**

A justiça, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é o princípio e o problema do direito<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>39</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 351.

A questão que se propõe a resolver é de saber se existe alguma forma de razão que seja para o direito um sentido do próprio direito, que permita estimá-lo como legítimo ou não, isto é, se a legitimidade se encontra em um sentimento - subjetivo e irracional, ou se existe uma estrutura universal e racional que legitima o direito ou nos faça reconhecer a sua ilegitimidade.

Não obstante à mutabilidade das normas jurídicas que devem se adaptar diante de mudanças sociais, o que se busca é a estrutura de resistência à mudança, que assegure à experiência jurídica um sentido persistente.

É na ideia de justiça que tal estrutura sempre foi encontrada, não há que se negar que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir<sup>40</sup>. A justiça como um "código de ordem" superior, cujo o desrespeito produz resistência e a ausência conduz à desorientação das regras de convivência nos permite concebê-la como um princípio que confere sentido para o universo jurídico.

Por tal razão, seguimos no sentido das lições de Tércio Sampaio Ferras Júnior, em que a justiça é o princípio racional e o problema do direito, pois revela-se um campo de probabilidades e possibilidades que tornam a justiça um problema permanente de criação, interpretação e aplicação de normas<sup>41</sup>.

### 1.2.2. UMA JUSTIÇA MORAL OU DE RESULTADOS?

O utilitarismo, conforme proposto por Jeremy Bentham, aceita o pressuposto de que a moral consiste em pesar custos e benefícios, de modo que o resultado é apenas uma avaliação mais ampla das consequências sociais, ainda que cause repúdio moral<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> O direito, adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior, deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo, ou seja, a perda ou a ausência do sentido de justiça é denominador comum do *dever-ser* do comportamento social, pois nenhum homem pode sobreviver em uma situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu universo moral, foi destruída, uma vez que a carência de sentido torna a vida insuportável. Vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 352.

<sup>41</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 356.

<sup>42</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

A ideia central de justiça para o utilitarismo é simples: o objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a prevalência do prazer sobre a dor. Por isso, Bentham defende que algo será justo nos casos em que maximizar a utilidade buscando o melhor resultado para a maioria, afastando qualquer direito ou dever moral.

Assim, o certo e o errado guardam relação com o que é útil e inútil, isto é, o que promove um resultado mais ou menos satisfatório. A filosofia utilitarista faz da dor e da felicidade a base da vida moral e política. O resultado mais satisfatório para a coletividade deve se sobrepor aos resultados satisfatórios individuais de uma minoria<sup>43</sup>.

De outro lado, Michael Sandel rejeita a ideia de que a coisa certa a fazer é simplesmente uma questão de medir as consequências, os custos e os benefícios, e sugere que a moral significa algo mais relacionado à própria maneira como os seres humanos se tratam uns aos outros<sup>44</sup>.

São duas abordagens opostas da ideia de justiça. A primeira diz que a moral de uma ação depende unicamente das consequências que ela ocasiona, ao passo que a coisa certa a fazer é aquela que produzirá os melhores resultados considerando todos os aspectos envolvidos. A segunda abordagem defende que as consequências não são tudo com o que devemos nos preocupar, no que diz respeito à moralidade, pois devemos observar certos deveres e direitos por razões que não dependem das consequências sociais dos nossos atos.

Não obstante o sentido lógico apresentado nos argumentos de Jeremy Bentham, a vulnerabilidade do utilitarismo é flagrante. Tratar a ideia de justiça como uma "justiça de resultados", obrigatoriamente afasta qualquer conceito de dignidade humana e afronta por completo os direitos individuais.

Considerar apenas a soma das satisfações da coletividade pode acarretar em resultados desumanos para os indivíduos isolados em uma minoria.

---

<sup>43</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>44</sup> SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 47.

De acordo com o utilitarismo, os indivíduos somente têm importância enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. Isso significa que se a lógica utilitarista for aplicada de forma consistente, permite-se sancionar a violação do que consideramos como normas fundamentais de dignidade humana<sup>45</sup>.

Portanto, no que pese a dificuldade de se estabelecer contornos morais para a ideia de justiça, o desafio deve permanecer, visto que a ideia de "justiça de resultados" acabaria com a própria essência da ideia de justiça.

### 1.2.3. A MOTIVAÇÃO DO DEVER MORAL

A pesquisa se pauta em valores humanos essenciais inerentes à sociedade, presentes desde as formulações de ética e moral, até a construção dogmática de limites e parâmetros processuais penais.

Logo, se todos os homens são merecedores e dignos de respeito, não importa quem sejam, é errado tratá-los como meros instrumentos para a consecução de uma felicidade coletiva, portanto, os parâmetros utilitaristas de justiça devem ser afastados.

Assim, nos cabe analisar uma proposta alternativa para a ideia de justiça, a partir da ideia de que somos seres racionais dotados de uma genuína dignidade. É nesse sentido que Immanuel Kant argumenta que a moral não diz respeito à utilidade ou a qualquer outra finalidade ou resultado, mas deve ser fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas<sup>46</sup>.

De fato, a importância atribuída pelo pensamento kantiano à dignidade humana define nossas concepções atuais de direitos humanos e faz parte do pensamento contemporâneo sobre moral e política<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>46</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 79.

Por isso, tentar tomar como base para os princípios morais os desejos que porventura tivermos, é uma maneira errada de abordar a moral, pois o simples fato de uma maioria estar satisfeita com determinada situação, isso não significa que a conduta aceita pela maioria seja correta, da mesma forma que o fato da maioria concordar com determinada lei não a torna uma lei justa.

Fundamentar a justiça e a moralidade em preferências coletivas não é capaz de distinguir o certo do errado, e permite a deturpação da dignidade que deve permear a ideia de justiça. Por tal razão, o valor moral de uma ação não deve ser buscado em seus resultados, mas na intenção com a qual a ação é realizada<sup>48</sup>.

O que importa, segundo Kant, é o motivo. Uma conduta justa não é justa devido ao resultado produzido por ela, mas é justa em si, quer prevaleça ou não. A motivação é o que confere o valor moral a uma ação, o dever moral é fazer a coisa certa pelo motivo certo.

A motivação da justiça é pautada na razão. Não somos apenas seres movidos a estímulos de prazer e dor, somos também seres racionais capazes de pensar. A racionalidade, relevante para a formulação da dignidade humana, encontra em sua face da motivação moral o fundamento para a ideia de justiça<sup>49</sup>. Portanto, um princípio moral não pode ter como base os interesses ou desejos dos indivíduos, da mesma forma que os princípios de justiça não podem se fundamentar nos interesses ou desejos de uma comunidade.

#### **1.2.4. A ESSÊNCIA POLÍTICA DA JUSTIÇA**

Realmente, a justiça de Aristóteles guarda algumas semelhanças com a ideia proposta por John Rawls, especificamente quando afirma que justiça é dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido<sup>50</sup>. Contudo, a profundidade da ideia de justiça aristotélica vai muito além da equidade.

---

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, pp. 30-31.

<sup>49</sup> KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>50</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

A justiça aristotélica se funda na conjunção de duas ideias: primeiro, se relaciona ao propósito da prática social em questão; em segundo plano, há o caráter honorífico necessário para compreender o propósito da conduta ou decisão, isto é, as virtudes que a prática deve honrar<sup>51</sup>.

Os debates sobre a honra e a virtude, segundo Aristóteles, devem se dar em um campo neutro, o que o leva a concluir que a justiça não pode ser neutra, mas que suas discussões sejam<sup>52</sup>.

As discussões sobre justiça, em sua essência, são discussões sobre os propósitos de instituições sociais, sendo necessário questionarmos o propósito da política para alcançarmos a ideia de justiça.

Por tal razão, Aristóteles afirma que qualquer comunidade (*pólis*) que mereça assim ser chamada deve dedicar-se ao propósito de promover o justo, caso contrário, a comunidade enquanto associação política se reduzirá a uma mera aliança e a lei será transformada em mero pacto de garantia de direitos dos homens contra seus pares, em vez de ser, como deveria, uma regra da vida para tornar seus membros bons e justos<sup>53</sup>.

A política tem um significado mais elevado. O propósito de uma comunidade politicamente organizada é permitir que as pessoas desenvolvam suas capacidades e virtudes humanas, e as instituições da vida em sociedade são meios de atingir essa finalidade<sup>54</sup>.

É notável que nos dias atuais vemos a política como uma mal necessário, e não como uma característica essencial da sociedade. Michael Sandel bem aponta que quando pensamos em política, pensamos em concessões mútuas, interesses e corrupção. A própria ideia de política como instrumento de justiça, como forma de transformar o mundo em um lugar melhor, foi substituída pela ideia de política como instrumento para alcançar finalidades individuais<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal Editores, 2004, p. 103.

<sup>52</sup> *Idem*, *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985, Livro III, cap. V, 1282b.

<sup>53</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, Livro III, cap. V, 1280b.

<sup>54</sup> *Idem*, *ibidem*, Livro III, cap. V, 1280b.

<sup>55</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 242.

Mas Aristóteles é claro ao afirmar que não podemos viver em uma sociedade justa sem a política. Somente podemos realizar a nossa natureza humana se participarmos da política, pois os seres humanos, diferentemente dos outros animais, possuem a faculdade da linguagem. E somente a linguagem, capacidade essencialmente humana, é capaz de expressar o que é justo ou injusto e distinguir o certo do errado. A linguagem é o meio pelo qual discernimos e deliberamos sobre a justiça<sup>56</sup>.

Na comunidade politicamente organizada é que exercitamos a racionalidade humana por meio da linguagem e deliberamos assim sobre justiça e injustiça. Por isso, Aristóteles afirma que a associação política deve anteceder o próprio indivíduo<sup>57</sup>, pois não somos autossuficientes quando estamos isolados uma vez que não podemos desenvolver sozinhos nossa capacidade de linguagem e de deliberação moral<sup>58</sup>.

Portanto, uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre a ideia de justiça<sup>59</sup>, o que exige que realizemos a nossa natureza por meio da faculdade da linguagem, o que requer, por sua vez, que deliberemos com nossos pares sobre o certo e o errado, a justiça e a injustiça.

### 1.2.5. O CARÁTER PROCESSUAL DA JUSTIÇA

Seguimos, então, com a ajuda dos estudos de Platão para compreendermos melhor sobre os parâmetros de justiça. Na *República* de Platão, observa-se que os diálogos são conduzidos tendo como objetivo encontrar a definição do que é justiça. Entre as respostas oferecidas pelos filósofos encontrados no caminho, a primeira ideia apresentada afirma que justiça é dizer a verdade. Esta ideia é complementada com o parâmetro de que justiça é dar a cada um o que lhe é devido<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, Livro I, cap. II, 1253a.

<sup>57</sup> Aristóteles afirma que a *pólis* existe por natureza e antecede o indivíduo. No caso, o "anteceder" refere-se à função ou ao propósito, e não a algo cronologicamente anterior.

<sup>58</sup> De acordo com Aristóteles, "*o homem isolado - incapaz de compartilhar os benefícios da associação política, ou que não precisa compartilhá-los por já ser autossuficiente - não é parte da pólis e deve, portanto, ser uma besta ou um deus*". Vide ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985, Livro I, cap. II, 1253a.

<sup>59</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 323.

<sup>60</sup> PLATÃO. *A república*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, diálogo 331c.

Em contraposição aos parâmetros inicialmente apresentados, surge a ideia de que justiça é favorecer os amigos e prejudicar os inimigos. De imediato a ideia é criticada no diálogo, advertindo-se que do perigo de prosperar a ideia de que fosse justo fazer mal a alguém<sup>61</sup>.

Diante de tais ideias contrapostas, infere-se das conclusões de Platão que o conceito de justiça envolve todo o comportamento do ser humano, incluindo a busca da verdade enquanto parâmetro de justiça e a punição dos injustos.

A definição de justiça na perspectiva de Platão claramente assume um caráter antropológico, uma vez que tem em conta o valor humano<sup>62</sup>.

Em sentido semelhante, extrai-se do pensamento de Aristóteles a ideia de justiça comunicativa, pois o homem, tendo herdado da natureza todas as armas da sabedoria e da virtude, deve valer-se delas como instrumento a combater as más paixões. Ou seja, diante de uma necessidade social, a justiça é absorvida como regra jurídica de vida para a sociedade política, porque uma decisão sobre o que é justo, constitui o direito<sup>63</sup>.

Para Aristóteles, a sociedade é associação da virtude, para o bem das famílias e das diversas classes de habitantes, para alcançar uma existência completa que se baste a si mesma<sup>64</sup>.

Aristóteles propõe analisar as questões ligadas à ação do homem, de modo que a ideia de justiça vai no sentido de mostrar que uma teoria da justiça só pode ser considerada como tal quando se baseia nos sentidos de justiça "comunicativa", porque todos os indivíduos, enquanto membros de um grupo social, podem contribuir para a prática da justiça social.

Michael Sandel afirma que a justiça é invariavelmente crítica e, portanto, é impossível evitarmos essas discussões.

---

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, diálogo 335e.

<sup>62</sup> PLATÃO. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>64</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 125.



As questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, de modo que a ideia de justiça não é um conceito puramente material, mas diz respeito à forma certa de avaliar determinadas situações<sup>65</sup>.

Diante da impossibilidade de se formular uma ideia absoluta de justiça, tendo em vista que os aspectos de justiça não se resumem no resultado das ações, nos cabe buscar um padrão de avaliação, que deve ser aplicado com um pré-requisito à definição da categoria cujos os membros devem ser tratados com equidade<sup>66</sup>.

Assim, nos parece mais correto a ideia de justiça "processual" como exigência de regularidade, uma vez que o tratamento dado a uma pessoa deve ser pré-determinável por critérios objetivos, estabelecidos por regras dadas<sup>67</sup>.

A reflexão moral consiste em harmonizar os julgamentos que fazemos com os princípios que afirmamos, e tal caminho é incapaz de nos levar à justiça ou à verdade moral. Mesmo se conseguíssemos alinhar nossas intuições morais e os princípios que fundamentam nossas condutas, o resultado não seria nada além de um amontoado de preconceitos com coerência interna<sup>68</sup>.

Quando a reflexão moral se torna política, não se trata de uma busca individual, e sim coletiva, o que torna inalcançável o ideal de justiça. A reflexão moral sobre a justiça é dialética e, portanto, reconhece diversas opiniões e convicções, ainda que parciais e não instruídas, avança e recua conforme os julgamentos que fazemos em situações concretas e os princípios que guiam esses julgamentos<sup>69</sup>.

Se os homens ainda são incapazes de encontrar um consenso quanto a um princípio absoluto de justiça, ao menos é possível traçarmos um caminho em direção à ideia de justiça. O resultado, permanece desconhecido, mas as "regras do jogo" determinam que independentemente do resultado, este será, nos moldes estabelecidos, justo.

---

<sup>65</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.*, p. 322.

<sup>66</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 315.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 318.

<sup>68</sup> SANDEL, Michael. *Op. cit.* p. 38.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 39.

De acordo com Alf Ross, uma justiça processual faz com que a aplicação concreta, dentro de certos limites elásticos, seja independente do sujeito que decide, afastando-se qualquer interesse individual, prevalecendo-se um dever moral com a sociedade<sup>70</sup>. Disto resulta que a justiça acaba por colocar-se em oposição à arbitrariedade, pois a decisão surge não determinavelmente da reação espontânea do sujeito que decide, livre de suas emoções e atitudes subjetivas.

A ideia de justiça somente terá significado quando empregada para caracterizar uma decisão tomada que deve aplicar um conjunto determinado de regras procedimentais. A justiça não é uma orientação para o legislador, visto ser impossível extrair uma ideia absoluta para qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento, de modo que, a ideia de justiça quando empregada para caracterizar uma regra geral ou um ordenamento carece de significado.

O ato de invocar a justiça como regra absoluta não indica nenhuma qualidade discernível e não apresenta nenhuma razão, simplesmente limita-se a manifestar uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto<sup>71</sup>. Sem dúvida, não é o modo adequado de obter entendimento mútuo, sendo certo que revela-se impossível ter uma discussão racional com quem apela à um princípio absoluto de justiça, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra, há apenas persuasão e não argumentos.

Uma "ideologia da justiça" conduz à intolerância e ao conflito, pois incita à crença em uma validade superior de caráter absoluto, o que implica na exclusão de qualquer argumento ou discussão racional, uma defesa cega de interesses pessoais.

Portanto, só há realmente justiça quando a decisão tomada for essencialmente processual, isto é, elaborada de forma regular, em conformidade com a regra ou o sistema de regras vigentes. A conduta será justa se estiver em harmonia com as regras processuais pressupostas, ainda que essencialmente morais<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> ROSS, Alf. *Op. cit.*, pp. 318-319.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 320.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, pp. 319-320.

## CAPÍTULO II - DESVELANDO O DIREITO PROCESSUAL PENAL

Se a lei positiva não exprime o justo, então não merece esse nome, pois uma lei injusta não é uma lei, assim como um instrumento não é um instrumento se não cumpre efetivamente a função correspondente à sua essência<sup>73</sup>.

Nesse contexto, a análise que se pretende com a presente pesquisa não pode deixar de abordar o caráter essencialmente instrumental do processo penal e, portanto, as conclusões deste segundo capítulo não podem ser hauridas sem tecermos algumas considerações sobre o plano de fundo do direito processual penal e as expectativas que acompanham a forma processual.

### 2.1. A APORIA ENTRE O *JUS PUNIENDI* E O *JUS LIBERTATIS*

Antes de analisarmos a instrumentalidade processual no âmbito da justiça penal, faz-se necessário o exame da aporia processual penal que paira entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado.

De acordo com Emanuele Carnevale, a proposta de descortinar o processo penal em sua essência implica em contrapor o pensamento que de um lado defende uma pretensa finalidade jurídica associada a repressão da delinquência e, de outro, o pensamento que admite uma finalidade política agregada à ideia de garantir à sociedade um meio de neutralizar a arbitrariedade dos órgãos de persecução penal<sup>74</sup>.

Surge aqui um conflito entre os interesses públicos tutelados pelo processo penal: a tutela da repressão à delinquência e a tutela da liberdade individual (tutela da inocência). E muito embora a situação seja insolúvel, pois assim como uma aporia a situação apresenta uma dúvida racional decorrente da impossibilidade de obter uma conclusão objetiva para o problema, é possível tecermos algumas considerações que serão relevantes ao desvelamento do processo penal e a sua legitimação.

---

<sup>73</sup> VILLEY, Michel. *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001, p. 90.

<sup>74</sup> CARNEVALE, Emanuele. *Democrazia e giustizia penale*. In: *Diritto criminale*. Roma: Foro Italiano, 1932.

A convivência humana enseja um relacionamento ordenado, isto é, um relacionamento de acordo com uma ordenação normativa<sup>75</sup>.

A supressão da vingança privada culmina na obrigação de zelar pela proteção dos cidadãos e, para tanto, de criar disposições normativas que permitam a persecução penal dos infratores com a finalidade de, ao final do processo penal, reestabelecer a paz social, o que sem dúvidas trouxe aspectos positivos para a liberdade e a segurança dos indivíduos.

Todavia, não se deve ignorar que o aumento de poder posto à disposição do Estado, por meio da transferência do monopólio da violência penal, pode significar um grande perigo de violência aos inocentes igualmente sujeitos à acusação e ao processo penal<sup>76</sup>.

Assim, as prescrições normativas devem estar dispostas com o fim de realizar as normas do direito penal, observadas as formas correspondentes às circunstâncias de fato demonstradas e, simultaneamente, as normas processuais penais devem fixar limites ao direito de intervenção das autoridades e órgãos de persecução penal com o escopo de proteção à liberdade individual<sup>77</sup>.

Não basta a formulação genérica de que o processo penal se destina à aplicação da lei penal.

A função instrumental do processo penal indica como finalidade a realização da Justiça o restabelecimento da paz jurídica, tanto no plano individual do acusado, como no plano coletivo da sociedade. Vistos de uma perspectiva jurídico-processual, os objetivos do processo penal se dividem em punir aqueles que praticaram crimes e que nenhum inocente seja condenado<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 475.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 02.

<sup>77</sup> *Idem, ibidem*, p. 02.

<sup>78</sup> SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Tomo I. Lisboa: Verbo, 2000, p. 24.

Carlos Mário da Silva Velloso afirma que a balança da justiça penal tem dois pratos. Em um deles estão os sagrados direitos dos indivíduos, cujo o respeito realiza a proteção da dignidade da pessoa humana. Em outro, entretanto, estão os direitos dos indivíduos considerados em coletividade, os direitos do homem como membro da sociedade que exigem igual proteção, sob pena de ofensa, também, à dignidade da pessoa humana<sup>79</sup>.

O direito processual penal não pode ser compreendido unicamente com o objetivo de garantir a proteção da sociedade diante da delinquência, mas principalmente deve preservar o não culpado de uma intervenção injusta dos órgãos de persecução penal<sup>80</sup>. Logo, a realização da Justiça não é um fim absoluto ou único do processo penal.

O processo penal possui natureza complexa, posto que busca a condenação do culpado, a proteção do inocente e a formalidade do procedimento persecutório distanciada de arbitrariedades, exigências significativas para uma sociedade fundada no Estado de Direito<sup>81</sup>.

O interesse relativo a liberdade individual trata-se de interesse público social que, embora se concretize necessariamente nas pessoas individualmente consideradas, se apresenta como condição para o progresso da sociedade. Assim, caso não houvesse garantias à liberdade do indivíduo, o desenvolvimento da pessoa individualmente considerada - que certamente é um interesse social - estaria prejudicado, de modo que somente as restrições absolutamente necessárias devem recair sobre o indivíduo<sup>82</sup>.

As normais processuais regulam e tutelam os interesses, por vezes conflitantes, do Estado e da sociedade. O processo é o instrumento de resolução de conflito de interesses. Nos casos em que a norma processual não é observada, viola-se o próprio interesse resguardado nas garantias processuais<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Prefácio à obra *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito* (2001), de Marco Antonio Marques da Silva.

<sup>80</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 04.

<sup>81</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 04.

<sup>82</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 257.

<sup>83</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1961, p. 13.

No que concerne ao direito processual penal, o exercício da função jurisdicional pela via processual busca evitar a vingança privada e garantir a defesa do imputado e o seu *status libertatis*, de modo que a forma procedimental garante a imparcialidade do órgão jurisdicional e que o cotejo de argumentos entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado seja amplamente debatido<sup>84</sup>.

A pena representa a medida mais grave entre todas as formas de intervenção do Estado no domínio da liberdade do indivíduo e, por vezes, a sua imposição significa o desprezo total do interesse de liberdade em favor do interesse de segurança, restando ao processo penal o conflito entre os interesses coletivos e individuais<sup>85</sup>.

Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva afirmam que as normas processuais espalham a opção política do Estado<sup>86</sup>. A forma como a ponderação destes interesses, estabelecida nas leis processuais penais, é significativa para estabelecer a relação vigente entre Estado e indivíduo na comunidade, de modo que o direito processual penal é realmente o sismógrafo da Constituição do Estado e toda mudança na estrutura política conduz também a transformações no processo penal.

Em um Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado policial, pois o processo penal deve adequar-se a Constituição e não o contrário. De acordo com Aury Lopes Júnior, o processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

<sup>85</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>86</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. *Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 632.

<sup>87</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 40.

Norberto Bobbio afirma que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>88</sup>.

De fato, a preocupação de assegurar no âmbito penal os direitos fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade e segurança na realização da Justiça, elementos que caracterizam o direito processual penal moderno, se garante mais pela sujeição à tramitação processual, e pela participação e articulação dos sujeitos processuais, do que pelo domínio ou protagonismo de qualquer deles<sup>89</sup>.

Assiste razão João Mendes Júnior ao afirmar que a importância do direito processual penal vai além da relação com o direito penal material, no sentido de que é notória a relação do direito processual penal também com o direito constitucional<sup>90</sup>.

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades processuais são verdadeiras garantias constitucionais. As leis processuais protegem e tutelam o direito de defesa de forma geral, isto é, o direito de defesa de todos os direitos atribuídos aos indivíduos na vida em sociedade, cabendo ao processo penal regular o exercício da atividade jurisdicional e a dinâmica do Poder Judiciário no âmbito penal<sup>91</sup>.

No sistema processual penal moderno são encontradas inspirações vindas de mandamentos constitucionais<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

<sup>89</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>90</sup> De acordo com José Canotilho, o constitucionalismo procura justificar o Estado submetido ao direito. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100. Nesse sentido, Miguel Reale afirma que o Estado constitucional é mais do que o Estado de Direito, e o elemento democrático não é apenas introduzido para travar o poder, mas também é reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder. REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>91</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920.

<sup>92</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. *Op. cit.*, p. 636.

Decorre, do sentido instrumental das normas processuais, a ideia de que as normas de direito processual penal constituem o produto do entendimento que legitimamente fora dado pela lei ordinária às diretivas constitucionais<sup>93</sup>.

Em um processo penal dito democrático, os direitos fundamentais passam a ocupar o primeiro plano, vez que constituem elementos essenciais do ordenamento jurídico e adquirem uma dimensão processual. O caráter democrático do Estado implica no respeito aos direitos fundamentais como verdadeiras regras processuais, especialmente no que diz respeito ao processo penal, em que o Estado exerce a pretensão punitiva por meio de intervenção na liberdade do imputado e em seu núcleo mais "sagrado" de direitos fundamentais, o que exige que o processo para eventual satisfação punitiva seja especialmente harmonioso com tais direitos<sup>94</sup>.

Assim, o processo penal eficiente é aquele que tutela os direitos fundamentais<sup>95</sup> e, por isso, deve-se partir do supraprincípio da dignidade da pessoa humana que alicerça os Estados Democráticos de Direito.

De acordo com Marco Antonio Marques da Silva, a dignidade humana implica em liberdade, igualdade e justiça, cujo o postulado, elemento inato aos homens, é reconhecidamente essência e fundamento da sociedade, sem o qual esta não se justificaria<sup>96</sup>.

Por tal razão, Antonio Luís Chaves de Camargo afirma que a dignidade humana se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado<sup>97</sup>. Além de traçar os limites estatais, a dignidade humana determina o modo de agir do Estado na persecução penal, com o objetivo de delinear os princípios e regramentos norteadores da persecução penal, e embora de cunho principiológico, deve ser inflexível sob pena de perder as conquistas fundamentais da humanidade.

---

<sup>93</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 75.

<sup>94</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *El proceso penal de la presunción de inocencia*. In: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. (Coord.) PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004, p. 31.

<sup>95</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. *Op. cit.*, p. 643.

<sup>96</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 224.

<sup>97</sup> CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pp. 12-13.



Especialmente no âmbito da Justiça Penal, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada, mantendo o ser humano como princípio, meio e fim de todas as instituições sociais, pois como afirma Jaques de Camargo Penteado, o indivíduo pode ter sua conduta reprovada, mas conserva integralmente a mesma dignidade que é um atributo do homem<sup>98</sup>.

Portanto, ainda que o interesse repressivo seja elemento característico do processo penal, este deve ceder espaço à liberdade individual, pois é a solução que pretende evitar o perigo mais concreto, além de ser política e moralmente mais aconselhável<sup>99</sup>, de modo que inexistindo previsão legal que estabeleça a prevalência de um interesse sobre outro, esta deve ser reconhecida em favor da tutela da liberdade individual, cuja a ideia de tutela da inocência mantém sua razão de ser na interpretação das normas processuais penais.

## 2.2. A "PROCESSUALIZAÇÃO" DA JUSTIÇA PENAL

No que concerne à persecução penal, Enrico Pessina<sup>100</sup> afirma que a prática de um delito exige a sua persecução pela sociedade, de modo que o dever de punir do Estado, decorrente da prática de um delito, deixa de lado a abstração hipotética para buscar existência concreta e efetiva, a fim de que o transgressor seja submetido à pena prevista na lei.

As norma jurídicas que determinam os delitos e as penas, bem como as causas que condicionam, excluem ou modificam a punibilidade, dizem respeito ao direito penal substancial e estabelecem, entre o Estado e os indivíduos, uma relação política de sujeição geral, uma vez que todos que se encontram no território do Estado estão sob a incidência das normas penais<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> PENTEADO, Jaques Camargo. *A dignidade humana e a justiça penal*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 899.

<sup>99</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>100</sup> PESSINA, Enrico. *Elementi di diritto penale*. v. I. Napoli: Margheri, 1882.

<sup>101</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 105.

De acordo com Vincenzo Manzini, se em um primeiro momento tal relação é jurídico-penal hipotética, haja vista que o Estado concentra o poder de punir com base em normas jurídicas abstratas, em um segundo momento a relação é jurídico-penal concreta, posto que o poder de punir do Estado incide sobre determinado indivíduo que tenha violado uma norma penal<sup>102</sup>.

Contudo, há um caráter indireto da coação penal que torna imprescindível a existência do processo penal, via única para a consecução dos fins repressivos do Estado<sup>103</sup>.

José Frederico Marques afirma que o direito de punir do Estado decorre da violação de um bem jurídico tutelado, vez que a prática do crime afeta as condições necessárias para a harmonia da vida em sociedade, sendo necessária a restauração da ordem jurídica atingida pelo delito. Logo, se o Estado tutela um bem jurídico em função do interesse social, é imperativo que haja uma reação<sup>104</sup> contra aquele que provoca um dano ao bem jurídico tutelado.

Se o crime representa uma perturbação a direitos individuais e sociais, vez que prejudica a harmonia e a estabilidade necessárias à vida em sociedade, incumbe ao Estado a realização da paz social com os meios postos à sua disposição, valendo-se, inclusive, do *jus puniendi* para a consecução de tal finalidade, que é realizado tanto no momento de incriminar determinadas condutas, como na hora de punir a prática das condutas previamente qualificadas como crime<sup>105</sup>.

Nesse cenário, o direito penal substantivo estabelece as ações puníveis e as ameaça com consequências jurídicas vinculadas à realização da ação. Mas para que as normas penais possam cumprir a sua função de assegurar os pressupostos fundamentais de convivência pacífica, é necessário assegurar sua efetividade<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>103</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>104</sup> O direito de punir, conforme esclarece José Frederico Marques, se traduz no direito que o Estado possui de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal, em face daquele que pratica a conduta descrita no preceito primário, causando, de maneira reprovável, uma lesão jurídica. Vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1961, p. 09.

<sup>105</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 03.

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 01.

Exatamente para que as normas substanciais não permaneçam asseguradas apenas formalmente, Claus Roxin afirma haver a necessidade de um processo juridicamente regulado a fim de constatar a existência de uma ação punível e determinar a imposição da sanção prevista na lei.

Não basta a violação de uma norma penal por um indivíduo determinado para que a relação jurídico-penal torne-se concreta, dado que o direito penal não é um instrumento de coerção direta, senão de coerção indireta, não podendo fazer uso direto e imediato da força.

O poder punitivo do Estado, decorrente da violação de uma norma penal, não pode exercer-se sem uma comprovação ou declaração judicial que autorizem a aplicação da pena no caso concreto<sup>107</sup>.

Certo de que a sanção penal é monopólio do Estado e que não há que se falar em vingança privada<sup>108</sup>, o direito subjetivo de punir se apresenta como decorrência dos princípios que submetem o Estado à lei e ao direito, de modo que o poder político, a despeito de ser o instrumento de elaboração das regras jurídicas, não assume papel de "causa do direito", razão pela qual o poder estatal, no Estado Democrático de Direito, não poder agir conforme o seu arbítrio, mas subordinado a normas e princípios jurídicos.

Logo, a supressão da vingança privada culmina na obrigação de zelar pela proteção dos cidadãos e, para tanto, de criar disposições normativas que permitam a persecução penal dos infratores com a finalidade de reestabelecer a paz social, o que sem dúvidas traz aspectos positivos para a liberdade e a segurança dos indivíduos<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>108</sup> O direito penal possui função pública, achando-se fora de seu âmbito qualquer forma de repressão privada. O particular pode reagir ou vingar-se de seu ofensor, o que não significa o exercício da *sanctio juris*, nem mesmo em hipótese de legítima defesa, situação em que é permitido defender-se, e não aplicar sanções. Vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

<sup>109</sup> Adverte Claus Roxin que, de outro lado, não se deve ignorar que o aumento de poder posto à disposição do Estado, por meio da transferência do monopólio da violência penal, pode significar um grande perigo de violência aos inocentes igualmente sujeitos à acusação e ao processo penal. Vide ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 02.

A mera constatação da prática de um delito, ainda que seja patente e manifesto, não autoriza o exercício automático da sanção penal, posto que o direito subjetivo de punir deve ser colocado em confronto com o direito subjetivo de liberdade do imputado, que consiste na pretensão de não ser punido fora dos casos expressamente previstos nas normas penais<sup>110</sup>.

Desta feita, Joaquim Canuto Mendes de Almeida adverte que o direito de punir não é autoexecutável e a aplicação da lei penal somente é possível por meio de coação indireta. O conflito entre a pretensão punitiva estatal e a pretensão de liberdade do imputado não pode ser solucionado com a prevalência imediata dos interesses estatais e consequente submissão do imputado às sanções penais, posto que nos Estados submetidos à lei e ao direito, somente aplica-se a pena "processualmente"<sup>111</sup>.

Ao disciplinar esta "intervenção" na jurisdição penal, garantia de liberdade reconhecida pelo Estado, e regular o exercício do poder punitivo, promove-se um corpo de normas jurídicas - instrutórias, imperativas ou permissivas - cuja a construção sistemática constitui a ciência do direito processual penal<sup>112</sup>.

Manuel Cavaleiro designa o direito processual penal como o conjunto de normas que orientam e disciplinam o processo penal e a aplicação do direito penal aos casos concretos<sup>113</sup>.

O processo penal, enquanto procedimento, pode ser definido como o conjunto de atos legalmente ordenados para a apuração do fato ilícito e sua autoria, ou seja, é o conjunto de atos concretos previstos e regulados em abstrato cujo o fim é o exercício da jurisdição penal. A forma, o conteúdo e a subordinação dos atos processuais às condições de tempo e lugar constituem o direito processual penal<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>111</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal: análises e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

<sup>112</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>113</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986.

<sup>114</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 04.

Não é por outra razão que Gian Domenico Pisapia afirma que o processo penal é o meio necessário e indefectível para a aplicação da lei penal substancial, no sentido de que a pena não pode ser aplicada se não através do processo<sup>115</sup>.

Portanto, as normas processuais penais regulam a atividade reservada à determinação das condições que tornam aplicáveis as normas penais substanciais no caso concreto<sup>116</sup>.

O direito processual penal é adjeto ao direito penal substantivo e ocupa-se com a função estatal que visa a atuação jurisdicional do direito penal, pois tem em si a finalidade de realização do direito penal substancial<sup>117</sup>.

O direito penal define os crimes, as penas e as medidas de segurança aplicáveis, enquanto o processo penal regulamenta o modo de proceder a fim de verificar juridicamente a ocorrência dos crimes, determinar os agentes responsáveis e aplicar-lhes as respectivas consequências jurídicas<sup>118</sup>.

O ordenamento jurídico-penal, de acordo com Roxin, será tão bom quanto o processo penal o permita, da mesma forma que a regulação jurídica do processo penal somente será satisfatória se elaborada para a realização do direito penal substantivo<sup>119</sup>.

Assim, o significado do direito processual penal não deve ser subestimado, pois a investigação sistemática dos atos do processo revela não apenas o quão distante da realidade se encontram alguns princípios processuais, como também as possíveis causas de erros de julgamento nas sentenças penais<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di procedura penale*. v I. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973, p. 44.

<sup>116</sup> A distinção entre as leis adjetivas e substantivas tem origem em Jeremy Bentham, para quem as leis substantivas são totalmente despidas de efeito se não houver a elaboração de leis específicas com o objetivo de garantir a realização daquelas. Vide BENTHAM, Jeremy. *Compendio de los Tratados de legislación civil y penal*. Trad. D. Joaquin Escriche. Madrid: Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, 1839.

<sup>117</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 05.

<sup>118</sup> SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 08.

<sup>120</sup> *Idem, ibidem.*, pp. 08-09.

Portanto, o direito de punir do Estado não deve ser absoluto e ilimitado. E ao lado da persecução penal estatal, surge também a necessidade de criar barreiras e limitações contra a possibilidade de abuso do poder estatal pelos órgãos de persecução.

Até mesmo o posicionamento de Vincenzo Manzini, sempre inclinado a um caráter cognitivo-acusatório do processo penal, reconhece a possibilidade de eventuais erros culposos ou imputações infundadas de forma dolosa que resultam em decisões jurisdicionais em desconformidade com a realidade dos fatos, sendo natural a tutela da liberdade individual eventualmente posta em perigo injusto<sup>121</sup>.

Certo de que, na grande maioria dos casos, a culpa ou a inocência do acusado não está comprovada de antemão e será objeto de constatação no curso do processo, cabe ao legislador processual harmonizar a necessidade de intervir com medidas restritivas em face do provável autor do delito, com a exigência de proceder moderadamente em face do possível inocente.

Além disso, o processo penal enfrenta problemas de correção normativa, isto é, a lei editada deve ser correta e também correta a sua aplicação, de modo que o processo penal se apresenta também como instrumento à serviço da correção normativa que deve ser colocada em primeiro lugar<sup>122</sup>. Com efeito, há a contribuição indispensável para a realização da idiosincrasia jurídico penal e processual penal, o que permite a construção de críticas normativas e a formulação de uma política processual penal com bases sólidas<sup>123</sup>.

De sorte, em um primeiro momento, o direito de punir é limitado pelo princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), uma vez que o conjunto das normas incriminadoras constitui o direito objetivo que compreende e delimita o poder punitivo estatal, ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado define o fato como crime, declara que não poderá punir quem não o praticar. E não obstante a prática do crime, em um segundo momento de aplicação da sanção, esta não pode realizar-se de forma discricionária.

---

<sup>121</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>122</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>123</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 09.

De acordo com Giovanni Conso e Marcello Gallo, a consequência do crime não é automática e, ante o princípio da necessidade do processo penal (*nulla poena sine iudicio*), a ação punitiva do Estado exige que esta se dê por meio de processo e julgamento<sup>124</sup>.

A estruturação de um ordenamento processual, visto aqui como a limitação da intervenção estatal por meio de um procedimento penal próprio do Estado de Direito, visa alcançar decisões obtidas em conformidade com o ordenamento jurídico processual que sejam materialmente corretas sobre a punibilidade do culpado<sup>125</sup>. Os limites de intervenção do Estado devem proteger o inocente de investigações e ações penais injustas, de medidas excessivas de restrição à liberdade, além de assegurar ao indivíduo acusado todos os direitos de defesa.

O direito processual penal não se trata mera categoria formal<sup>126</sup>, mas serve diretamente para a proteção da dignidade humana como elemento antecedente à eventual correção material da sentença.

A dignidade da pessoa humana, segundo Marco Antonio Marques da Silva, é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão. Por tal razão, os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, decorrem da dignidade humana<sup>127</sup>.

Nesse esteio, a "processualização" da justiça penal, assim chamada por José Frederico Marques, é o corolário lógico do sistema acusatório.

---

<sup>124</sup> CONSO, Giovanni; GALLO, Marcello. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 05.

<sup>125</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 02.

<sup>126</sup> Segundo Claus Roxin, a Constituição deve estabelecer o alcance das limitações ao poder estatal de persecução penal por meio de garantias processuais do imputado contra as intervenções do Estado. Tais garantias caracterizam o assim chamado "princípio da formalidade" - cujo o conteúdo se aproxima do "princípio do procedimento formal" no direito administrativo brasileiro (Vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001) - de modo que não obstante o juiz consiga estabelecer a culpabilidade do acusado, o juízo somente será adequado ao processo penal se observadas todas as garantias em favor do imputado.

<sup>127</sup> Nesse contexto, adverte Marco Antonio Marques da Silva que não podemos mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, característico do Estado liberal, uma vez que o Estado de Direito dito democrático, pelo seu sentido crítico, não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir da norma, como uma verdade universal e perene, distante da realidade onde deve intervir. Vide SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 05.

O juiz, despido de qualquer função persecutória, deve atuar processualmente e ater-se estritamente à função de órgão jurisdicional do Estado, não se pode coatar os direitos processuais da acusação e da defesa em nome do interesse público, posto que o juiz não é órgão de repressão criminal, mas titular da jurisdição penal<sup>128</sup>.

O processo penal assume maior relevância em um modelo de estrutura acusatória, o qual implica a intervenção judicial somente quando acionado por uma acusação formulada por um órgão distinto e independente, e ainda que o conteúdo da acusação delimite a própria atividade processual do órgão julgador por meio da identificação da correlação entre o conteúdo da acusação, a atividade instrutória e a sentença condenatória<sup>129</sup>.

Cada situação processual deve trazer previsão normativa sobre se deve ser autorizada a intervenção, útil probatoriamente, na esfera de direitos do acusado, ou se deve proibir a sua realização para evitar sobrecarregar o imputado, talvez inocente, com mais medidas invasivas<sup>130</sup>.

A importância do direito processual penal é reconhecida em sua autonomia enquanto ciência jurídica, de modo que não deve ser visto como mero complemento do direito penal substantivo, mas como o conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal<sup>131</sup>.

No entanto, diante do caráter adjetivo do processo penal, Edgard Magalhães Noronha afirma que para a compreensão do direito processual penal deve haver a análise conjunta do direito penal substantivo, pois não é possível conceber o direito penal substantivo sem as garantias e formalidades processuais, visto que é absolutamente inconcebível um direito processual que seja fim em si mesmo, pois sua aplicação depende da existência de um direito substancial<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>129</sup> A correlação entre a acusação e a sentença final constitui uma importantíssima garantia do acusado, de que somente terá que se defender do que é acusado e que somente pelo conteúdo da acusação será julgado. Vide SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Tomo I. Lisboa: Verbo, 2000, p. 22.

<sup>130</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>131</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>132</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 05.



O direito processual penal tem necessariamente natureza acessória e instrumental, isto é, pressupõe a existência de normas de direito material (direito penal substancial), sendo inconcebível não somente a aplicação do direito penal sem a garantia das formalidades processuais, mas igualmente impossível a aplicação das normas de direito processual penal ante a ausência do direito penal substantivo<sup>133</sup>.

Nesse contexto, Germano Marques da Silva afirma que na relação entre o direito penal e o processo penal deve haver uma unidade no mesmo pensamento fundamental. É inadmissível, por exemplo, a formulação de institutos fundados em um direito penal do autor que viesse a ser aplicado por um processo penal fundado na averiguação e avaliação do fato<sup>134</sup>.

A unidade entre o direito penal e o processo penal não afeta a autonomia de ambos. O processo penal deve observar os mesmos ideais que inspiram o direito penal, mas isso não significa que o direito processual penal não tenha interesses próprios a tutelar, antes mesmo de servir à realização do direito penal<sup>135</sup>.

O direito processual penal pressupõe o direito penal substantivo, não sendo um fim em si mesmo, apresenta natureza acessória, mais precisamente natureza instrumenta e formal<sup>136</sup>. Adverte nesse ponto, com razão, que a natureza acessória não significa que o direito processual penal integra o direito penal substantivo, ou que possui papel subalterno ou inferior a este. Ambos distinguem-se pelo conteúdo e pela finalidade, e gozam de autonomia normativa.

---

<sup>133</sup> Vincenzo Manzini esclarece que algumas normas e institutos jurídicos podem aparentar possuir natureza substancial e processual. Contudo, o critério distintivo das normas de direito material e processual é nítido e certo, considerando a finalidade e o conteúdo da norma no ordenamento jurídico. De um lado, as normas de direito penal material atribuem ao Estado (ou seus órgãos de persecução penal) o poder punitivo, ou aos particulares o poder de disposição da pretensão punitiva ou da pena; de outro, as normas processuais penais regulam genericamente o "procedimento penal" - o início, o desenvolvimento e o fim do processo - estabelecendo garantias jurisdicionais para o exercício da punibilidade. MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108.

<sup>134</sup> SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>136</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 06.

Portanto, a dogmática processual penal não pode se contentar com uma análise genérica de que o processo penal se legitima na declaração do delito e na imposição da pena<sup>137</sup>. Desta feita, compartilhando das lições de James Goldschmidt, se o Estado é soberano e detentor do poder punitivo, então é necessário analisarmos a razão para a necessidade de um processo penal para validar o direito estatal de punir, isto é, a legitimação do processo penal em relação ao seu caráter instrumental.

### 2.3. A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Equivocamente, o delito é visto como pressuposto do direito penal, e a pena como consequência jurídica. Em verdade, o delito é pressuposto do direito subjetivo de punir que deve ser exercido por meio do processo penal<sup>138</sup>.

Não obstante a obviedade da instrumentalidade processual, caracterizar o processo como mecanismo dotado de instrumentalidade é uma tarefa mais complexa do que se imagina, pois é necessário compreendermos o porquê da instrumentalidade para a dialética processual. O estudo do processo como um exame sobre a sua instrumentalidade refere-se sobretudo à reflexão que se faz sobre a sua legitimação<sup>139</sup>.

Perquirir a legitimação do processo é questionar sobre a sua justificativa, na qual os seus elementos componentes dialogam e buscam a "síntese perfeita". Assim, a problemática se encontra envolta do ponto de justificação do processo penal.

A legitimação (ou a justificação), de acordo com Marcel Conche, pode ser descrita como o "fundamento" ou o "princípio", referindo-se à configuração de um princípio reitor dos outros princípios, ou seja, trata-se daquilo que legitima, justifica, fornece as bases de determinado conceito ou categoria<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal - Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 7.

<sup>138</sup> *Idem, ibidem*, p. 26.

<sup>139</sup> VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y Emancipación: ética, política, derecho*. Barcelona: Paidós, 2004, pp. 175-177.

<sup>140</sup> CONCHE, Marcel. *O fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 26-27.

Nesse contexto, a instrumentalidade do processo se caracteriza como seu fundamento, de modo que, por instrumentalidade se pode entender a característica do processo para a aplicação do direito<sup>141</sup>. Portanto, a instrumentalidade processual corresponde à característica que torna o processo essencial para dar efetividade ao direito substantivo.

### 2.3.1. A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL PENAL

No âmbito processual penal, o processo é instrumento indispensável ao sistema punitivo, isto é, o processo penal é o caminho necessário para a aplicação da pena. No entanto, a relação de instrumentalidade, também presente em outros ramos do direito, apresenta características próprias e distintas no âmbito do direito penal e do processo penal.

De acordo com Germano Marques da Silva, nos demais ramos do direito, via de regra, o processo tem caráter eventual, isto é, por vezes o direito se realiza espontaneamente por vontade ou anuência dos interessados, independentemente da via processual, justamente o ponto de distinção do processo penal, que é o instrumento de realização do direito penal necessário para o reconhecimento da prática do crime e para a aplicação da pena<sup>142</sup>.

O fenômeno punitivo estatal está associado à figura do poder, pois poder e punição são elementos que se conectam. Assim, podemos afirmar que o sistema penal é fruto de dispositivos de poder, uma vez que o poder não basta a si mesmo. E a tendência do poder, conforme adverte Norberto Bobbio, é exceder os limites, romper as barreiras, enfim, ultrapassar todos os obstáculos a si impostos<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 08.

<sup>142</sup> SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>143</sup> Prefácio à primeira edição da obra *Diritto e ragione* (1989), de Luigi Ferrajoli.

É certo que o poder estatal se coloca frente aos indivíduos de forma violenta, e todo exercício de poder envolve a possibilidade de abusos<sup>144</sup>.

Portanto, a instrumentalidade do processo penal assume legitimidade não como a face de sua existência erigida a vetor principal, mas somente quando associada à preservação dos direitos fundamentais do acusado. Se o poder é tendente à expansão, então cabe ao processo limitar tal poder punitivo com o fim de minimizar os riscos de lesão aos direitos fundamentais do acusado.

Tal como o direito penal constitui uma garantia, o processo penal também assume este prisma.

O processo penal deve tratar do poder arbitrário de punição estatal, no qual a "hipossuficiência" do acusado estabelece um vínculo intransigente com os direitos fundamentais<sup>145</sup> e o papel que desempenham para a sustentação democrática de determinado Estado.

A instrumentalidade do processo penal assume contornos tácteis de mais fácil visualização ao trazer à colação o seu princípio norteador.

Se no direito penal o princípio norteador pode ser concebido como a garantia da legalidade (*nulla poena sine lege*), no processo penal o fundamento se repete com a garantia do processo (*nulla poena sine iudicio*)<sup>146</sup>.

Segundo James Goldschmidt, a preservação dos direitos fundamentais do acusado, parte mais fraca da relação processual penal, guarda estreita relação com o grau de democracia de determinado Estado, posto que o processo penal é o termômetro capaz de medir o grau de elementos corporativos ou democráticos de um Estado<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Buenos Aires: Lerner, 2006, p. 26.

<sup>145</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>146</sup> ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Madrid, 1972.

<sup>147</sup> GODSCHMIDT, James. *Op. cit.*, 1935.

Para além, de acordo com Winfried Hassemer, o processo penal constitui o direito constitucional aplicado<sup>148</sup>. A instrumentalidade do processo penal deve ser vista como uma instrumentalidade constitucional do processo. A legitimação do processo penal se encontra em harmonizar o exercício do poder punitivo do Estado sem que este produza violações aos direitos fundamentais de liberdade do acusado, o que configura um dos pontos cardeais do direito processual penal, cuja a existência deve necessariamente impedir atos arbitrários de punição estatal.

Desta feita, a legitimação do processo penal assume uma conotação protetiva do indivíduo em face do Estado. De fato, não há razão para se legitimar a instrumentalidade do processo penal se esta servisse somente para punir. Se o Estado, detentor do poder punitivo almejasse a punição, bastaria uma imediata e sumária demonstração de poder em face do acusado para que a sanção fosse então aplicada.

Em um Estado dito democrático, é necessário que o exercício do poder deve estar condicionado a algum tipo de forma. Com efeito, a forma processual se torna o escudo protetor contra a arbitrariedade<sup>149</sup>. Em síntese, a instrumentalidade do processo penal a que corresponde sua legitimação, trata-se da proteção dos direitos fundamentais do acusado. O processo penal é a forma e a medida da resistência aos avanços do poder, na intenção de preservação de direitos individuais de liberdade.

A instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço da satisfação de uma pretensão acusatória<sup>150</sup>. Não basta a adoção de um sistema processual cognitivo, é necessário também o desenvolvimento de um sistema de garantias, por meio do qual o indivíduo acusado pode opor suas razões, em termos de igualdade ao aparato estatal<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

<sup>149</sup> Nesse sentido, José Raul Gavião de Almeida afirma que a publicidade dos atos processuais visa impedir arbitrariedades a favor ou contra o réu, beneficiando a própria Justiça com a transparência de seus atos. Vide ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 723.

<sup>150</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 08.

<sup>151</sup> ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Op. cit.*, p. 29.

De acordo com Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, o processo penal também se apresenta como um instrumento de controle social<sup>152</sup>. Assim, podemos afirmar que a instrumentalidade que o direito processual penal adquire no cerne do Estado Democrático de Direito deve corresponder à preservação dos direitos fundamentais do acusado, isto é, o caráter cognitivo-garantista é a característica determinante de um processo penal democrático.

Com efeito, adverte Luigi Ferrajoli quanto à existência de uma tendência do poder em, fazendo-se invisível, se livrar das amarras jurídicas e deslocar-se para fora das sedes institucionais<sup>153</sup>.

Assim, inegável que o aspecto determinante da instrumentalidade do processo penal nos remete à questão do limite. No entanto, é correto afirmar que as características do processo penal não se esgotam nestes traços. Para além, a instrumentalidade do processo penal, nos termos aqui abordados, pode ser desenvolvida como um modelo corretivo da arbitrariedade, decorrente da antítese liberdade individual *versus* poder punitivo estatal.

Rui Cunha Martins, ao analisar o que denomina de "estética do limite", muito embora esteja reportando-se à teoria do Estado, observa que o fenômeno punitivo constitui uma das formas da chamada violência institucionalizada e como tal necessita do desvelamento das metamorfoses pelas quais passa o Estado<sup>154</sup>.

A ideia de limitação do poder estatal se torna ainda mais relevante, pois é justamente o conceito de limite que determina as distinções entre político e jurídico: o direito enquanto ciência jurídica, nesta posição, aparece sempre como um limite ao poder<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1997. p. 105.

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 10.

<sup>154</sup> CUNHA MARTINS, Rui. Estado, Tempo e Limite. In *Revista da História das Ideias*, vol. 26, Coimbra, 2005, p. 309.

<sup>155</sup> BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 26.

O poder penal se apresenta como algo necessário, inerente à dinâmica do maquinário punitivo, e assim como qualquer poder estatal possui uma tendência expansiva. Todavia, como bem aponta Foucault, a gestão diferencial das ilegalidades e o tratamento do Estado para determinadas espécies da criminalidade emergem como algo funcionalmente adequado à sociedade. E o abuso por parte do poder punitivo, por vezes, não acaba sendo considerado como algo extraordinário, anormal ou bárbaro<sup>156</sup>.

O funcionamento da justiça penal baseia-se e tem como sustentáculo esta constante tensão entre a limitação estatal e a tendência à transgressão. Como destaca Rui Cunha Martins, existe uma pulsão centrípeta do limite, o que significa que as "fronteiras" trabalham para dentro<sup>157</sup>.

O âmbito político, assim, constitui outra face do jurídico e vice-versa. Nesta zona fronteira, os discursos jurídicos e políticos se tornam maleáveis. Desta feita, apesar da existência de uma relação estreita entre pena e processo, uma vez que o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena<sup>158</sup>, a instrumentalidade do processo penal nem sempre pretende atender às teorias da pena a fim de delimitar o campo jurídico e o político.

De outro lado, a expansão do poder judicial<sup>159</sup> é responsável por uma minimização dos espaços de decisão institucionais, o que demanda a segunda problematização a ser extraída da ideia de limitação do poder estatal, trata-se da necessidade de controlar o fenômeno da "judicialização"<sup>160</sup>.

Justamente a temperança entre as esferas política e jurídica acaba sendo dilapidada. A extensão dos poderes judiciais e as funções que passam a ser desempenhadas pelo juiz dependem significativamente das distintas formas de limitação<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1991.

<sup>157</sup> CUNHA MARTINS, Rui. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>158</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 03.

<sup>159</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 24.

<sup>160</sup> GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Op. cit.*, p. 09.

<sup>161</sup> *Idem, ibidem.*, p. 107.

A forma instrumental do processo ganha aqui corpo, justificada pelas barreiras opostas tanto ao poder político quanto ao poder judicial. Uma vez mais o papel das garantias e direitos fundamentais, e principalmente pela concepção de instrumentalidade que lhe atribua, é fundamental para o desenvolvimento conclusivo desta questão<sup>162</sup>.

Conceber o processo penal como instrumento de aplicação da pena ou como limite ao poder político<sup>163</sup>, posto que a pena é fundamentalmente um conceito político e não jurídico, como afirma Tobias Barreto, significa assumir uma posição de limitação ao poder judicial ou à sua ampliação desmesurada<sup>164</sup>.

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, é uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao direito penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo<sup>165</sup>. Daí que formas inquisitoriais de processo penal encontram nas novas formas de administração de justiça penal campo fértil para a propagação de institutos que ampliam as funções acusatórias<sup>166</sup>. Assim, é possível determinar, segundo o conceito de instrumentalidade haurido junto às bases epistemológicas de uma determinada cultura jurídica, se esta instrumentalidade corresponde à aplicação da pena ou pelo contrário, se limitativa desta.

Hodiernamente, nos parece que predomina uma formulação que concebe a instrumentalidade em nítido caráter ético-político, minando justamente a ideia de limitação do poder estatal. Assim, por exemplo, Dinamarco sustenta o caráter ético do processo, pois sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos traçados, de modo que o aspecto ético do processo não se compadece à sorte que as partes lhe derem, o que desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>163</sup> BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003.

<sup>164</sup> GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>165</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>166</sup> GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Op. cit.*, p. 166.

<sup>167</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.



Muito embora o processo penal não constitui uma análise ética tendente à aprovação ou reprovação de determinada conduta moral<sup>168</sup>, tampouco possui natureza meramente instrumental e formal, é inegável o seu alto significado ético e político, posto que o direito processual penal revela nitidamente a correlação entre os interesses do Estado, na defesa da sociedade, e do indivíduo, na defesa de sua liberdade.

Esta instrumentalidade guarda estreita relação com o conceito de forma processual. A relativização das formas, aliada à ampliação dos espaços de poder judicial, constitui inegável peça de engrenagem de um processo penal pautado por parâmetros de eficiência<sup>169</sup>, compondo uma dimensão ética de sistema punitivo<sup>170</sup>. Neste sentido, não nos parece fantasiosa a advertência de Goldschmidt, de que o processo penal é o termômetro que aponta o grau de elementos democráticos ou autoritários de um determinado Estado.

Retornando-se à instrumentalidade do processo, percebe-se que não se pode auferi-la tampouco avaliá-la a partir de um *locus* neutro do discurso. É preciso assumir uma determinada concepção de processo, para que a partir de então as consequências de tal postura possam trazer todos os seus efeitos.

Com o constitucionalismo pós-guerra, é certo que houve a assunção da Constituição Federal à condição de validade das demais normas. No entanto, não basta que a Constituição seja elevada a um *status* hierarquicamente superior.

---

<sup>168</sup> Nas palavras do autor: "(...) a absolvição da imputação penal, por si mesmo e independentemente de como esteja motivada, não confere de modo algum ao absolvido um certificado de moralidade. Há 'delinquentes' que não são imorais; muitas pessoas são imorais sem ser 'delinquentes'. O termo 'inocente', no uso da prática processual penal, não tem um significado ético, senão exclusivamente jurídico (...)". MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 248.

<sup>169</sup> Exemplo disso pode ser encontrado em Cândido Dinamarco, para quem “relativizar as nulidades – eis a chave instrumentalista a ser inteligentemente acionada por juízes empenhados em fazer justiça, sem o comodismo intelectual consistente em apoiar-se no formalismo e esclerosar o processo”. Vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>170</sup> “O formalismo e lentidão dos procedimentos, associados à estreiteza da via de acesso ao Poder Judiciário e à impunidade consentida pelos tribunais nestes tempos de verdadeira neurose em face da violência urbana, são fatores de degradação da legitimação do poder perante a sociedade brasileira contemporânea”. Vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 171.

Passo decisivo para uma eficácia constitucional plena se deu com o denominado pós-positivismo e a preocupação para com os princípios, que se consolidam como normas. Se a Constituição da República, via de regra, disciplina a imensa gama de princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito, podemos afirmar que é depositária de uma série de normas, não mais pode ser considerada como mera coadjuvante, carta de intenções ou mesmo documento político e programático, identificado como o conjunto dos valores de determinada sociedade<sup>171</sup>.

Certamente, a diferença ontológica esculpida por Ronald Dworkin<sup>172</sup> e posteriormente aprofundada por Robert Alexy<sup>173</sup>, a qual estabelece os princípios e regras como espécies de normas, contribuiu significativamente para que a Constituição pudesse assumir-se como ápice do ordenamento, suplantando e debelando a posição positivista, que distinguia normas e princípios, relegando-os a um papel secundário, geralmente da ordem da integração e colmatação das lacunas.

Na seara do direito processual penal e sua instrumentalidade, o papel central assumido pela Constituição não é diverso, pois é no texto constitucional que se encontram positivadas a imensa maioria das garantias processuais penais. Por tal razão, Aury Lopes Júnior afirma que há uma “instrumentalidade constitucional” no processo penal.

Instrumentalidade constitucional significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição<sup>174</sup>.

Assim, a instrumentalidade do processo penal somente pode ser desenvolvida a partir do que Luigi Ferrajoli denomina de estrita jurisdicionalidade, que refere-se à prevalência do “conhecimento jurisdicional” ao “autoritarismo judicial”.

---

<sup>171</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>174</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 08.

Este aspecto cognoscitivo do direito trata da "minimização do poder e da maximização do saber judicial", em um sentido valorativo e político da justiça penal<sup>175</sup>.

Se de um lado na própria definição legislativa do delito situam-se as garantias penais, é na comprovação empírica (jurisdicional) do delito que situam-se as garantias processuais penais, de modo que o cognitivismo processual e a estrita jurisdicionalidade situam-se no campo específico da atividade jurisdicional e correspondem ao entrecruzamento entre "poder" e "saber"<sup>176</sup>.

Revela-se, neste ponto, uma nítida tensão entre os posicionamentos de um direito penal mínimo e de um direito penal máximo. A faceta processual desta contraposição sistêmica se encontra no fato de que o "custo" aceito pelo direito penal máximo demanda a punibilidade de todos os culpados mesmo que à custa de se condenar inocentes, enquanto o "custo" aceito pelo direito penal mínimo, por seu turno, prescreve a não punibilidade dos inocentes, mesmo que se corra o risco de absolvição de culpados<sup>177</sup>.

Diante de tal tensão, não podemos ignorar as lições de Salvatore Satta quando afirma que o processo, como nós o concebemos, é o filho da liberdade: da liberdade são natos todos os princípios em que se baseia o processo, pelos quais o processo é processo<sup>178</sup>.

O princípio da estrita jurisdicionalidade, que agrega outros princípios ao processo penal democrático<sup>179</sup>, encontra-se inserido dentro da própria instrumentalidade constitucional do processo penal.

---

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>176</sup> *Idem, ibidem*, p. 63.

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*, p. 106.

<sup>178</sup> Refere-se, neste ponto, especialmente aos princípios *nullum crimen sine poena, nulla poena sine iudicio e in dubio pro reo*. Vide SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. Milano: Adelphi Edizione, 1994, p. 75.

<sup>179</sup> O termo "democrático" aqui é utilizado no sentido de "democracia substancial", que para além da sujeição às decisões da maioria, estabelece limites à própria escolha majoritária. Vide FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de Marcos Criado e Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 36.

Se por instrumentalidade é possível caracterizar a legitimidade do processo, podemos afirmar que a estrita jurisdicionalidade permite a perquirição por sua legalidade, entendendo-se esta em sentido amplo como o respeito às "regras do jogo", o que implica um sistema epistemológico de correção dos desvios que, na dialeticidade do sistema ideal ao concreto, é capaz de apontar para a maior ou menor (ir)racionalidade do sistema processual.

Embora dispensável realizarmos um *excursus* sobre o tema do erro no processo, vale recordarmos a afirmação de Francesco Carnelutti no sentido de que a história do processo somada à história da pena, seria uma verdadeira história de horrores e infâmia<sup>180</sup>. A justificação por um modelo limitador de poder se encontra centrada na ideia de que à custa da absolvição de culpados, protegem-se com maior rigor os submetidos ao processo, de forma a minimizar o erro judiciário.

Um julgamento no âmbito criminal nunca deve ser motivo de regozijo e sim de pesar, pois se de um lado se tem o luto por valores que podem ter sido conspurcados pelos acusados e que causam inegável sofrimento a eventuais vítimas, de outro existe sempre a possibilidade de o Estado imbuído da missão de aclarar os fatos, proferir um decreto condenatório com a respectiva privação da liberdade de um cidadão, motivo também de luto, afinal, uma condenação representa sempre uma fissura na malha social, um trauma não apenas ao acusado, mas a todos que são atingidos pela aflição decorrente da condenação, do cumprimento corporal de uma pena e da perda da liberdade<sup>181</sup>.

Não é por outra razão que Ranulfo de Melo Freire afirma que o homem nasceu antes do processo e com mais força do que o processo, e assim há de se reforçar o axioma por vezes esquecido de que o processo é o instrumento dedicado não ao Estado, mas ao cidadão<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2006, p. 47.

<sup>181</sup> DIAS, Marina. *O mal-estar de um julgamento*. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 242, Jan/2013.

<sup>182</sup> Prefácio à primeira edição da obra "Os fundamentos éticos do devido processo penal", de Aduauto Suannes. Vide SUANNES, Aduauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

O acusado deve ser visto sempre como mais fraco em relação ao Estado<sup>183</sup>, daí a razão da existência de limites bem definidos que se opõem à violência estatal.

Desta feita, trata-se o processo penal também de obstaculizar o impacto causado pelo Estado na vida do acusado, isto é, de minimizar os efeitos da sujeição ao processo, pois a existência do processo penal, inevitavelmente, produz violência, restando ao próprio processo penal minimizá-la e reduzi-la ao mínimo sofrimento necessário.

Todavia, observa-se a ausência de congruência entre a dogmática processual penal e a realidade operativa do sistema punitivo, o que implica em uma pseudoinstrumentalidade do processo que, aparentemente arraigada em dispositivos democráticos, passa a ser anunciada e diuturnamente referendada pela práxis judicial.

O discurso de combate à impunidade e à criminalidade usualmente destaca a manutenção da paz social<sup>184</sup> como finalidade do processo penal. A ideia de que processo seria uma forma institucionalizada de resolução dos conflitos é vista por Jacinto de Miranda Coutinho como um "motivo conceitual", isto é, uma espécie de "mito fundante"<sup>185</sup>.

Se de um lado a instrumentalidade do processo penal determina a defesa dos direitos individuais, de outro a pseudofuncionalidade baseada na ideia de justiça social sustenta a defesa da sociedade<sup>186</sup>, o que, de forma velada, nada mais é que a adoção velada da ideologia da defesa social.

Tal raciocínio jurídico consolida uma espécie de primado do público sobre o privado. A renúncia à autotutela, por exemplo, é um dos argumentos mais utilizados no que se refere à justificação da existência do processo. Nota-se que o conceito de processo, sem resguardar a limitação necessária entre o jurídico e o político, aparece constantemente como instrumento orientado à satisfação de determinado fim.

---

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004. p. 54.

<sup>184</sup> DELGADO, Jaime Guasp. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 42.

<sup>185</sup> De acordo com Jacinto Coutinho, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam, que não conseguem dizer. Nesta parca dimensão, o "mito" pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, ITEC, Porto Alegre, 2000, p. 02.

<sup>186</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

Processo penal e política criminal acabam configurando-se como duas faces de uma mesma moeda. O processo penal acaba assumindo tarefas exclusivas da política criminal, articulando espaços de disposição que se ligam justamente a focos do poder que provocam gradativamente corrosões no tecido das garantias fundamentais<sup>187</sup>, prevalecendo o interesse (punitivo) público.

A concepção de processo que aparece como um mecanismo de aplicação da pena é o que leva, contemporaneamente, o processo penal a assumir funções preventivas.

A importação de institutos como o *plea bargaining*, a delação premiada, a gradativa admissão das provas ilícitas por teorias excipientes que aparentemente purgam a ilicitude de sua obtenção, e a expansão dos âmbitos de aplicação das custódias cautelares<sup>188</sup>, são exemplos dos efeitos da globalização no processo penal, o que permite o surgimento de um modelo que se caracteriza, principalmente, pela conjunção dos vícios e defeitos dos modelos continentais em que subjaz elementos de natureza inquisitorial e a flexibilidade e o pragmatismo dos modelos da *common law* que possuem uma linha acerca da prova ilícita cada vez mais tolerante a exceções.

O processo penal somente deve relacionar-se com a pena naquilo que guarde relação com o processo de legitimação. Em um Estado dito democrático, a proteção dos direitos fundamentais constitui via única pela qual o processo penal pode legitimar a pena. Do contrário, esperar do processo penal impulsos que respondam por uma proatividade do sistema punitivo corresponderia a estimular funcionalidades persecutórias<sup>189</sup> fundadas em critérios de eficiência, celeridade e redução da impunidade<sup>190</sup>.

Esta transmissão automática de categorias inerentes a um discurso distante do processo de constitucionalização, por vezes presentes na dogmática jurídica incapaz de refletir sobre os postulados mais elementares da processualística penal e da filosofia do direito, reflete-se na postura descomprometida com um regime democrático.

---

<sup>187</sup> DELGADO, Jaime Guasp. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>188</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997.

<sup>189</sup> MANZINI, Vincenzo. *Op. cit.*

<sup>190</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 37.

Os direitos do homem, segundo Antoine Garapon, são capazes de inspirar o processo penal mas não o direito penal, de modo que o legislador moderno é colocado em um impasse em que deve retirar o negativo de um positivo que desconhece<sup>191</sup>.

Neste contexto, a legitimidade presente no processo penal reside no apego às regras elementares para que o processo se constitua como tal. A legitimidade do processo penal é consubstanciada na instrumentalidade constitucional e no princípio da estrita jurisdicionalidade, que por sua vez são marcos indelévels da difícil contraposição ao poder punitivo estatal.

Assim, é de se rechaçar, por completo, justificativas que conduzem o processo penal rumo ao escopo de se atingir finalidades coletivas, públicas ou éticas. A dicotomia entre interesses públicos e direitos individuais, adverte Aury Lopes Júnior, é uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo desleal para legitimar e pretender justificar o abuso de poder<sup>192</sup>.

Portanto, o processo penal é um dever do Estado perante o acusado, é limite e obstáculo à imposição da pena, e tal concepção não corresponde apenas a uma necessidade prática, mas a uma necessidade ontológica<sup>193</sup>. O processo penal serve de anteparo contra o poder punitivo, por tal razão a justificativa de interesses éticos e coletivos é inaceitável. A essência do processo penal não se funda em uma finalidade de aplicação da pena, ao contrário, é algo anteposto à sua aplicação, o que implica uma série de prerrogativas inerentes ao "jogo processual democrático"<sup>194</sup>.

O caráter cognitivo-garantista do processo penal consubstanciado no enquadramento dos direitos fundamentais como alicerces a sedimentar a estrutura do processo torna-se requisito basilar de uma instituição democrática. E esta vinculação democrática identifica exatamente o ponto de cisão entre processo penal, preservação das garantias fundamentais e o poder político<sup>195</sup>.

---

<sup>191</sup> GARAPON, Antoine. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>192</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 12.

<sup>193</sup> SATTA, Salvatore. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>194</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de Marcos Criado e Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 55.

<sup>195</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 47.

## CAPÍTULO III - O COMBATE À CORRUPÇÃO: ANÁLISE DO DISCURSO

Não obstante a análise dos aspectos relevantes das ideias de política, justiça e processo penal, diante dos graves escândalos políticos de corrupção que tomam conta dos noticiários diários, importa refletirmos sobre o discurso social e institucional que reza pelo combate à corrupção e o fim da impunidade dos corruptos.

A ciência do direito e a linguagem estão intrinsecamente ligados, a ponto de se tornar inimaginável a existência do primeiro sem a utilização do segundo. E se o direito não existe sem a linguagem, certamente ao problematizarmos a relação das garantias processuais penais em face do combate à corrupção, necessária também a análise do discurso.

Portanto, é necessária a análise do discurso de combate à corrupção a fim de conhecer e compreender a postura cada vez mais assumida pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal de utilizar e reproduzir este discurso atualmente tão em voga.

### 3.1. O DISCURSO

O movimento assim chamado de interacionismo social, em sua gênese, adotou três princípios<sup>196</sup> fundadores que contestam a divisão das ciências sociais e humanas, buscando afastar a caracterização como uma corrente meramente linguística ou sociológica, possibilitando que o interacionismo sociodiscursivo possa ser visto como uma corrente da "ciência do humano".

---

<sup>196</sup> O primeiro postulado enuncia que o problema da construção do pensamento consciente humano deve ser tratado paralelamente ao da construção dos fatos sociais e das obras culturais, sendo os processos de socialização e individuação duas vertentes indissociáveis do desenvolvimento humano. O segundo postulado assevera que os questionamentos das ciências humanas devem apoiar-se na filosofia e preocupar-se ao mesmo tempo com as questões de intervenção prática, especialmente no âmbito acadêmico. O terceiro postulado ressalta que convém contestar a divisão das ciências sociais e humanas em múltiplas disciplinas e subdisciplinas, uma vez que as problemáticas centrais de uma "ciência do humano" implicam relações de interdependência entre os aspectos psicológicos, cognitivos, sociais, culturais e linguísticos do funcionamento humano, e também os processos evolutivos e históricos por meio dos quais essas diferentes dimensões se geraram e se co-constituíram. Vide BRONCKART, Jean-Paul. *Atividade de linguagem, discurso e desenvolvimento humano*. Trad. Anna Rachel Machado e Maria de Lourdes Meirelles Matencio. Campinas: Mercado das Letras, 2006, p. 10.



A especificidade do interacionismo sociodiscursivo é a de postular que o problema da linguagem é absolutamente central ou decisivo para a ciência do humano. Com forte inspiração nos estudos de Ferdinand de Saussure<sup>197</sup> e Lev Vygotsky<sup>198</sup>, segundo o qual os signos de linguagem fundam a constituição do pensamento consciente humano, Jean-Paul Bronckart acentua que o interacionismo sociodiscursivo visa demonstrar que os discursos são os instrumentos principais do desenvolvimento do homem enquanto indivíduo em sociedade, tanto em relação aos conhecimentos e aos saberes, quanto em relação às capacidades do agir e da identidade das pessoas<sup>199</sup>.

Nesse contexto, é na aprendizagem social que se implementam os processos que contribuem para o desenvolvimento dos principais elementos pessoais, como a construção de identidade e o domínio dos raciocínios, por meio de um conjunto de operações cognitivas<sup>200</sup>. Assim, os mundos discursivos são responsáveis pela conexão entre as representações individuais e as representações coletivas.

Portanto, as ideias do interacionismo sociodiscursivo evidenciam o caráter indissociável dos processos de organização social pela linguagem e do desenvolvimento das capacidades cognitivas humanas. As ideias não podem ser provenientes da atividade de uma consciência individual, mas são produto da interação social e são condicionadas por essa interação, vez que apresentam sempre caráter dialógico, situando-se em um horizonte social (procede de alguém) e dirigindo-se a um auditório social (dirigida a alguém), de modo que todo discurso, pensamento ou consciência apresenta um caráter social, semiótico e dialógico<sup>201</sup>.

Deste modo, certo da relevância da comunicabilidade na vida dos indivíduos em sociedade, torna-se necessária a análise do discurso.

---

<sup>197</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2006.

<sup>198</sup> VYGOTSKY, Lev Semionovich. *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

<sup>199</sup> BRONCKART, Jean-Paul. *Op. cit.*, 2006, p. 10.

<sup>200</sup> O ato de produzir ou reproduzir um discurso deve proceder a uma forma de raciocínio, processo indissolúvelmente mental e de linguagem, que pode ser prático (fundado nas interações de diálogos); causal (fundados nos relatos); ou de ordem lógica ou semilógica (fundados em discursos teóricos). Independentemente do tipo de discurso, é certo que este constitui-se como um processo de desenvolvimento fundamental por meio do qual se transmitem as grandes formas de operatividade do pensamento humano, pois são constructos sociais necessariamente evolutivos. Vide BRONCKART, Jean-Paul. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>201</sup> *Idem, ibidem*, p. 127.

O discurso, conforme assinala Michel Foucault, se trata de um conjunto de fatos linguísticos, isto é, uma realidade material de coisas ditas ou escritas ligadas entre si por regras sintáticas de construção e por aspectos polêmicos, estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e resposta, de dominação, de esquiva e de luta<sup>202</sup>.

Segundo Jacques Lacan, o discurso reproduz a estrutura do inconsciente. Vale dizer que o inconsciente é estruturado como uma linguagem e esta o define como tal, pois não é possível falar em uma linguagem como estrutura pura em si mesma, senão como uma função subjetiva na percepção do discurso de outro indivíduo<sup>203</sup>.

Assim, a análise do discurso pode ser vista como um eixo metodológico de pesquisa, pois a análise é realizada não simplesmente sob o aspecto linguístico do discurso ou uma visão estruturalista, mas uma teoria do discurso que é essencialmente estratégica, vez que estabelecemos discursos e discutimos não para chegar à verdade<sup>204</sup>, mas para vencê-la.

O resultado do discurso, qual seja o seu significado para o outro, é simbólico e portanto pode deslocar-se de acordo com suas cegueiras, seu sucesso, sua sorte, seus dons inatos e sua posição social, isto é, tudo aquilo que é da ordem do dado psicológico<sup>205</sup>.

A compreensão de ideias e pensamentos alheios, de acordo com as lições de Pierre Bourdieu, impõe que se torne visível o horizonte de referência às quais as ideias se definiram<sup>206</sup>, tendo em vista que por vezes permanecem em estado implícito.

---

<sup>202</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 09.

<sup>203</sup> LACAN, Jacques. *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 14.

<sup>204</sup> A própria verdade, de acordo com Michel Foucault, tem uma história, e as práticas sociais podem chegar a conceber domínios de saber que estabelecem novas formas de sujeitos de conhecimento, especialmente porque a psicanálise - tanto no âmbito da prática como na teoria - questiona de maneira fundamental a prioridade conferida ao sujeito como fundamento e ao núcleo central de todo o conhecimento. Vide FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 140.

<sup>205</sup> LACAN, Jacques. Seminário sobre a carta roubada. In: *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 37.

<sup>206</sup> Utilizando uma analogia de "imigração de ideias", Bourdieu adverte que "importar" ideias e pensamentos implica riscos graves de ingenuidade e de simplificação, além de grandes inconvenientes, vez que fornece um instrumento de objetivação. Vide BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989, p. 07.

A mesma cautela deve ser observada no que concerne o poder simbólico enquanto elemento construtor da realidade social, pois este não se apresenta tão concretamente quanto à sua forma de manifestação, de modo que para desvendá-lo é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde é mais completamente ignorado, pois o poder simbólico é invisível e somente é exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos, ou mesmo que o exercem<sup>207</sup>.

O processo de comunicação não é o resultado de uma única intencionalidade, pois é preciso levar em consideração não somente o que poderiam ser as intenções declaradas do emissor, mas também o que diz o discurso em determinado contexto social e histórico na relação particular que une o emissor ao receptor<sup>208</sup>.

Diante dessa situação, Patrick Charaudeau afirma que o ato de linguagem não esgota sua significação em sua forma explícita, vez que o que está explícito neste caso possui também uma significação implícita além do seu próprio significado, algo que é relativo e depende do contexto social e histórico que se insere<sup>209</sup>.

Assim, um discurso fora das circunstâncias de neutralidade pressupõe que nos interroguemos a seu respeito sobre as diferentes leituras que lhe são suscetíveis, o que nos leva a considerá-lo como um objeto duplo, constituído de um explícito (algo que é manifesto) e de um implícito (algo que possui sentidos múltiplos que dependem das circunstâncias de comunicação).

Ao contrário do que ocorre em um discurso transparente, pautado na semelhança entre o emissor e o receptor, no discurso não-transparente os atores são definidos em suas diferenças. Há a possibilidade de o receptor construir um sentido não previsto pelo emissor, ampliando ou restringindo a intencionalidade do discurso<sup>210</sup>.

A competência do discurso é múltipla e não reside unicamente na aptidão para representar uma ideia ou pensamento por um ato explícito de linguagem, mas na aptidão para significar uma totalidade que inclui o contexto social e histórico.

---

<sup>207</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 08.

<sup>208</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e discurso: modos de organização*. Trad. Angela M. S. Corrêa; Ida Lúcia Machado. São Paulo: Contexto, 2012, p. 17.

<sup>209</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>210</sup> *Idem, ibidem.*

O que nos leva a concluir que, em se tratando de discursos que bradam o combate à corrupção, não é possível a produção ou reprodução somente do que é explícito, de modo que os discursos de combate à corrupção devem ser definidos como um conjunto de combinações muito mais complexas.

O discurso é um dos universos simbólicos que serve de instrumento de conhecimento e construção do mundo. Enquanto sistema simbólico de conhecimento e comunicação, compartilhando do conformismo lógico de Émile Durkheim<sup>211</sup>, isto é, uma concepção homogênea do tempo, do espaço e da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências, o poder simbólico não apenas é um poder de construção da realidade, mas também tende a estabelecer uma ordem social, um sentido imediato da realidade social.

O símbolo não é, portanto, exatamente aquilo que de fato representa, e tal proposição se aplica ao discurso, eis que simbólico, pois somente para o real, seja qual for a desordem que nele possamos produzir, ele está sempre e de qualquer modo em seu próprio lugar<sup>212</sup>.

Nesse contexto, os estudos de Michel Foucault estão fundados na constituição histórica de um sujeito de conhecimento através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais capazes de engendrar domínios de saber<sup>213</sup>.

O inconsciente é visto por Jacques Lacan como o discurso do outro, como a parte do discurso concreto que falta à disposição do sujeito para restabelecer a continuidade do seu discurso consciente, vez que assim desaparece qualquer paradoxo de ideia ou pensamento, pois se trata de uma realidade individual<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> DURKHEIM, Émile. *Pragmatismo y sociologia*. Buenos Aires: Schapire S.R.L., 1971.

<sup>212</sup> LACAN, Jacques. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>213</sup> FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>214</sup> LACAN, Jacques. Função do campo da fala e da linguagem em psicanálise. *In: Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 123.

Assim, não se deve resolver um jogo de significações prévias, acreditando que o mundo nos mostra uma face legível que a nós cabe apenas decifrar, como se cúmplice fosse do nosso conhecimento. Não há uma providência pré-discursiva, é preciso conceber o discurso como uma "violência" que se faz às coisas, uma prática que impomos para alcançar o que realmente se mostra<sup>215</sup>.

Não se trata de uma interpretação de significados que busca simplesmente descobrir o que está oculto por trás dos discursos, mas aquilo que efetivamente produz e se mostra. O aspecto linguístico não é suficiente, exigindo que os fatos de discurso sejam analisados sob uma visão de jogo de estratégia, de ação e reação<sup>216</sup>.

Todo discurso importa em uma resposta, e a evidência do fato não desculpa que o negligencie, pois mesmo que se encontre apenas o silêncio, desde que haja um ouvinte, este buscará uma realidade que preencha o vazio<sup>217</sup>. Assim, ainda que o discurso não comunica nada, ele representa a existência de comunicação, e mesmo que negue a evidência, o discurso afirma que constitui-se em verdade, e ainda que destinado a enganar, especula sobre a fé no testemunho<sup>218</sup>.

Há o que é formulado no discurso e o que se pretende formular - uma distinção entre o "querer" e o "dizer" a sua intenção, além daquilo que é dito sem querer dizer, cabendo ao intérprete perceber o que foi dito para além do que se pretendia.

Portanto a análise do discurso, conforme proposta por Foucault, é realizada por meio de contradições, em que uma contradição leva a outra, de modo que ao fazer com que desapareçam e reapareçam contradições, mostra-se o jogo que nele elas desempenham. Os discursos devem ser tratados não somente como práticas descontínuas que se cruzam, se aproximam, mas também que se ignoram e que se excluem<sup>219</sup>, isso porque o discurso é uma prática que tem eficácia e gera resultados, capaz de produzir acontecimentos e influir em decisões.

---

<sup>215</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 5. ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999, p. 55.

<sup>216</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 09.

<sup>217</sup> LACAN, Jacques. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>218</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 116.

<sup>219</sup> FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 55.

A produção do discurso é socialmente constitutiva, ao passo que contribui para a constituição das dimensões da estrutura social que, direta ou indiretamente, o moldam e o restringem. O âmbito da política se apresenta como um dos grandes tabus da sociedade e por isso seria o discurso, de maneira privilegiada, o lugar onde elas exercem suas mais temidas potências, ainda que não seja o discurso um elemento neutro e transparente no qual a política se desarma e se pacifica<sup>220</sup>.

Portanto, o discurso não se limita apenas à representação do mundo, não é simplesmente algo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é também uma prática de significação do mundo, constrói o mundo em significados, é algo em razão do quê e pelo quê se luta<sup>221</sup>.

### 3.1.1. O CARÁTER COGNITIVO DO DISCURSO

Com efeito, a autêntica função política do discurso não se limita à função comunicativa. O discurso, enquanto poder simbólico, é por excelência o instrumento de integração social que torna possível o consenso sobre o sentido da sociedade e contribui fundamentalmente para a ordem social, de modo que a integração lógica é a condição da integração moral<sup>222</sup>.

Assim, a partir de uma análise crítica do discurso, tendo em vista que o conhecimento sobre a política ser modificado ou confirmado pelos diversos discursos durante o processo de socialização, Teun van Dijk se propõe a desenvolver um estudo do aspecto cognitivo para a análise do discurso, o que exige uma teoria de cognição política<sup>223</sup> que conecta o indivíduo ao discurso e a interação às representações sociais dos grupos e instituições.

---

<sup>220</sup> *Idem, ibidem*, p. 11.

<sup>221</sup> *Idem, ibidem*, p. 12.

<sup>222</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>223</sup> A compreensão da cognição política requer que o domínio discursivo seja considerado em níveis distintos: o nível básico consiste na política individual, pautado nos discursos e crenças de cada indivíduo; e o nível mais elevado é constituído pelo nível básico somado aos grupos e instituições e suas representações, pautado no discurso coletivo e suas representações abstratas, de modo que a ordem do

O discurso é analisado em duas vertentes: a primeira diz respeito ao nível sociopolítico, onde processos e estruturas são constituídos por eventos situados, interações e discursos em contextos políticos; a segunda refere-se ao nível sociocognitivo, onde as representações políticas são relatadas pelas representações individuais do discurso político, e suas interações e contextos<sup>224</sup>.

A cognição política se apresenta como o elemento de conexão entre as dimensões individual e coletiva do discurso, isto é, entre a cognição social e as crenças pessoais<sup>225</sup>.

O estudo da cognição política é situado no uso e nas estruturas das representações mentais sobre situações, eventos, grupos e contextos, funcionando como base cognitiva do discurso, relacionando as macroestruturas das representações dos grupos e instituições com as microestruturas individuais<sup>226</sup>.

O discurso cumpre sua função política de instrumento de legitimação, e a violência simbólica do discurso é suficiente para assegurar a prevalência de uma ideia sobre outra, ou uma ideologia sobre outra, para definir a vida em sociedade conforme interesses determinados<sup>227</sup>.

O conhecimento, enquanto uma estrutura mental organizada, consiste em crenças factíveis que podem ser verificadas pelo critério de verdade de determinado grupo ou cultura.

---

discurso é pautada em processos sociopolíticos, culturais e históricos. Vide VAN DIJK, Teun Adrianus. *Cognição, discurso e interação*. São Paulo: Contexto, 1992, p. 203.

<sup>224</sup> VAN DIJK, Teun Adrianus. *Cognição, discurso e interação*. São Paulo: Contexto, 1992, pp. 204-205.

<sup>225</sup> Na cognição política, conforme proposto por Teun Van Dijk, o processo cognitivo e as representações são observados na memória de curto prazo e na memória de longo prazo. O processamento da informação que envolve a percepção e a compreensão do discurso é elaborado na memória de curto prazo que faz uso da informação armazenada na memória de longo prazo, o que permite distinguir a memória episódica e memória semântica no contexto do discurso político. A memória episódica armazena as informações processadas na memória de curto prazo, enquanto a memória semântica, assim denominada por Teun Van Dijk de "memória social", acumula informações mais gerais e abstratas, referentes ao conhecimento da linguagem e do mundo, permanecendo armazenadas na memória de longo prazo. Assim, o conhecimento social é armazenado em estruturas da memória de longo prazo, organizado em diversas "categorias" de representações mentais, como o conhecimento político geral que o povo possui sobre políticos, debates parlamentares, eleições, propaganda política ou demonstrações políticas.

<sup>226</sup> *Idem, ibidem*, p. 207.

<sup>227</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 11.

De tal sorte, o conhecimento de um grupo pode ser julgado como mera “crença” ou “opinião” por outro grupo<sup>228</sup>, pois do mesmo modo que as crenças são estruturas cognitivas organizadas, as atitudes e ideologias também o são, por meio das características do discurso e da cognição política que resultam dos grupos e de seus relacionamentos<sup>229</sup>.

As ideologias, como produto coletivo e coletivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a se apresentar como interesses universais, comuns à coletividade.

Assim, o discurso é também capaz de promover a integração fictícia da sociedade, capaz de unir e separar<sup>230</sup>.

As ideologias, assim como seus discursos, devem ser analisados sempre em uma dupla vertente, eis que suas características essenciais estão vinculadas não só aos interesses do grupo social que representam, mas também aos interesses específicos daqueles que as produzem<sup>231</sup>.

Aceitando o fato de que é possível mudanças no senso comum político, tendo em vista que cada grupo social pode desenvolver seu próprio conhecimento de grupo, fragmentos de crenças de grupos podem penetrar no senso comum, e vice-versa.

As experiências e conhecimentos pessoais são representados em modelos mentais que, ao contrário das crenças socialmente compartilhadas, representam eventos específicos que são utilizados como parâmetro de interpretação (conhecimento e opinião) de cada evento, por isso subjetivos<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> A estrutura da memória social, de acordo com Teun Van Dijk, é constituída pelo senso comum das crenças socioculturais, formadas pelo conhecimento cultural e pelas opiniões. Portanto, é possível que o senso comum cultural sofra mudanças historicamente, ao passo que cada grupo social pode desenvolver seu próprio conhecimento de grupo, que é organizado em torno da ideologia subjacente. Atualmente, no que se refere ao discurso político, é certo que as mudanças relacionadas à "memória social" ocorrem principalmente por meio de discursos veiculados pela mídia de modo geral.

<sup>229</sup> VAN DIJK, Teun Adrianus. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>230</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>231</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 13.

<sup>232</sup> VAN DIJK, Teun Adrianus. *Op. cit.*, p. 209.



Em uma luta propriamente simbólica, afirma Pierre Bourdieu, a violência simbólica do discurso age como instrumento arbitrário de conhecimento e comunicação, embora ignorado como tal, e causa a transfiguração de posições sociais. Há uma verdadeira luta pela "hierarquia dos princípios de hierarquização"<sup>233</sup>.

Desta feita, os indivíduos constroem um modelo mental a partir de um evento ou ação, que serve como base referencial do discurso, ajudando a definir a coerência local, regional e global, formando a base cognitiva de toda interação e discurso individual.

Os modelos mentais integram novas informações, corporificando pessoas e informações sociais, servindo como o núcleo de conexão entre o social e o individual, constituindo a base da experiência social e do conhecimento político, o que permite Teun van Dijk concluir que as representações da memória social são derivadas da experiência pessoal, mas o conhecimento social e político é formado pelas representações gerais e abstratas<sup>234</sup>.

### **3.1.2. A LEGITIMAÇÃO POR MEIO DO DISCURSO**

Evidencia-se tal fenômeno pelo fato de o senso comum de que "todo político é corrupto" aponta para essas representações pessoais, que geram a memória social sobre a corrupção.

Assim, no que diz respeito à memória social sobre a corrupção, há uma "legitimação sociopolítica realizada pelo discurso"<sup>235</sup>, pois há uma relação complexa entre as dimensões discursivas e sociopolíticas da legitimação, sendo certo que a legitimação da corrupção ocorre por meio do discurso político que influencia as relações entre crenças compartilhadas e crenças pessoais<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>234</sup> VAN DIJK, Teun Adrianus. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>235</sup> De acordo com Teun Van Dijk, o discurso somente terá função legitimadora com a presença de certos fatores contextuais, como o poder e a autoridade do falante, assim como sua instituição.

<sup>236</sup> VAN DIJK, Teun Adrianus. *Op. cit.*, p. 211.

Sempre há violência simbólica quando o poder busca legitimar um ato arbitrário por meio de um discurso que tende a impor a apreensão da ordem estabelecida como natural com a imposição dissimulada - e, portanto, ignorada como tal - de sistemas objetivamente ajustados às estruturas sociais.

O efeito ideológico está justamente na imposição de discursos políticos sob a aparência legítima de lições filosóficas, históricas, religiosas e jurídicas<sup>237</sup>.

O poder simbólico do discurso é o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo, que permite obter pela mobilização social o equivalente àquilo obtido pela força física ou econômica, desde que seja ignorado como arbitrário.

A violência simbólica do discurso torna-se irreconhecível, transfigurada e legitimada como outras formas de poder, capaz de produzir efeitos reais sem o dispêndio de força, e a única forma de neutralizar seus efeitos supõe a tomada de consciência do arbitrário.

A revelação da verdade objetiva do discurso e o desaparecimento da crença, na medida em que o discurso dissidente destrói as falsas evidências do consenso, lhe neutraliza o poder de desmobilização e se encerra o poder simbólico de subversão dos interesses verdadeiramente universais<sup>238</sup>.

Por tal razão, Fernando Filgueiras afirma que a corrupção pode ser compreendida como uma prática política que é legitimada dentro de um determinado contexto sociopolítico, pois o reflexo da economia no discurso político das democracias contemporâneas promove uma "despolitização do político" e uma naturalização do conceito de corrupção, conforme uma linguagem que se define no liberalismo de mercado<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> BOURDIEU, Pierre. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>238</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 15.

<sup>239</sup> FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008, p. 15.

Isso porquê, os discursos políticos que legitimam a corrupção são oriundos de uma compreensão econômica da política, característica das democracias contemporâneas, cuja a ideologia que embasa tal discurso é uma ideologia liberal de mercado. A corrupção política é vista somente vinculada ao aspecto econômico<sup>240</sup>, e despreza-se o aspecto dos valores e das normas, posto que o discurso econômico sobre a corrupção destaca com maior ênfase o aspecto mercantil em detrimento da discussão sobre valores e normas<sup>241</sup>.

No entanto, não devemos compreender a corrupção apenas pela lógica dos interesses mercantis, uma vez que para uma compreensão aprofundada do fenômeno da corrupção faz-se necessário considerarmos os valores e as normas como pressupostos do problema, tendo em vista que a corrupção implica a transgressão de uma norma e exige uma crítica moral da política e de suas instituições.

O fenômeno da corrupção ocorre justamente na relação entre os setores público e privado, e constitui justamente a destinação de verba pública para fins pessoais ou privados, o que implica na necessidade de uma análise mais abrangente para a compreensão do fenômeno, posto que importa em aspectos de valores e moral pública e individual<sup>242</sup>.

A abordagem econômica da corrupção e da política condicionou o discurso político, definindo o conceito de corrupção pelo viés da ideologia de mercado, de forma a criar uma memória social que entende a corrupção como algo natural e banal, em uma verdadeira "endemia social da corrupção". Tal fenômeno denuncia a ineficiência estatal para produzir bens públicos e resulta em uma crescente despolitização do Estado e da sociedade, além de proporcionar uma insólita relação harmônica entre corrupção e democracia<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> Diante dos estudos de Teun Van Dijk sobre a memória social, esta constituída pelo conhecimento, atitudes, ideologias, valores e normas, de modo que as representações podem ser esquematicamente organizadas sobre a arquitetura da mente social, Fernando Filgueiras entende que há um fenômeno de naturalização e banalização da corrupção como resultado de um movimento de mercado, no interior das forças econômicas, visto como independente de normas e valores. O discurso de legitimação da corrupção atinge as representações sociais com a finalidade de naturalizá-la ou representá-la como uma prática mercantil somente.

<sup>241</sup> FILGUEIRAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>242</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>243</sup> FILGUEIRAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 19.

O discurso de legitimação da corrupção busca a naturalização e a banalização da corrupção, como se o fenômeno fosse uma patologia política, uma decorrência natural da ineficiência do Estado e a política fosse naturalmente o espaço da corrupção, o que lhe torna comum e habitual<sup>244</sup>.

De acordo com Luisa Martín Rojo e Rachel Whittaker<sup>245</sup>, a legitimação discursiva funciona dentro de um processo mais geral de legitimação social e política, no qual estão em jogo as instituições que buscam o poder, o Estado, a lei, os valores compartilhados e a ordem social, o que implica dizer que em momentos de crise o discurso de legitimação torna-se imperativo, como uma estratégia para o manejo das crises.

Assim, diante da cognição política e do modo como esta se processa por meio do discurso, Fernando Filgueiras conclui que a legitimação, enquanto ato discursivo, é a modalidade mais eficaz para reproduzir o poder estatal em meio às crises de legitimidade política, de modo que elaborar e difundir o discurso de legitimação é o meio mais eficaz de preservar as instituições políticas, por isso adota-se um discurso que busca legitimar a corrupção, porque a legitimação reproduz o poder estatal<sup>246</sup>, e o discurso de legitimação da corrupção busca representar o fenômeno como uma prática mercantil somente, promovendo a banalização da corrupção como resultado de um movimento de mercado livre de valores morais.

### **3.2. A MORALIDADE E A ETICIDADE DO DISCURSO**

Nos encontramos em um momento de domínio cientificista em que surge a necessidade de fundamentação de uma ética que possa compreender os problemas e conflitos que hoje se caracterizam pelo seu alcance global.

---

<sup>244</sup> De acordo com Fernando Filgueiras, uma ideologia liberal de mercado busca legitimar seu poder sobre o domínio público alegando que o Estado é corrupto e ineficiente. Não se nega a presença da corrupção no Estado, mas não é seu objetivo investigar a corrupção ou incapacitar o discurso de legitimação da corrupção pelos atores políticos e instituições políticas.

<sup>245</sup> ROJO, Luisa Martín; WHITTAKER, Rachel. *Poder-decir: o el poder de los discursos*. Madrid: Arrecife, 1998, p. 171.

<sup>246</sup> FILGUEIRAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 22.

Os problemas modernos dizem respeito à humanidade como um todo, o que impõe a fundamentação de uma ética discursiva universal, de cooperação solidária entre os indivíduos, orientada na criação de normas morais e jurídicas suscetíveis de consenso por meio do discurso argumentativo<sup>247</sup>.

De fato, a humanidade é convocada a pensar os problemas comuns, especialmente os que dizem respeito à sua sobrevivência, e desafiada a construir coletivamente uma ética de responsabilidade universal, isto é, capaz de organizar a responsabilidade ante as consequências de suas ações coletivas em escala global<sup>248</sup>.

Diante da modernidade líquida que evidencia-se nas sociedades contemporâneas, identificada no conjunto de relações e instituições, além de sua lógica de operações, que se impõe e que dão base à contemporaneidade, em uma época de liquidez, de fluidez, volatilidade, incertezas e insegurança, não há outro caminho a não ser descortinar a assim chamada ética pós-moderna<sup>249</sup>.

Realmente se faz necessário analisar os aspectos da moralidade que pairam nas relações sociais hodiernas, como novos problemas desconhecidos ou não percebidos anteriormente pelas gerações passadas, ou novas formas de velhos problemas que persistem em acompanhar a existência do homem, que em verdade são apenas o plano de fundo do pensamento ético.

De acordo com Karl-Otto 'Apel, o homem perdeu parte de seus instintos primitivos repressivos com o desenvolvimento racional, e perdeu conseqüentemente a direção do comportamento orientado pelo instinto<sup>250</sup>.

Com efeito, o progresso e o desenvolvimento das técnicas científicas, e a superação de barreiras instintivas implicaram no surgimento de uma consciência moral.

---

<sup>247</sup> APEL, Karl-Otto. *Teoria de la verdad y ética del discurso*. Trad. Norberto Smilg. Barcelona: Paidós, 1991, p. 148.

<sup>248</sup> *Idem*. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 188.

<sup>249</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 07.

<sup>250</sup> APEL, Karl-Otto. *Op. cit.*, p. 72.

Os avanços do homem no campo científico e os processos de racionalização levaram o homem a um descrédito nos esforços de fundamentação da moral, dificultando assim a fundamentação de uma ética de alcance universal em tempos permeados pelo relativismo<sup>251</sup>. E é justamente o desenvolvimento das ciências que, com maior urgência na atualidade, nos leva a enfrentar o problema da responsabilidade racional.

Se antes os efeitos da ação humana eram acionados, de maneira imediata, por uma consciência instintiva-emocional, agora a ação humana está referida à responsabilidade racional, não tão imediata, em virtude da amplitude espacial e temporal das ações coletivas dos homens<sup>252</sup>.

A moral, na maior parte da história humana, é vista como o aspecto do pensar, sentir e agir do homem diante da discriminação entre certo e errado. Sobre as ações que a pessoa escolheu dentre outras que podia escolher, mas optou por não fazê-lo, que deve recair um juízo de valor.

Tradicionalmente, não havia o sopesamento sobre o comportamento humano, apenas a opção entre escolhas certas ou erradas a serem feitas. A "vontade livre" correspondia à liberdade de escolher o errado *contra* o certo, pois o agir correto não era uma questão de escolha, pelo contrário, significava evitar a escolha seguindo os costumes moralmente admitidos<sup>253</sup>.

Todavia, a redução da administração da conduta individual e da vigilância coletiva, difusa e onipresente, levaram ao gradual afrouxamento da força da tradição.

Os critérios de avaliação são redimensionados, passam a ramificar-se em outras direções. O correto, que antes era unitário e indivisível, passou a dividir-se em critério de utilidade, economia, estética, sendo evidente que "útil" não é necessariamente "bom", "melhor custo benefício" não é necessariamente o "correto", "belo" não é necessariamente "verdadeiro".

---

<sup>251</sup> *Idem. Op. cit.*, p. 10.

<sup>252</sup> *Idem. Estudios éticos*. Trad. Carlos de Santiago. México: Ediciones Coyocán, 2004, p. 109.

<sup>253</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 12.

A modernidade passou a admitir ações certas em um sentido e erradas em outro, sem estabelecer quais critérios específicos para avaliar cada ação, tampouco se há prioridade de um critério sobre outro<sup>254</sup>.

O cerne da questão, de acordo com Zygmunt Bauman é exatamente que a vida moderna não se conforma com a lógica "certo ou errado" e na medida em que se busca de um lado substituir a diversidade pela uniformidade, de outro o resultado é o oposto, pois ao tentar fazê-lo produz constantemente mais divisões, diversidade, individualidade e ambivalência do que as que pretendia reduzir<sup>255</sup>.

A mentalidade e a preocupação individualistas são as razões para que se tentasse elaborar e impor uma ética onicompreensiva e unitária, isto é, um código coeso de regras que pudessem ser ensinadas e as pessoas forçadas a obedecer, como se um conjunto de regras racionais da convivência humana pudesse regular a aporia<sup>256</sup> entre o individualismo e o coletivismo.

O pensamento ético moderno buscou a solução na universalidade e na fundamentação. A ideia de universalidade correspondia ao traço de prescrições éticas que sujeitavam os homens; e as fundamentações aos poderes coercitivos que tornavam a obediência às regras uma expectativa sensata. Em suma, o pensamento moral da modernidade acreditava na possibilidade de um código ético não ambivalente e não aporético<sup>257</sup>.

A transição que presenciamos da idade moderna para a pós-moderna atinge sua fase autocrítica, ao passo que muitos pensamentos antes pautados tão somente em teorias éticas, hoje permitem uma compreensão radicalmente nova com base nos interesses morais dos tempos modernos.

---

<sup>254</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>255</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

<sup>256</sup> Esta situação aporética, assim definida por Zygmunt Bauman, foi o traço característico que define a modernidade, consistente no conflito não resolvido, mas em princípio resolvível, como sinal de ignorância, ainda não superada totalmente, do melhor ajuste entre o indivíduo e os interesses comuns.

<sup>257</sup> *Idem, ibidem.*, pp. 17-18.

Tal fenômeno de "revolução" pós-moderna na ética, embora não seja uníssono, permite não raras vezes a substituição da moralidade ética pela estética<sup>258</sup>, chegando ao extremo de associar a moralidade com o fim do ético.

Em vistas para o atual momento social no mundo moderno, caracteriza por um individualismo exacerbado e pela busca de tolerância que na prática se traduz como mera indiferença, é digno de crítica o pensamento de Gilles Lipovetsky, o qual celebra o fenômeno que assim chamou de "*le crépuscule de devoir*"<sup>259</sup> que celebra o declínio da moralidade em virtude da suposta liberdade em relação às obrigações, deveres e mandamentos absolutos.

Nesse contexto surge a necessidade de reforçar o pensamento autocrítico, posto que em grande parte a modernidade tem a capacidade de frustrar a autoanálise.

Por meio da razão prática o homem é capaz de encontrar soluções para os problemas que ele próprio cria. A razão prática (pautada em sua essência pela ação comunicativa, na tentativa de criar soluções em âmbito comunitário global, de responsabilidade social e de validade universal) é capaz de superar a razão técnica (consistente na ação particular do indivíduo para criar soluções para o seu proveito e sem responsabilidade efetiva pelos seus feitos) e por isso capaz de postular normas universais para a humanidade, em favor de uma razão mediada, portadora de responsabilidade<sup>260</sup>.

A modernidade contentava-se em propor metas impossíveis de atingir, para então atingir àquelas atingíveis, mas este comportamento já não basta, sendo necessário o reconhecimento de certas pretensões como falsas e de certos objetivos como inatingíveis.

---

<sup>258</sup> O termo "estética" é empregado com o sentido de comportamento que releva de uma atitude contemplativa do homem isolado, centrado em sua sensibilidade pessoal, isto é, o homem por si só, alheio a qualquer alteridade, em contraposição ao conceito de ética como a consciência social de cada um, o ser humano em interação com a humanidade. Vide ADORNO, Theodor W. *Minima moralia*: reflexões a partir da vida danificada. Trad. Luiz Eduardo Bica. São Paulo: Ática, 1993.

<sup>259</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005.

<sup>260</sup> APEL, Karl-Otto. *Op. cit.*, p. 189.



Somente assim as fontes de poder moral que estavam escondidas da vista na filosofia ética e política da modernidade possam tornar-se visíveis, e assim as razões para este fenômeno de invisibilidade moral possam ser melhor compreendidas a fim de possibilitar que a moralização<sup>261</sup> da vida em sociedade seja reforçada.

Com esse pensamento é que Zygmunt Bauman edifica a ideia de ética pós-moderna, não na exclusão de conceitos morais caracteristicamente modernos, mas na rejeição de formas tipicamente modernas de tratar os problemas morais<sup>262</sup>. Com efeito, defende que as questões morais devem ser tratadas, na teoria, por meio da busca filosófica de absolutos universais, e com regulamentação normativa coercitiva na prática política<sup>263</sup>.

Trata-se de uma análise reflexiva que concebe a razão enquanto procedimento e o discurso como substrato último na busca de um consenso universal.

Os homens alcançaram a moralidade à luz de princípios éticos da razão, de modo que todo membro de um grupo social deve reconhecer como norma ética fundamental que o indivíduo, com possibilidade de sentido e de linguagem, somente pode alcançar as pretensões humanas se sustentado pela argumentação em uma comunidade em que a comunicação é ilimitada, cujas as ações prescrevem a resolução das diferentes opiniões por meio do consenso<sup>264</sup>.

Portanto, o discurso é a instância ideal de fundamentação e validação das normas éticas, sendo reconhecida a assimetria na relação do discurso argumentativo com todas as demais formas de comunicação e interação dos indivíduos em sociedade, ao passo que somente no âmbito do discurso e com base nas regras do discurso é que podem ser fundamentados juízos válidos<sup>265</sup>. Assim, em direção a uma abordagem cognitivista da ética no discurso, Jürgen Habermas busca compreender em que sentido e de que maneira podem ser fundamentados os mandamentos e normas morais.

---

<sup>261</sup> Segundo Zygmunt Bauman, cabe ao tempo registrar na história se a pós-modernidade será como um crepúsculo ou como o renascimento da moralidade. Vide BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>262</sup> Os grandes temas da ética, como direitos humanos, justiça social e política, equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, não perderam em nada sua atualidade, apenas necessitam ser analisados de uma perspectiva atual.

<sup>263</sup> *Idem, ibidem*, p. 11.

<sup>264</sup> APEL, Karl-Otto. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>265</sup> *Idem, ibidem*, p. 192.

Ao propor a análise de uma teoria moral sob a forma de uma investigação de argumentações morais, esclarece que a tentativa de fundamentar a ética sob a forma de uma lógica de argumentação moral depende da identificação de uma pretensão de validade especial, associada a mandamentos e normas<sup>266</sup>. O agir comunicativo, orientado para o entendimento mútuo, é visto por Jürgen Habermas como as interações nas quais as pessoas envolvidas se põe de acordo medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade.

No caso de processos linguísticos de entendimento mútuo, ao se compreenderem, os indivíduos erguem pretensões de validade com seus discursos comunicativos, isto é, pretensões de verdade (o que é verdadeiro ou não) e de correção (o que é correto ou não), conforme se refiram a algo no mundo objetivo (estado de coisas existentes), no mundo social comum (relações interpessoais de um grupo social) ou no mundo subjetivo próprio (experiências da vida)<sup>267</sup>.

Com efeito, busca-se o caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais. Em crítica ao imperativo categórico de Immanuel Kant, que defende que o princípio moral pode assim ser compreendido de tal maneira que exclui como inválidas as normas que não possam encontrar o consentimento de todos a fim de assegurar que somente sejam aceitas as normas que exprimem uma *vontade universal*, Jürgen Habermas propõe a ideia de uma *vontade comum*.

O posicionamento de Jürgen Habermas exige mais que uma reflexão sobre a validade das normas, mas uma real argumentação de todos os indivíduos de um grupo, pois somente um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um consentimento de natureza reflexiva, isto é, a uma convicção comum<sup>268</sup>.

Modifica-se a ideia de prescrever a todos os demais uma máxima como lei universal, para apresentar uma máxima para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. Desloca-se o foco daquilo que cada indivíduo pode querer sem contradição como lei universal, para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma coletiva.

---

<sup>266</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

<sup>267</sup> *Idem, ibidem*, p. 79.

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 87.

Tal formulação visa a realização cooperativa da argumentação, pois só a efetiva participação de cada indivíduo pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos interesses próprios pelos demais. Assim, não obstante cada indivíduo seja a instância última de avaliação daquilo que realmente é de seu próprio interesse, permite também que os interesses próprios permaneçam acessíveis à crítica pelos demais, de modo que as necessidades são interpretadas com base nos valores culturais que por sua vez são parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente<sup>269</sup>.

A transparência do discurso, de acordo com Patrick Charaudeau, será determinada conforme a posição teórica em que se analisa o ato de linguagem produzido por um emissor. Se considerarmos uma posição teórica que concebe o discurso como produzido por um emissor-receptor ideal, em uma circunstância de comunicação neutra, teremos como resultado a ideia de que o ato de linguagem é um objeto transparente<sup>270</sup>.

Isso porquê, os atores do discurso são definidos em suas semelhanças, e em um processo de comunicação simétrico, o receptor somente precisa compreender o percurso inverso da transmissão do discurso para encontrar a intencionalidade do emissor, algo que será mais cômodo em circunstâncias de comunicação neutra, isto é, em que os atores se encontram em um mesmo patamar de conhecimento sobre o tema<sup>271</sup>.

Portanto, uma ética do discurso sustenta-se com as pretensões de validade normativas que tenham um sentido cognitivo, ou seja, uma interpretação ético-discursiva, sendo necessário que a fundamentação das normas e mandamentos exija a realização de discursos não individuais, sob a forma de uma argumentação hipotética desenvolvida em pensamento<sup>272</sup>, pois quando o modo de agir carente de fundamentação é de natureza coletiva, os membros de determinado grupo social devem chegar a uma decisão comum.

---

<sup>269</sup> *Idem, ibidem*, p. 88.

<sup>270</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>271</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

<sup>272</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 89.

Cada um indica ao outro as razões para que um modo de agir seja tornado socialmente obrigatório ou não, buscando convencer-se mutuamente de que é de interesse de cada um que todos ajam de determinada maneira<sup>273</sup>.

A ligação interna entre a moral e a eticidade no discurso não limita a universalidade das pretensões morais de validade, porém subordina o discurso prático a certas restrições às quais os discursos teóricos não estão submetidos da mesma maneira<sup>274</sup>.

Nesse sentido, Paul Taylor<sup>275</sup> afirma que por mais profundamente que nossa própria consciência e perspectiva moral possam ter sido moldadas, temos que reconhecer que outras sociedades formulam seus próprios códigos morais, ao passo que não podemos nos limitarmos ao nosso ponto de vista moral, pois isso é presumir que o código moral da sociedade liberal ocidental é a única moralidade genuína.

Os mandamentos e regras cujo o conteúdo é resultado de argumentações discursivas, regem matérias sociais no interesse comum de todos os membros de um grupo, então todos os que buscam resgatar discursivamente pretensões de validade normativas aceitam implicitamente condições de procedimento que equivalem ao reconhecimento de um princípio de universalização, pois uma norma controversa somente pode encontrar consentimento no âmbito de um discurso prático se o princípio da universalização é aceito<sup>276</sup>.

Vale dizer que a ética do discurso poderá ser deduzida do princípio (moral) da universalização, que funciona como regra de argumentação, se as consequências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultam de uma obediência geral da regra controversa para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> *Idem ibidem*, p. 91.

<sup>274</sup> *Idem, ibidem*, pp. 98-99.

<sup>275</sup> TAYLOR, Paul. The ethnocentric fallacy. In: *The Monist*. vol. 47. London: Oxford University Press: 1963.

<sup>276</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>277</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 116.

A ética do discurso também está sujeita a restrições, desde que não sejam restrições que possam invalidar sua função crítica<sup>278</sup>. Os sujeitos que agem comunicativamente se orientam por pretensões de validade normativas.

Por tal razão, não existe nenhuma forma de vida social e cultural que não esteja ao menos implicitamente orientada para o prosseguimento do agir comunicativo com meios argumentativos<sup>279</sup>, por mais rudimentar que tenha sido o desenvolvimento das formas de argumentação e por mais pobre que tenha sido a institucionalização dos processos discursivos de entendimento mútuo<sup>280</sup>.

As estruturas simbólicas da vida em sociedade reproduzem-se sob as formas da tradição cultural, da integração social e da socialização, processos estes que somente podem efetuar-se por meio do agir orientado para o entendimento mútuo, pois não há nenhum meio equivalente que seja capaz de preencher essas funções.

Assim, o princípio da ética do discurso, conforme formulado por Jürgen Habermas, refere-se a um procedimento, isto é, um processo de resgate discursivo de pretensões de validade normativa<sup>281</sup>.

Nessa conjuntura, a ética do discurso é caracterizada como formal, ao passo que não indica orientações de conteúdo, mas um processo: o discurso prático (que não se apresenta como um processo para a elaboração de normas justificadas, mas para o exame de validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente).

Formal, portanto, não no sentido de abstração de conteúdos, vez que o discurso precisa justamente de conteúdos contingentes, mas os conteúdos devem ser processados por meio do discurso de modo que os pontos de vista particulares, na medida em que não forem passíveis de consenso, serão deixados de lado<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>279</sup> A argumentação, segundo Jürgen Habermas, é uma interação regulada de maneira especial que permite uma forma de reflexão do agir orientado para o entendimento mútuo, de modo que as reciprocidades que alicerçam o reconhecimento mútuo já estão inseridas no agir em que se enraízam as argumentações.

<sup>280</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>281</sup> *Idem, ibidem*, p. 125.

<sup>282</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 126.

Aos discursos práticos os conteúdos lhes são dados, a fim de que sejam determinados os objetos e os problemas pertinentes a serem debatidos, pois sem a perspectiva de determinado grupo social e sem conflitos de pensamento em determinadas situações, havendo apenas a tarefa de regulação consensual de uma matéria social controversa, não teria sentido empreender o discurso prático<sup>283</sup>.

No que refere-se à ética do discurso na fundamentação de normas, Albrecht Wellmer<sup>284</sup> afirma que o formalismo ético é de fato decisivo, posto que o princípio da universalização no discurso funciona como um corte entre o "bom" e o "justo".

Entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos, uma vez que muito embora os valores culturais encontram-se tão entrelaçados com a vida particular que não possam originariamente pretender uma validade normativa em sentido estrito, podem tais valores serem propostos a materializar-se em normas que asseguram um interesse comum.

As distinções internas das ditas "esferas de valor" - da produção científica, da arte e da crítica, do direito e da moral - separam, no plano dos valores culturais, os elementos que formam os dissensos no interior da vida em sociedade.

Com essas esferas de valor que surgem as perspectivas reflexivas a partir das quais a vida em sociedade aparece como a "práxis" com a qual a teoria deve influir, ou justamente como a eticidade com que a moralidade tem que se pôr em relação<sup>285</sup>.

Assim, a moralidade e a eticidade do discurso se encontram na criação de uma situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação, que pode a todo o momento ser problematizada e fundamentada pela via discursiva.

---

<sup>283</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>284</sup> WELLMER, Albrecht. *Ética y diálogo: elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso.* Barcelona: Antropos, 1987.

<sup>285</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 129.

O ato do discurso quando transparente, qualquer que seja a sua forma, esgota sua significação em si mesmo. O discurso significará apenas o que lhe é explícito, considerado como algo que já está ali, ou seja, como uma ideia ou pensamento que não pode dizer outra coisa a não ser o que foi dito<sup>286</sup>.

### 3.3. O CARÁTER PUNITIVO DO DISCURSO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Dentre as diversas conclusões alcançadas por Claus Roxin no que diz respeito ao futuro do direito penal<sup>287</sup>, merece especial relevância a afirmação de que a quantidade de dispositivos penais aumentará, assim como as violações penais cometidas, isso porquê, conforme adverte, o aumento de dispositivos penais ocorrerá não somente em razão de regras internacionais adotadas pelos países, mas principalmente pelo formato das estruturas sociais, as quais se tornam cada vez mais complexas.

Marco Antonio Marques da Silva afirma que há uma crise no direito penal moderno, tanto no aspecto da dogmática jurídico-penal, como na questão da política criminal, crise esta decorrente da impossibilidade de encontrar-se meios adequados para diminuir a criminalidade clássica e do aparecimento de uma criminalidade moderna que atinge a sociedade como um todo, e não mais vítimas individuais ou específicas<sup>288</sup>.

A globalização e a internacionalização do direito penal guardam relação de mutualidade com o fenômeno da corrupção, pois tal realidade se favorece e ao mesmo tempo se condiciona em razão da existência de instituições e estruturas supranacionais.

---

<sup>286</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>287</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

<sup>288</sup> De acordo com Marco Antonio Marques da Silva, esta crise se iniciou na década de 1960 que, após um período de descriminalização, volta-se o legislador para a criminalização com penas cada vez mais graves, em uma tentativa ineficaz de diminuir a criminalidade. Vide SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 135.

No que diz respeito aos tipos penais que visam combater os ditos crimes de corrupção (em sentido amplo), não há dúvidas de que a afirmação de Roxin está correta, podendo ser confirmada pela simples análise dos dispositivos penais sobre corrupção nas últimas décadas<sup>289</sup> e a forma como vem sendo desenvolvida uma política criminal internacional de combate à corrupção.

Esse expansionismo penal trata-se de dar respostas à instâncias de poder político e de aplicação judicial do direito<sup>290</sup>, uma vez que o direito penal se encontra diante de um total descrédito em razão da ineficácia na diminuição da criminalidade.

Sociedades simples, afirma Claus Roxin, podem se organizar por meio de normas básicas análogas aos "dez mandamentos"; enquanto as sociedades modernas de massa somente se deixam controlar por meio de abrangentes regulamentações<sup>291</sup>.

Esse discurso punitivo de combate à corrupção, nitidamente em um movimento de política criminal expansionista, assim como outras formas de criminalidade em expansão, decorre do fenômeno da "sociedade de risco", expressão cunhada por Ulrich Beck para designar o momento social contemporâneo caracterizado pelo desenvolvimento de novos riscos e pela imperceptibilidade dos perigos diante dos constantes avanços tecnológicos e da complexidade de uma sociedade global<sup>292</sup>.

Em sentido semelhante caminha o pensamento de Zygmunt Bauman ao intitular esse novo contexto de instabilidade social como "modernidade líquida"<sup>293</sup>.

O poder na pós-modernidade se move com a velocidade do sinal eletrônico, reduzindo-se o tempo à instantaneidade, e tornou-se extraterritorial, não mais limitado ou desacelerado pela imposição do espaço<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> Sobre a evolução histórica e legislativa da corrupção, vide LIVIANU, Roberto. *Corrupção - incluindo a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

<sup>290</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>291</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>292</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 14.

<sup>293</sup> Ao contrário dos componentes sólidos, os fluídos não mantêm sua forma com facilidade, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Os fluídos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente propensos a mudá-la, assim, o que importa é o tempo mais do que o espaço, visto que o espaço, afinal, preenchem apenas por um momento. Vide. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 08.



O extraordinário desenvolvimento da técnica e a dinâmica dos fenômenos políticos, econômicos e sociais, alerta Jesús-María Silva Sánchez, têm e continuam tendo repercussões diretas no bem-estar individual e social, razão pela qual não convém ignorar suas consequências negativas<sup>295</sup>, dentre elas novos tipos complexos de criminalidade.

Reconhecidos os efeitos da modernização, diante da constatação da ineficiência dos atuais mecanismos de controle e distribuição de riscos, sendo certo que os riscos tecnológicos decorrem da ação humana, nota-se que os centros de tomada de decisões e as leis de progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas<sup>296</sup>.

As novas atividades científicas e tecnológicas concentram um assombroso potencial lesivo, cujos os efeitos danosos possuem ampla difusão e podem alcançar as futuras gerações tendo em vista às dificuldades de limitação espacial e temporal<sup>297</sup>, o que implica em uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança<sup>298</sup>, características centrais da dinâmica sociopolítica dos riscos.

As sociedades contemporâneas se encontram submetidas a riscos por vezes desconhecidos, que se apresentam como efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, consequências imprevisíveis do processo tecnológico que fogem da capacidade humana de controle<sup>299</sup>.

Assim, certamente que o âmbito da política criminal e a sua modulação na legislação penal não permanecem imunes ao desenvolvimento das sociedades de risco, pelo contrário, são especialmente sensíveis ao fenômeno.

---

<sup>294</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>295</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>296</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

<sup>297</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

<sup>298</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

<sup>299</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Op. cit.*, p. 27.

De acordo com José de Faria Costa, o nosso tempo vive na perversidade do efêmero, tempo este que aclama pelo presente e aplaude a glorificação do instante<sup>300</sup>.

E não apenas a noção de tempo mudou.

A noção de espaço, operatório para o direito penal, também sofreu modificações tão intensas e tão violentas que delas só temos a percepção de algumas frágeis imagens, uma vez que passamos da noção normativa de espaço limitado do Estado para a noção de espaço ilimitado ou global<sup>301</sup>.

Essa nova tendência expansionista do direito penal do risco trouxe consigo a criação de novos bens jurídicos, uma vez que com as sociedades de risco surgem novas realidades e novas necessidades intituladas de bens jurídicos, o que enseja a tutela penal.

Nota-se uma ampliação do conceito de bem jurídico que, segundo José Luiz Díez Ripollés, abrange também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso<sup>302</sup> cujos os componentes materiais seriam diferentes dos bens jurídicos tradicionais em virtude da sua configuração de acordo com as funções sociais e da perda do referencial individual<sup>303</sup>.

Em consequência, a progressiva expansão do conceito do bem jurídico penal acompanha a perda da sua função de limitação e justificação da proibição penal, surgindo um caráter de exigência de punição para determinados seguimentos da sociedade - como os domínios político e econômico -, isto é, transformou-se a proteção de bens jurídicos em um mandato para penalizar ao invés de ser uma proibição condicionada à penalização<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 7.

<sup>301</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>302</sup> Sobre bens jurídicos difusos, vide PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 161.

<sup>303</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 136.

<sup>304</sup> CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. *Op. cit.*, p. 13.

A proteção de bens jurídicos, adverte Winfried Hassemer, passou a ser um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras, perdendo o caráter de critério negativo que tinha em sua essência. O que a dogmática clássica formulou como um conceito crítico para que o legislador se limitasse à proteção do bem jurídico, se converteu em uma exigência para que penalize determinadas condutas, transformando-se assim completamente a função originalmente atribuída ao bem jurídico penal<sup>305</sup>.

No mesmo sentido, alerta François Ost sobre os riscos na sociedade contemporânea, que assumem a imagem de acontecimentos estatísticos calculáveis fundados em probabilidades, uma fase de riscos irreversíveis e pouco ou nada previsíveis, que frustram nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo apenas a incerteza ao nosso saber. Assim, se antes o controle penal ocorria *post factum*, hoje a um intenso movimento pautado na ideia de resguardo técnico dos riscos, o que implica em um modelo de antecipação do dano via medidas preventivas<sup>306</sup>.

Observa-se no discurso de combate à corrupção as características do expansionismo penal, pois em razão das dificuldades encontradas para a adoção de critérios de causalidade e dano, devido ao caráter difuso inerente aos comportamentos no âmbito das esferas política e econômica, pretende-se operacionalizar a intervenção penal de maneira distinta do paradigma tradicional.

Busca-se a penalização de ações referentes à transgressão de um dever de conduta positivado sem a necessidade de ocorrência de um resultado efetivo, restando ao direito penal ser um reforço às normas e funções administrativas<sup>307</sup>.

O reconhecimento de que as sociedades contemporâneas geram riscos que comprometem a continuidade da própria sociedade, segundo Peter Alexis Albrecht, gera um discurso que clama por mais segurança por meio do direito penal<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 47.

<sup>306</sup> OST, François. *O tempo e o direito*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 345.

<sup>307</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>308</sup> ALBRECHT, Peter Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 287.

A proibição, limitação e distribuição dos riscos ganham importância e passam a ser tema dos discursos de política criminal, fazendo do direito penal um instrumento de controle de riscos.

A ampla exposição das graves consequências da corrupção coloca em evidência a obscenidade que tomou conta da administração pública no Brasil e aproxima a sociedade da possibilidade de "falência" do Estado, isto é, de se tornar ainda mais precária a manutenção de direitos fundamentais que já é bastante defasada, gerando um sentimento generalizado de insegurança.

O sentimento predominante de insegurança social é um dos traços mais significativos das sociedades contemporâneas, é o surgimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos<sup>309</sup>.

O aumento do conhecimento científico, ao contrário da dedução lógica, traz um crescimento do desconhecido e da incerteza, permanecendo interrogações pendentes ao invés de respostas<sup>310</sup>.

O aumento da incerteza, da obscuridade e da confusão, segundo Silva Sánchez, gera uma crescente desorientação pessoal que se manifesta no que convencionou a chamar-se de "perplexidade da relatividade"<sup>311</sup>.

Com efeito, se de um lado a informação supera as necessidades mais exigentes, de outro, paradoxalmente, produz dificuldades cognitivas, posto que as sociedades contemporâneas não possuem mais referências valorativas objetivas. A diferença entre o correto e o incorreto, adverte Jacobo Barja de Quiroga, aparece diluída na atualidade.

A relatividade faz com que as hipóteses sejam de variedades e intensidades verdadeiramente amplas, de modo que tornou-se impossível definir com clareza o que é bom ou mau em uma sociedade<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>310</sup> Segundo Zygmunt Bauman, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras. Vide BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 13.

<sup>311</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>312</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El papel del derecho penal en la segunda modernidad*. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006, p. 329.

A característica do binômio risco-insegurança, segundo Blanca Mendoza Buergo, repousa no fato de que a aversão ao risco implica no anseio por uma segurança quase total, que somente pode ser alcançada reclamando ao Estado maior prevenção penal de riscos e mais medidas de segurança.

Exige-se um papel mais ativo do Estado, tanto na avaliação e no gerenciamento de novos riscos como em sua faceta do "bem-estar social", no qual se desenvolveu uma demanda por segurança material quase absoluta<sup>313</sup>.

E muito embora a sensação social de insegurança seja maior que a insegurança realmente existente, posto que nas sociedades modernas há uma difusão exagerada de insegurança que não corresponde de modo exato aos riscos que afetam os indivíduos pessoalmente e de modo imediato<sup>314</sup>, essa sensação pública de temor impacta diretamente nas políticas públicas.

A complexidade da criminalidade moderna, segundo Marco Antonio Marques da Silva, determina uma reflexão do jurista penal, uma vez que há um dinamismo nos fatos sociais que exigem do intérprete uma constante atualização dos âmbitos de proteção das normas penais, mas a reação social para tentar diminuir a criminalidade tem se utilizado dos meios de comunicação, o que acaba sendo uma reação mais simbólica do eficaz, levando o legislador, muitas vezes, à arbitrariedade contra os direitos fundamentais<sup>315</sup>.

No contexto social atual, afirma David Garland que os indivíduos não possuem mais a imagem do Estado do "bem-estar social", em que o delinquente seria uma pessoa desfavorecida e necessitada de ajuda.

Hoje, a visão da sociedade, a qual a legislação penal acompanha, é a de delinquentes como indivíduos não governáveis, perigosos, marginais de carreira e incorrigíveis.

---

<sup>313</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>314</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>315</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Op. cit.*, p. 145.

O atual discurso de política criminal invoca um público dominado pela ira, intolerante, cansado de conviver com o medo e exigente de medidas fortes de castigo e proteção, com a exigência moral de retribuição ao invés de buscar uma solução justa de caráter ressocializador<sup>316</sup>.

No mesmo sentido, Jock Young afirma que os Estados, em certos aspectos, passaram do modelo denominado “Estado Social” para um “Estado Penal”, tipicamente excludente<sup>317</sup>, voltado para a justiça criminal e ao controle do crime, como se as leis penais fossem a solução de todos os males da sociedade. Loïc Wacquant também observa uma redefinição da missão do Estado, que reduz seu papel social à amplitude e extensão de sua intervenção penal<sup>318</sup>.

Observa-se fenômeno semelhante no âmbito da corrupção. É inegável a influência da revolta social sobre o modo de lidar com a corrupção no direito penal.

Inseguros por não ter conhecimento da extensão da corrupção na administração pública, cansados de novos escândalos quase que diários nos noticiários, os indivíduos exigem a adoção de medidas que, ao menos em tese, possam reduzir esse sentimento de insegurança e impunidade, mesmo que de fato não corresponda a uma diminuição efetiva da corrupção.

Há um movimento atual de inversão ideológica que se dá por meio da criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação da justiça penal, mas que em sua ação concreta deflagram a violação às garantias processuais penais. Salo de Carvalho afirma que a inversão ideológica sobre o sistema de justiça penal é similar à análise realizada pela criminologia crítica sobre as funções declaradas (oficiais) e as funções ocultas (reais), divulgadas e exercidas pelo sistema de punitividade<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 45.

<sup>317</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

<sup>318</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

<sup>319</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119.

De acordo com Michel Foucault, no que diz respeito à genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e estende seus efeitos, surge uma singularidade exacerbada mascarada pelo processo de normatização e legitimação do sistema penal no que diz respeito à reprodução das violências institucionais.

Assim, o discurso punitivo característico das sociedades contemporâneas apresenta técnicas pedagógicas de ressocialização e vigilância como se fosse verdadeiro advento humanizador diante do sistema penal e processual penal antecedentes.

A função oculta (real) de ampliar as malhas de vigilância e de controle é ocultada pelos sofisticados discursos de legitimação do combate à impunidade apresentado à sociedade<sup>320</sup>.

No âmbito do direito penal, o comprometimento da instrumentalidade penal é verificada nas flexibilizações dos princípios da legalidade (na utilização de leis penais em branco e na prevalência de tipos penais abertos), da lesividade (com a criminalização de condutas sem bem jurídico determinado e delitos sem vítima), e da culpabilidade (com a criação de normas de perigo abstrato), prevalecendo gradualmente o modelo de responsabilização objetiva<sup>321</sup>.

No âmbito do direito processual penal, verifica-se a fragilização do sistema acusatório com a gradual inversão do ônus da prova e a inserção de juízos de periculosidade<sup>322</sup>, suprimindo o direito à ampla defesa e as garantias da presunção de inocência e do contraditório, além de passar a admitir provas anteriormente consideradas vedadas e permitir a gestão da prova pelo órgão julgador, que em última análise flexibiliza os princípios da imparcialidade do juiz e da idoneidade das provas.

---

<sup>320</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 26.

<sup>321</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>322</sup> Nesse sentido, François Ost observa que o expansionismo penal solidifica uma política criminal prevencionista fundada na noção de periculosidade individual, de modo que os órgãos de persecução penal passam a ter como objetivo a identificação e a gestão da periculosidade do delinquente, projetando soluções e medidas de segurança de caráter sanitarista. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 381.

As mesmas mutações normativas são observadas no discurso de combate à corrupção que, assim como outros discursos punitivos, é capaz de influenciar intensivamente o sistema penal, condicionando as demandas a que se dirigem, determinando sua crescente centralidade no marco das políticas públicas e acentuando a perene crise que o situa na encruzilhada entre a liberdade e a segurança<sup>323</sup>.

A exigência de alterações normativas em busca de uma sensação de segurança (política), presente no discurso de combate à corrupção, se pauta não somente em uma necessidade real vista pelo cidadão, mas principalmente na confiança na norma para que produza um sentimento de segurança<sup>324</sup>. Assim, resta pressionado o direito penal com constantes cobranças de medidas eficazes capazes de proporcionar maior segurança política. A segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, especialmente, o direito penal, devem oferecer uma resposta no combate à corrupção<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> GARCÍA, José Angel Brandaríz. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007 p. 53.

<sup>324</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>325</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Op. cit.*, p. 40.



## CAPÍTULO IV - A PERSECUÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO

### 4.1. A LINGUAGEM COMO PRESSUPOSTO DO CONHECIMENTO

A verdade, segundo Francesco Carnelutti, está no todo, mas ele não pode ser apreensível a não ser por uma ou algumas das partes que o compõe. A verdade, vislumbrável como uma figura geométrica, seria como um polígono, do qual só se pode reconhecer algumas faces à percepção. As faces cobertas pelas sombras também são partes integrantes do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção<sup>326</sup>.

Somente conhece aquele que é capaz de emitir proposições sobre algo, e relacionar tais proposições de modo coerente, na forma de raciocínios. Ludwig Wittgenstein afirma que os limites da linguagem significam os limites do mundo, isto é, o conhecimento está limitado à capacidade de formular proposições sobre um objeto<sup>327</sup>.

A linguagem é pressuposto do conhecimento. Contudo, desde Platão a filosofia baseava-se na ideia de que o conhecimento decorria da relação entre sujeito e objeto, sendo a linguagem mero instrumento secundário do conhecimento cuja a função era expressar a ordem objetiva das coisas, como um reflexo do mundo<sup>328</sup>.

A linguagem era vista como um instrumento de representação da realidade. A dita "filosofia do ser" partia da ideia de que existia um mundo em si refletido pelas palavras, enquanto a assim chamada "filosofia da consciência" entendia que o mundo era conhecido mediante atos de consciência posteriormente comunicados aos outros por meio da linguagem<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio e certezza*. In: Revista di Diritto Processuale, vol. 20. Padova: Cedam, 1965, p. 4-9.

<sup>327</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 111.

<sup>328</sup> O conhecimento era concebido como a reprodução intelectual do real, sendo a verdade resultado da correspondência entre a reprodução e o objeto, de modo que a proposição somente era considerada verdadeira quando demonstrava a essência de algo, uma vez que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo. Vide PLATÃO. *Diálogos: Teeteto e Crátilo*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2001.

<sup>329</sup> Immanuel Kant representa o marco da filosofia da consciência que se fundamentou no estudo de como a consciência se comporta no mundo em que era posto. Vide KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. São Paulo: Icone, 2007.

É nesse contexto que Ludwig Wittgenstein propõe um novo paradigma: a filosofia da linguagem. A linguagem deixa de ser mero instrumento de comunicação e passa a ser condição de possibilidade para a constituição do próprio conhecimento em si<sup>330</sup>.

Não há que se falar na existência de um mundo "em si", independente da linguagem. A linguagem nesta concepção passa a ser o pressuposto por excelência do conhecimento. A linguagem, segundo Dardo Scavino, deixa de ser um meio, algo que estaria entre o sujeito e a realidade, para se converter em um léxico capaz de criar tanto o sujeito como a realidade<sup>331</sup>.

Lenio Luiz Streck afirma que a linguagem é condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação, e se constitui como uma unidade em oposição à dicotomia sujeito-objeto. Há um rompimento da “filosofia da consciência” pela “filosofia da linguagem”<sup>332</sup>.

A filosofia da linguagem evidencia a prevalência da intersubjetividade no processo de cognição humana. A verdade sobre um fato é assim um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A razão não se aloja no mundo fenomênico (paradigma do ser), ou no sujeito individual (paradigma do sujeito), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns, através da ação linguística.

Com efeito, a verdade perde seu fundamento enquanto resultado da correspondência entre a percepção e a essência do objeto, uma vez que os objetos são criados linguisticamente. Não há mais verdades absolutas, pois o que conhecemos são construções linguísticas (interpretações) que se reportam a outras construções linguísticas, sempre condicionadas ao contexto social e cultural constituído pela linguagem.

---

<sup>330</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>331</sup> SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 12.

<sup>332</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 121.

Por tal razão, Humberto Maturana e Francisco Varela afirmam que o ser humano somente conhece o mundo quando o constitui linguisticamente em seu intelecto, ao passo que todo ato de conhecimento produz um mundo<sup>333</sup>, isto é, o objeto do conhecimento não são as coisas em si, mas as proposições que as descrevem, eis que delas decorre a própria existência do objeto.

Não conhecemos os objetos tal como eles se apresentam fisicamente ou naturalmente, fora dos discursos que falam acerca deles e que os constituem, mas somente conhecemos a sua interpretação. Vale dizer que o mundo exterior não existe para o sujeito cognoscente sem uma linguagem que o constitua<sup>334</sup>.

Podemos afirmar que não há consciência sem linguagem. As coisas não precedem à linguagem, pois somente tornam-se reais para o homem depois de terem sido, por ele, interpretadas. A palavra torna o dado experimental articulável intelectualmente permitindo que ele apareça como realidade para o ser humano, ou seja, estamos inseridos em um mundo que apenas aparece (como mundo) na linguagem e pela linguagem<sup>335</sup>.

Nosso "ser no mundo", de acordo com Martin Heidegger, é sempre linguisticamente mediado. É por meio da linguagem que ocorre a manifestação do homem, de modo que somente onde há linguagem o homem pode revelar-se como homem<sup>336</sup>.

Todavia, dizer que a realidade é constituída pela linguagem, não significa afirmar a inexistência de dados físicos independentes da linguagem, mas tão somente que por meio da linguagem podemos conhecê-los, identificá-los e transformá-los em uma realidade objetiva para o nosso intelecto. Aquilo que chamamos de realidade é, segundo Umberto Eco, algo social antes de ser individual<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> Conhecer não significa mais a simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que somente é possível por meio da linguagem. Vide Maturana, Humberto; Varela, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. São Paulo: Palas Athenas, 2004, p. 68.

<sup>334</sup> Scavino, Dardo. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>335</sup> Streck, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>336</sup> Heidegger, Martin. *A caminho da linguagem*. São Paulo: Vozes, 2003, p. 170.

<sup>337</sup> Eco, Umberto. *O signo*. Trad. Maria de Fátima Marinho. Lisboa: Presença, 1990, p. 12.

A partir do exemplo de um caçador que interpreta pegadas da caça, e só conhece as pegadas porque vivencia a "língua da caçada", Umberto Eco esclarece que os fenômenos naturais se comunicam ao homem na medida em que toda uma tradição linguística o ensinou a compreendê-los; o homem vive em um mundo de signos não porque vive na natureza, mas porque, mesmo quando sozinho, vive em uma sociedade linguística que não teria se constituído se não tivesse elaborado os próprios códigos e sistemas de interpretação de dados (que por isso se tornam dados culturais)<sup>338</sup>.

Portanto, a realidade é o conjunto de proposições mediante o qual transformamos o caos em algo inteligível<sup>339</sup>. O homem encontra-se situado em um mundo determinado como hermenêutico e a realidade das coisas nada mais é do que uma interpretação condicionada à linguagem.

#### **4.1.1. A LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO DE CONHECIMENTO NO PROCESSO PENAL**

O processo penal, essencialmente instrumental, possui função retrospectiva na medida em que seu escopo precípua é a produção analógica da verdade sob a forma essencialmente narrativa.

Nesse contexto, Fernando Andrade Fernandes afirma que o processo penal, se visto como instrumento de proteção dos acusados (tutela dos inocentes), adota uma função retrospectiva, a qual busca exclusivamente a reconstrução dos fatos passados para orientar o julgador quanto ao "se" punir e, em caso afirmativo, qual a punição adequada (justa) ao caso concreto<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> ECO, Umberto. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>339</sup> Insta frisarmos a advertência de Goffredo Telles Júnior, no sentido de que sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento. Assim, quando se afirma algo como verdadeiro, faz-se mister que indiquemos o modelo dentro do qual a proposição se aloja, visto que será diferente a resposta dada em função das premissas que desencadeiam o raciocínio. Vide TELLES JÚNIOR., Goffredo. *O direito quântico*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 289.

<sup>340</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001, p. 43.

Além do caráter retrospectivo voltado para a reconstrução da verdade, o processo penal deve estar de acordo com as conjecturas de natureza político-criminal no contexto social de sua aplicação<sup>341</sup>, isto é, deve se preocupar com a utilidade que a prestação jurisdicional terá para o acusado, para vítima e para o próprio Estado, enquanto representante de uma comunidade de interesses.

Com efeito, é incontestável que a “verdade” no processo penal é fruto da reconstrução de fatos pretéritos em um procedimento discursivo, com prevalência de recorrentes situações comunicativas, uma vez que a decisão final se dará por meio de signos preestabelecidos que serão interpretados pelo magistrado, de modo que a relação entre a ciência do direito e a filosofia da linguagem decorre da necessidade do direito desenvolver respostas a problemas práticos por meio de ação linguística no processo judicial, o que implica na linguagem como referencial para compreensão do discurso jurídico<sup>342</sup>.

Toda apreensão da realidade se faz mediante uma descrição linguística e toda linguagem é uma construção social, ou seja, o conhecimento é produzido a partir de descrições válidas e adequadas para os propósitos sociais.

Diante da relação entre o direito e a linguagem, Paulo César Busato afirma que as teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança nas aspirações do próprio direito, especialmente no direito processual penal, com o viés de trocar a “pretensão de verdade” por uma “pretensão de justiça” e de permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido<sup>343</sup>.

---

<sup>341</sup> O direito processual penal deve ser visto como um subsistema aberto, o qual serve de modelo para exteriorização das proposições de política criminal em seu aspecto funcional e nos limites fixados pela ordenação axiológica e pelos princípios constitucionais.

<sup>342</sup> No que diz respeito à teoria da linguagem e a sua relação com o direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece que a *sintaxe* trata dos signos linguísticos entre si, de gramática, de lógica, de formas e de estruturas; a *semântica* trata das relações dos signos linguísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade; a *pragmática* trata da relação dos signos linguísticos com seu uso em situações concretas, de ação, de comunicação, da retórica e da narração, ou seja, enquanto conexão situacional na qual os signos são usados. Vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

<sup>343</sup> BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista de Estudos Criminais*, Ano X, n. 42. Sapucaia do Sul: ITEC, 2011, p. 101-121.

As circunstâncias do caso concreto oferecem substrato ao discurso jurídico que, no âmbito do processo penal, somente pode ser compreendido a partir da consideração de outros fatores para o estabelecimento do argumento jurídico, como a situação histórica, social, cultural e política do caso<sup>344</sup>.

Assim, a partir das lições de Ludwig Wittgenstein pautadas na ação e na racionalidade prática a fim de negar a existência de uma linguagem logicamente perfeita<sup>345</sup>, uma vez que o sentido da linguagem é oferecido pelo contexto em que ela se desenvolve e não baseado em vinculações prévias<sup>346</sup>, e da ideia central da “teoria do agir comunicativo” de Jürgen Habermas, no que se refere à criação de uma situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação<sup>347</sup>, no processo penal a situação ideal de comunicação deve garantir aos participantes no discurso uma distribuição simétrica de oportunidades de compreensão das regras do processo e de executar atos de comunicação no processo.

Considerando que toda ação linguística é direcionada no sentido subjetivo, sejam as ações interativas de caráter instrumental (estratégico) ou as ações comunicativas em si<sup>348</sup>, para atingir a situação ideal de comunicação no âmbito do processo penal, duas condições devem ser cumpridas.

---

<sup>344</sup> BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 101-121.

<sup>345</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. 2. ed. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002, p. 17. Os “jogos de linguagem”, conforme proposto por Ludwig Wittgenstein, se configuram a partir da existência de uma descrição e uma compreensão. Para que os “jogos” tenham sentido, os participantes deveriam compartilhar determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras e determinados pontos de partida. Os jogos de linguagem são regidos por regras, compartilhadas entre os sujeitos e moldadas por convicções. O erro ocorreria quando uma regra não fosse cumprida, ou seja, quando se violasse um padrão determinado entre correto e incorreto. As regras são práticas, impostas por meio da persuasão discursiva e não por meio de justificativas.

<sup>346</sup> Segundo Ludwig Wittgenstein, toda linguagem é ambígua e toda palavra é polissêmica, razão pela qual as locuções não possuem uma significação definitiva, de modo que uma expressão é apropriada somente para determinado domínio estritamente circunscrito e não para a totalidade do que pretendemos representar.

<sup>347</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 115-119.

<sup>348</sup> No *agir estratégico*, busca-se o efeito persuasivo derivado da comunicação. A força da linguagem está nos meios escolhidos adequadamente para realização da fala e, em finalidade última, para a realização de um fim. No *agir comunicativo*, a força da linguagem está nos argumentos, na própria comunicação. O propósito é estabelecer o consenso, convencer outro sujeito de suas pretensões. Trata-se de ação orientada para a produção do consenso, o que pressupõe, ao contrário da ação estratégica, transparência no comportamento do agente.

Em primeiro lugar, todos os participantes potenciais em um discurso têm que ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de sorte que em todo o momento tenham a oportunidade tanto de abrir um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas. Não obstante, todos os participantes no discurso têm que ter igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e de problematizar, raciocinar ou refutar as pretensões de validade delas, de sorte que ao máximo nenhum prejuízo resulte subtraído à tematização e à crítica<sup>349</sup>.

Os sujeitos do processo se comunicam por meio do reconhecimento prévio de pretensões de validade: pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo descritivo, pretensão de correção e de justiça do conteúdo normativo, e pretensão da veracidade, autenticidade e sinceridade relativas ao mundo subjetivo<sup>350</sup>.

No processo penal, tais pretensões de validade visam à universalização da comunicação hipotética e impõem aos sujeitos participantes uma igualdade invencível na situação de discurso. Isso implica dizer que a “verdade” e a “legitimidade” não são conceitos absolutos de validade mas, ao contrário, resultam de um consenso processual discursivo<sup>351</sup>. Há um deslocamento da verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade, o que as tornam provisórias enquanto durar o consenso.

Todavia, são válidas as críticas ao elevado grau de idealização quanto ao uso comunicativo da linguagem, principalmente no âmbito do processo penal, pois somente há a formação do consenso entre os agentes comunicativos em igualdade de condições em uma comunidade ideal de comunicação. Contudo, sistematizar condições universais de validade da linguagem é uma tarefa complexa que não pode desprezar elementos externos, posto que a sociedade é plural e verticalizada, com disparates sociais, econômicos e culturais<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>350</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>351</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>352</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Não há como desvincular a verdade no direito processual penal da epistemologia da incerteza que permeia a atividade processual. Em substituição, emerge a ideia de um conhecimento mediado linguisticamente e referido à ação. O conhecimento é, portanto, situado no contexto de uma práxis intersubjetiva, numa relação sujeito-sujeito historicamente mediada pela linguagem. Nesse contexto de reconhecimento da dependência linguística na produção cognitiva universal, a hermenêutica torna-se a ferramenta para superação da metafísica e a pretensão de uma verdade absoluta.

A hermenêutica será, de acordo com Lenio Streck, uma incômoda verdade que não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta, mas o conhecimento que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem<sup>353</sup>.

O conhecimento no direito processual penal é, portanto, uma construção linguística fundada na racionalidade argumentativa, proveniente da situação comunicacional estabelecida entre partes, juiz e demais sujeitos colaboradores da "práxis" judicial. O ato de compreensão sempre se processa dentro de um horizonte de significados e intenções já aceitos (pré-juízos), de maneira que o juiz, numa posição receptiva e enquanto intérprete da realidade, fixará sua convicção (crença) na sentença, ciente de que a relação ente os sujeitos da situação comunicacional é falível e imperfeita.

## **4.2. A NOVA FACE DA SELETIVIDADE PENAL: A POLÍTICA**

Pensar é um ato intrínseco à própria condição humana, é o processo intrapsíquico que engloba todos os sentimentos, valores, crenças e consciência<sup>354</sup>. Portanto, o ato de pensar está num espaço de plena liberdade de desenvolvimento intelectual, espaço personalíssimo, secreto, privado.

---

<sup>353</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>354</sup> FREUD, Sigmund. *O Eu e o Id: "autobiografia" e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 79.



Todavia, o homem, como um ser essencialmente social, tende a agrupar-se comunitariamente, acercar-se do outro, instituir com o seu semelhante uma convivência e coexistência comunicacional<sup>355</sup>, isto é, busca desenvolver um ambiente de concretização de pensamentos em comum.

A formação da nossa personalidade e da nossa própria história depende das experiências reais com os outros. Nós somente podemos identificar a nossa própria individualidade se existir ao lado uma alternatividade, isto é, para que o homem exista e se desenvolva enquanto indivíduo, necessita da convivencialidade comunitária<sup>356</sup>.

Dessa forma, as relações intersubjetivas são marcadas pela superação da natureza puramente natural e instintiva do homem por uma natureza social. Por tal razão, o homem se relaciona e age como membro de uma coletividade e, como tal, expressa seu pensamento.

Nesse contexto de inteligência, o ato de pensar se relaciona com a natureza social intrínseca ao ser humano, e o interesse em propagar o próprio pensamento e conhecer o pensamento do outro pode ser considerado como algo biologicamente e comunitariamente natural.

É a superação da natureza instintiva que torna os homens sujeitos dialéticos. Dialogam entre si, instituem necessárias relações comunicacionais de reciprocidade, de percepção e de manifestações do pensamento. O diálogo comunicacional entre os indivíduos é algo concreto, é a manifestação de um fenômeno social que ultrapassa os limites do espaço personalíssimo antes mencionado.

Diante dessas considerações, é certo que os efeitos dessa "coexistência comunicacional" também atingem o âmbito do direito penal e processual penal, culminando no que convencionou-se a chamar de seletividade penal.

A seletividade dos "estereótipos criminosos", segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, usualmente decorre da observação das características comuns à população prisional.

---

<sup>355</sup> TZITZIS, Stamatios. *Filosofia penal*. Trad. Mário Ferreira Monte. Porto: Legis, 1999. p. 82.

<sup>356</sup> *Idem, ibidem*. p. 81.

Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição da criminalidade em determinada sociedade, geralmente identificada na criminalidade de massa, e deixam de fora outros tipos de delinquência, como a dita criminalidade de colarinho branco<sup>357</sup>.

Contudo, nota-se uma nova seletividade penal em relação à política.

Se antes a seletividade penal incidia apenas sobre os menos favorecidos do sistema, aqueles que não se encaixavam nos padrões de comportamento estabelecidos pela sociedade, hoje, é possível afirmarmos que a seletividade penal alcançou também pessoas identificadas nas chamadas elites sociais, especialmente em casos envolvendo políticos ou indivíduos com relações políticas.

De fato, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma construção social.

A realidade social, tal qual o comportamento socialmente desviante, é obtida por meio de um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos.

Nesse sentido, importa examinarmos a teoria do *labeling approach*. Conhecida também como “teoria do etiquetamento”, esta difere-se da criminologia tradicional.

Enquanto a criminologia crítica se preocupa em investigar questões sobre quem é o criminoso, como se torna um desviante ou porque este reincide, a teoria do etiquetamento, concebida por autores interacionistas, questiona quem é definido como desviante, que efeitos decorrem desta definição sobre o indivíduo, em que condições esse indivíduo pode se tornar um objeto de definição e quem define quem como um indivíduo essencialmente perigoso<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 130.

<sup>358</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p 88.

De acordo com Alessandro Baratta, toda a pesquisa que fundamenta a teoria de etiquetamento aponta para duas direções: primeiro, para análise da formação da "identidade desviante", bem como para definir o "desvio secundário" que consiste no efeito do etiquetamento do indivíduo como potencial criminoso; em segundo, pretende investigar o que constitui o desvio como característica imposta aos comportamentos e aos indivíduos, no curso da interação, além de destacar a quem incumbe esse poder de atribuição<sup>359</sup>.

Howard Becker, precursor da teoria do etiquetamento, afirma que os grupos sociais buscam traçar linhas comportamentais a fim de determinar o certo e o errado, para que assim quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um "*outsider*"<sup>360</sup>.

Aquele que viola alguma regra em vigor pode ser interpretado como uma pessoa não confiável para o convívio em um grupo.

Há uma espécie de estigmatização desse indivíduo, uma reação social. Assim, esse fenômeno social pode alcançar tanto um traficante de drogas como alguém que simplesmente bebeu em excesso em uma festa e que se porta de maneira inconveniente, pois é a intolerância de determinada comunidade que definirá os contornos do etiquetamento e da seletividade penal.

Para os teóricos do *labeling approach*, segundo Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer, a criminalidade é o resultado do processo de definição e atribuição do *status* de criminoso pela polícia e pelos tribunais ao indivíduo desviante<sup>361</sup>.

Assim, o que interessa para a teoria do etiquetamento é o processo de definição ou estigmatização do indivíduo como criminoso, de modo que a criminalidade em si possui menor relevância.

---

<sup>359</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 89.

<sup>360</sup> BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

<sup>361</sup> CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

Sobre o tema da rotulação penal, também acresce na construção desse processo as lições de Erving Goffman no que concerne ao estigma da criminalização, ao demonstrar as possibilidades de tais processos de exclusão serem somados, funcionando combinadamente para exclusão de determinados indivíduos<sup>362</sup>.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, as novas questões colocadas pelos interacionistas do *labeling approach* levantam hipóteses relativas aos critérios que determinam a seleção e estigmatização de certos indivíduos e as consequências decorrentes desta estigmatização.

Em síntese, a teoria do etiquetamento problematiza questões que giram em torno do modo como a sociedade reage ao crime deixando de lado os motivos pelos quais o delinquente comete o crime<sup>363</sup>.

Diante de uma teoria do desvio baseada na perspectiva da reação social, Edwin Lemert estabelece a distinção entre delinquência “primária” e delinquência “secundária”, com o fim de demonstrar como a reação social ou a punição sobre uma primeira conduta desviante gera um estigma, uma mudança da identidade social do indivíduo que ocasiona uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu<sup>364</sup>.

O desvio primário encontra vazão em fatores de ordem cultural, social e psicológica, os quais não estão centrados na estrutura psíquica do indivíduo que incide na conduta desviada. Os desvios que sucedem o desvio primário, determinam-se pelos efeitos psicológicos que a reação social produz no indivíduo sobre o qual recai, de modo que o comportamento desviado que sucede a reação social, gerando a reincidência, é utilizado pelo desviante como uma forma de defesa, ataque ou adaptação em relação aos prejuízos trazidos pela reação social advinda do desvio primário<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 14.

<sup>363</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

<sup>364</sup> LEMERT, Edwin. *Social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw-Hill, 1951.

<sup>365</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 89.

Vale dizer que o processo de etiquetagem ao qual o indivíduo que pratica o desvio primário é submetido, acaba por gerar uma expectativa social de que aquele indivíduo venha a reincidir. Ainda, tal rotulagem provoca uma aproximação e associação entre os indivíduos etiquetados, fazendo com que o estigma adquirido por estes indivíduos, perante o meio social em que vivem, acabe lhes colocando frente ao cometimento do desvio secundário.

A orientação sociológica em que se situa a teoria do etiquetamento é dominada pela psicologia social e pela sociolinguística, comumente indicada como interacionismo simbólico.

O interacionismo simbólico, de acordo com Alessandro Baratta, se apresenta como “paradigma epistemológico” do *labeling approach*.

Segundo o interacionismo simbólico, a realidade social constitui-se de uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, os quais, por meio de um processo de tipificação, recebem um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se por meio da linguagem<sup>366</sup>.

Por tal razão, Jorge Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade asseveram que a explicação dos interacionistas funda-se na reação social que faz emergir a estigmatização<sup>367</sup>. O problema fundamental, o qual tanto ciência como senso comum permanecem estagnados, pode ser identificado na indagação sobre quais as condições que podem ser atribuídas a um fato precedente existente, ou seja, ao comportamento desviante.

Tal concepção implica em um sistema objetivo e objetivamente reconhecível de normas pré-constituídas, formulando a existência de duas classes distintas de comportamentos e de sujeitos: os comportamentos e sujeitos normais e os desviantes.

---

<sup>366</sup> Alessandro Baratta afirma que, conforme o interacionismo simbólico, a coordenação dos comportamentos relativos às normas deve ser considerada uma operação problemática, vez que não ocorre de maneira automática, mas depende de determinadas condições. Vide BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 87.

<sup>367</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*

Por fim, culmina na destinação "técnico-intervencionista" da teoria do etiquetamento, com evidente caráter correcionalista, ao utilizar a concorrência dos fatores do desvio para intervir sobre eles, modificando-os<sup>368</sup>.

Feitas as considerações necessárias atinentes à compreensão da teoria do *labeling approach*, passamos à análise do discurso de combate à corrupção frente ao etiquetamento e ao efeito estigmatizante produzido pelo controle social, estigma este cuja a gravidade é utilizada como argumento para justificar práticas de caráter inquisitivo na persecução penal, verificando-se a flexibilização gradual e constante das garantias processuais penais que, por vezes, são incorporadas na normalidade das práticas forenses cotidianas.

Nesse ponto, importante sublinhar a relevância do modo em que a teoria do desvio baseada no interacionismo discursivo e simbólico opera entre o comportamento e a ação.

Assim, o comportamento encontra na estrutura material da ação o próprio referente necessário: a ação é o comportamento ao qual se atribui um sentido ou significado social, dentro da interação<sup>369</sup>.

Essa atribuição de significado que transforma o comportamento em ação se produz segundo algumas normas, que podem ser normas sociais gerais, como as normas éticas ou jurídicas, e também normas interpretativas, que determinam a interpretação e a aplicação das normas gerais a situações concretas. Insta destacarmos que as normas interpretativas estão na base de qualquer interação social e determinam o sentido da estrutura social, podendo ser identificadas como um "código secundário", não escrito, que no processo de atribuição de etiquetas de criminalidade ao lado do código oficial de imputação da responsabilidade.<sup>370</sup>

Tal como ocorre no discurso de combate à corrupção, os processos de definição de etiquetas de criminalidade não se limitam às instâncias oficiais de controle social.

---

<sup>368</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 92.

<sup>369</sup> *Idem, ibidem*, p. 88.

<sup>370</sup> *Idem, ibidem*.

Antes, se identificam com os processos de definição do senso comum, os quais se produzem em situações não oficiais, antes mesmo que as instâncias oficiais intervenham, ou também de modo independente de sua intervenção<sup>371</sup>.

Com efeito, o processo de etiquetagem que incide sobre a política em geral ocorre de maneira distinta conforme formulado pela teoria do *labeling approach*. Aqueles que exercem a política como profissão e aqueles que exercem atividades nos mais diversos setores relacionados à administração pública, não são etiquetados por conta de algum comportamento desviante, positivado ou não, mas pelo simples fato de *ser* político ou manter relações políticas. Observa-se que a etiqueta de "corrupto" não depende de qualquer ação. Basta a qualidade pessoal de ser político para que seja estigmatizado.

Contudo, o simples desvio objetivo em relação a um modelo social ou a uma norma não é suficiente para ocasionar o fenômeno do etiquetamento, pois a própria sociedade que exige tratamento de exceção para os desviantes, admite exceções de desvio moral que impedem uma correspondente reação social.

O perigo está justamente no arbítrio social e a dimensão dos seus efeitos. O brocardo de que "todo político é corrupto", originariamente criado pelo senso comum, hoje extrapola as conversas de boteco e assume corpo nos órgãos de controle social, disfarçados nos discursos de combate à corrupção e à impunidade, utilizando-se de uma inversão ideológica para manter uma visão acrítica e otimista em relação à atuação dos órgãos persecutórios, permitindo-se inclusive a subsistência de processos penais de exceção.

Assim ocorre atualmente na política. Não é o comportamento em si mesmo que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre "normal" e "desviante" (entre "inocente" e "corrupto"), mas somente a interpretação a qual torna determinado grupo estigmatizado. É a interpretação que decide o que ou quem deve ser qualificado como desviante<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> KITSUSE, John Itsuro. *Societal reaction to deviant behavior: problems of theory and method*. In: BECKER, Howard (Org.). *The other side: perspectives on deviance*. Toronto: The Free Press of Glencoe, 1964.

<sup>372</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, p 95.

Por consequência, todas as questões sobre as condições e as causas da criminalidade se transformam em interrogações sobre as condições e as causas da criminalização, seja no processo de elaboração legislativa, seja no processo de aplicação das regras penais e processuais penais.

A análise do processo de etiquetamento dentro do senso comum nos mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um grupo, e este seja considerado como violador da norma a fim de que lhe seja atribuída uma "responsabilidade moral" pelo ato que causou a indignação moral, é necessário que desencadeie uma reação social correspondente.

John Kitsuse já alertava para o problema. O desvio é um processo de interação no qual alguns indivíduos, pertencentes a um grupo, interpretam um comportamento como desviante, definem um grupo de pessoas cujo o comportamento corresponda a esta interpretação e põem em ação um tratamento "apropriado" (de exceção) em face deste grupo<sup>373</sup>.

#### **4.3. A ILEGITIMIDADE DE UM PROCESSO PENAL DE EXCEÇÃO: O RESPEITO ÀS REGRAS DO JOGO**

Com base nos estudos de Giorgio Agamben sobre o Estado de exceção, podemos observar a possibilidade de patologias sociais também incidirem sobre o direito penal e processual penal, de modo que valores morais passam a ser suficientes para sustentar as ciências criminais, isto é, permite-se o desenvolvimento de um direito penal e processual penal de exceção, em que o *bom* torna-se um valor penal, a *verdade* um valor processual penal e o *justo* um valor jurídico<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> KITSUSE, John Itsuro. *Op. cit.*

<sup>374</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 131.



Assim, qualquer indivíduo considerado inadequado à "moral punitiva" ou à "estética criminológica", passa a ser percebido como um objeto a ser neutralizado ou eliminado, ou seja, são estigmatizados como objetos de certa periculosidade perdendo o *status dignitatis* inerente à natureza humana<sup>375</sup>.

A estrutura matriz das ciências criminais, fundamentalmente do direito penal e processual penal, foi desenvolvida anteriormente de maneira fechada, projetando-se um modelo político criminal de intervenção mínima, ou seja, um modelo subsidiário o qual caberia ao controle penal elaborar mecanismo de tutela dos valores e dos interesses considerados imprescindíveis à convivência pacífica, estabelecendo o controle dos conflitos individuais e das violências públicas<sup>376</sup>.

A política criminal pautada nos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade implica na ideia do direito penal como *ultima ratio legis*, excluindo-se da esfera de repressão quaisquer condutas de potencialidade lesiva ínfima ou conflitos que pudessem ser resolvidos por outras esferas de controle social, como o direito civil e o direito administrativo. Assim, o aparato repressivo penal somente deveria ser acionado quando indispensável para a manutenção do convívio social pacífico.

No entanto, a política criminal atual, de modo geral, caminha em sentido contrário, ao passo que a ideia de direito penal subsidiário aos poucos vem sendo substituída por um direito penal cada vez mais intervencionista.

Com efeito, novos ramos de direito penal são criados (v.g. direito penal tributário, direito penal ambiental, direito penal econômico, direito penal eleitoral, direito penal empresarial, direito penal do consumidor, entre outros) para garantir e instrumentalizar as promessas estatais de segurança social<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Aos que por maldade ou ingenuidade criam e recriam inimigos, David Sánchez Rubio adverte que aquele que vê como monstro o seu inimigo, projeta sobre ele sua própria monstruosidade. A sociedade constrói monstros e acaba por acreditar que verdadeiramente o são, quando em verdade apenas adjudicam aos demais a monstruosidade que por vezes tem dentro de si. Vide RUBIO, David Sánchez. *Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades*. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97.

<sup>376</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>377</sup> SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime: the uncut version*. Yale: Yale University Press, 1983, p. 307.

Diante dos atuais discursos de combate à corrupção, denota-se a existência de um sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas punitivistas, como uma tentativa de acabar com a impunidade que a classe política "conquistou" ao longo dos anos em uma administração pública em que a corrupção era considerada como algo natural.

A partir disso, em termos de processo penal, passam a ser adotadas medidas cunhadas de emergência, que fogem dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade<sup>378</sup>.

Um sistema processual emergencial, ainda que necessário, deve sempre ser objeto de um exame crítico, pois com o fim de buscar a (re)legitimação do direito penal e processual penal, uma vez que o sistema normativo passa a ser considerado insuficiente diante de uma nova situação de criminalidade que instaura o caos, acaba por admitir a mitigação de garantias fundamentais, última barreira de proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal<sup>379</sup>.

O discurso de combate à corrupção denota uma situação de caos e crise, apresenta um tom dramático e verdadeira inclinação ao autoritarismo, e a consequência no âmbito processual é o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal<sup>380</sup>.

Conforme exposto no tópico anterior, surge com o discurso de combate à corrupção uma nova seletividade penal.

A política em geral é qualificada como inimiga e promove a aplicação de um direito penal distinto do que conhecemos, se aproximando até mesmo de um direito penal do inimigo como proposto por Günter Jakobs<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

<sup>379</sup> *Idem, ibidem*, p. 9.

<sup>380</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>381</sup> JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

E muito embora a seletividade penal seja objeto de estudo com mais intensidade na dogmática penal, Muñoz Conde alerta que é no âmbito do processo penal que verificamos suas consequências mais graves: facilitação da imposição de prisão preventiva; prolongamento arbitrário de períodos de interceptação telefônica; restrições ao direito de não produzir prova contra si mesmo; limitações ao direito de defesa; reconsiderações a respeito da validade da prova ilícita; entre outras medidas<sup>382</sup>.

O discurso de combate à corrupção se enquadra na ampla análise de Zaffaroni quanto às situações históricas que justificaram a tomada de atitudes emergenciais, em que poder punitivo demonstra sua formidável capacidade de perversão das garantias processuais decorrente de uma crise que impõe medo, medidas estas que de tempos em tempos são admitidas e ratificadas pelas instituições e acadêmicos<sup>383</sup>.

A projeção de um discurso de caos e crise, tal qual se conclama no combate à corrupção, proporciona a perda de "balizas" morais de justiça. Utilizam-se termos de situação militar como "combate" e "luta"<sup>384</sup>, estratégia conhecida na teoria política para justificar a manutenção do poder, inclusive em um conflito sem regras se for necessário<sup>385</sup>. Rompe-se o perfil triangular do processo, pois no polo passivo já não há mais um acusado cuja a inocência ou culpa restará provada ao final do processo, mas uma pessoa já considerada culpada pela qualidade política que a envolve. Assim, são sacrificadas garantias de proteção à liberdade individual e de contenção do poder estatal<sup>386</sup>.

Nesse cenário, podemos observar que a intolerância que sustentou por muito tempo um modelo processual inquisitorial, hoje se apresenta em forma de intolerância política revestida de necessidade de maior e mais eficaz repressão à corrupção, promovendo uma direito penal e processual penal meamente simbólico.

---

<sup>382</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007; RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 170.

<sup>383</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 33.

<sup>384</sup> A utilização de termos militares é facilmente notada nas Convenções internacionais sobre corrupção, das quais destacam-se as ratificadas pelo Brasil: a Convenção Interamericana de Combate à corrupção, da Organização dos Estados Americanos; a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

<sup>385</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>386</sup> *Idem, ibidem*, p. 42.

De fato, embora formalmente permaneçam legalmente previstos, é certo que cada vez que se emprega o poder repressivo de forma simbólica há uma invasão aos direitos e garantias fundamentais.

Contribui para a admissão de um processo penal de exceção a generalização de um sentimento coletivo<sup>387</sup>, no caso, de que a política no país está cada vez pior, principalmente no que concerne o combate à corrupção, o que se projeta na falta de confiança nos poderes públicos para a resolução do problema.

A preocupação com o fenômeno da corrupção têm ganhado relevância entre os assuntos com destaque na agenda social, fazendo com que a sociedade queira participar do "controle da corrupção", acarretando um intenso interesse de exclusão social dos envolvidos na política<sup>388</sup>, esquecendo-se da sua essencialidade para a manutenção do princípio democrático<sup>389</sup>.

Em consequência, a teoria processual penal colocada em contraposição com a prática judicial revela diuturnamente violações às regras do jogo, isto é, à forma processual que representa as garantias do acusado.

Prova disso é a manutenção do princípio da inexistência de vícios processuais sem a demonstração de prejuízo às partes. O referido princípio que estrutura o sistema de nulidades processuais penais, demonstra claramente a crença na idoneidade dos atos da persecução penal, de modo que o acusado, a parte fraca da relação processual em face do poder punitivo estatal, deve expor à exaustão que a flexibilização das regras processuais foi prejudicial, sob pena de não verificação do prejuízo com a consequente validação do ato ilegal<sup>390</sup>.

As garantias penais e processuais penais passam a ser vistas como empecilho ao funcionamento adequado do sistema punitivo, que é adjetivado como fraco e inoperante e apontado como motivo maior para a impunidade.

---

<sup>387</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>388</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>389</sup> ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>390</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 83.

Por tal razão David Garland aponta a existência de uma corrente populista na política criminal e processual criminal, a qual se denigre a dogmática jurídica e defende a "autoridade" da sociedade, do senso comum<sup>391</sup>.

Por tudo isso, evidencia-se um fenômeno novo nas sociedades contemporâneas que, diante das garantias individuais legalmente reconhecidas após um longo período de evolução histórica, acadêmica, científica e dogmática, tem-se difundido a ideia de que devem ser renunciadas cautelas encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos, especialmente as garantias processuais penais, em troca de maior efetividade no combate e na persecução da corrupção.

Nota-se que a sociedade não teme a atuação do poder público no exercício da função repressiva e não se incomoda pelos excessos que podem e por vezes são praticados, pelo contrário, prestigia-se os modos de atuação judicial que priorizam a persecução penal em detrimento dos direitos fundamentais<sup>392</sup>.

Equivocamente, o pressuposto que orienta a interpretação de ofensas aos regramentos processuais penais é o de que a conduta dos órgãos públicos de investigação, repressão e julgamento são tendencialmente regulares e legais, ideia esta que contraria as experiências históricas dos sistemas punitivos, que ainda hoje se aproximam, por vezes, de uma estrutura inquisitiva, revelando e efetivando anseios humanos por punição<sup>393</sup>.

O processo penal dito democrático configura-se na sistematização do sistema acusatório. As regras processuais inerentes à persecução penal, isto é, relativas à investigação, às condições da ação, à competência, à produção e à refutabilidade das provas, ao elementos da sentença penal, aos critérios de recorribilidade e à forma de execução, constituem-se em barreiras de contenção ao íntimo desejo punitivo dos órgãos de persecução.

---

<sup>391</sup> GARLAND, David. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>392</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>393</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 84.

No entanto, observa-se a manutenção de práticas de caráter inquisitivo na persecução penal, muitas vezes disfarçadas nos discursos de combate à impunidade, assim como ocorre atualmente no discurso de combate à corrupção, utilizando-se de uma inversão ideológica para manter uma visão acrítica e otimista em relação à atuação dos órgãos persecutórios<sup>394</sup>. Neste cenário, o efeito é a gradual e constante flexibilização das garantias processuais penais, transformando-se as nulidades absolutas em relativas, as relativas em atos meramente irregulares e estes incorporados na normalidade das práticas forenses cotidianas.

A compatibilização dos sistemas de garantias processuais penais com o postulado da dignidade da pessoa humana impõe a inversão da lógica processual inquisitiva, de modo que a flexibilização de normas de garantia processual, por si só, indicam a ocorrência de nulidade, cabendo ao órgão de acusação demonstrar a não ocorrência de prejuízo ou o consentimento da defesa para que haja a convalidação do ato processualmente irregular<sup>395</sup>.

No entanto, conforme adverte Sérgio Moccia, as medidas emergenciais decorrentes de momentos de crise, caracterizadas pela improvisação, pelo rigor excessivo e pelo caráter simbólico, estão fadadas à ineficácia. O processo penal de exceção em busca de alcançar, em tese, uma maior eficiência, acaba por deixar de lado verdadeiras medidas efetivas<sup>396</sup>.

Um processo penal de exceção, diante de situações emergenciais, oferece meios para se enfrentar fenômenos crônicos de mal estar da sociedade. Nestes casos, há quase que uma "orientação" no sentido de que o processo deve estar livre de formalismos considerados como embaraços à persecução penal, admitindo-se medidas de caráter inquisitório combinadas com iniciativas judiciais cada vez mais frequentes<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>395</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>396</sup> MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, Jan-Mar/1999, p. 58.

<sup>397</sup> Um exemplo é a realidade italiana no âmbito da operação "Mãos Limpas" que, a partir das manifestações de criminalidade organizada e da descoberta de uma rede de atividades ilícitas em setores públicos e privados de poder, assistiu-se ao endurecimento da coerção pessoal e a reativação de mecanismos de aplicação automática de custódia cautelar, além da expansão dos poderes inquisitórios da polícia judiciária e a colocação em discussão dos princípios basilares do sistema processual acusatório.

Todavia, os formalismos não devem ser encarados como um instrumento de impunidade. Quando se exige, para deter alguém cautelarmente, que um documento traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou quando estabelecemos que é inválido se não houver especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; ou ainda que uma interceptação telefônica deve apresentar certos requisitos sob pena de nulidade; são exemplos de situações em que efetivamente fixamos formas e cada uma dessas formalidades se relacionam à princípios axiológicos escolhidos para orientar todo o sistema de justiça<sup>398</sup>.

Por isso, os direitos e garantias fundamentais, especialmente as garantias processuais penais, não devem ser vistos como um entrave ao funcionamento eficiente do sistema.

Desta feita, ao observarmos experiências passadas nesse contexto, percebe-se que a promessa de combate à impunidade transmitida pelo discurso de emergência se trata de uma falácia.

Não se vê diminuído qualquer índice de criminalidade, e o preço que se paga para sustentar esse tipo de discurso vazio é muito alto, na medida em que os direitos fundamentais, uma vez violados, não mais se recompõe<sup>399</sup>.

A ruptura de garantias exigidas pelo discurso de combate à corrupção, assim como em outros discursos de emergência, não compensa, pois se o sistema repressivo oferece algo positivo em uma perspectiva custo-benefício, com a ruptura da normalidade processual a desvantagem passa a ser notória.

O desfazimento do sistema jurídico garantidor representa um grande retrocesso, pois o processo penal, na essência da sua correta aplicação, traduz o caminho adequado para a composição legítima do convívio social, de modo que antes de se optar pelas regras de ruptura, é primordial fazer valer as regras estabelecidas como parâmetro de normalidade<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> MOCCIA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>399</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>400</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.

Assim, um processo penal emergencial é caracterizado pela elasticidade de suas regras e pela promoção de práticas que somente com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas, o que implica o confinamento dos direitos individuais à incerteza de novas práticas judiciais, e não mais à certeza da *regulae juris*<sup>401</sup>.

Jacinto de Miranda Coutinho adverte que em busca de uma solução efetiva e rápida para situações de crise, são adotadas medidas processuais incompatíveis com um processo penal constitucional.

Medidas processuais de "defesa social", típico de regimes autoritários, e daí a relevância de tantas críticas, afasta o caráter constitucional do processo penal, garantidor dos direitos do acusado e limitador da violência do Estado.

O processo penal constitucionalizado é incompatível com os anseios de se condenar mais rápido para acalmar a sociedade, exatamente porque seu escopo é garantir que somente se puna por meio do *devido processo penal* e, para tanto, não cabe pressa<sup>402</sup>.

O processo, de acordo com Rui Cunha Martins, é o microssomo do Estado de Direito, a forma processual é a "espinha dorsal" do processo penal, pois um processo despido de formas, em que estas apenas desempenham meras funções acessórias, corresponde à própria derrocada das funções exercidas pelo processo e representa a sua falência enquanto instituição<sup>403</sup>.

Não é de hoje, como esclarece Ricardo Jacobsen Gloeckner, que a forma processual vem sendo atacada, havendo uma dissociação tamanha entre as descrições doutrinárias e as formulações dos tribunais que seria possível, sem exagero, afirmarmos que nos encontramos em dois universos distintos, que operam segundo parâmetros e racionalidades diversas<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> MOCCIA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>402</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, Jul/2008, pp. 11-13.

<sup>403</sup> MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 2-3.

<sup>404</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Anticorrupção ou corruptibilidade de formas?*. In: Boletim IBCCRIM, ano 23, n. 277, Dez/2015, pp. 19-21.



Um processo penal com intolerância às regras formais implica em um juízo esmagado pela opinião pública, ao passo que a legitimação é buscada não nas normas, mas em formas variadas de consenso externo, e então o processo, como garantia, desaparece.

A justiça emergencialista, adverte Cornelius Prittwitz, corresponde à própria transformação do processo penal em um dispositivo político criminal de *prima ratio*, e a garantia individual é transformada em garantia da eficiência do direito penal. O processo penal se torna uma ferramenta exclusiva de aplicação do direito penal material e tão somente consegue vislumbrar a forma processual como obstáculo<sup>405</sup>.

A exigência por justiça rápida e eficaz transforma-se na exigência de justiça sumária, por vezes não tão justa, que é recebida com apreço pela opinião pública<sup>406</sup>.

A pretexto de enfrentar rigorosamente o fenômeno da corrupção por meio de medidas processuais penais mais severas, aceita-se a corruptibilidade das formas processuais<sup>407</sup>, e por vezes fora dos parâmetros de normalidade, acaba por provocar prejuízos à legalidade sem a contrapartida de maior eficiência.

Por exemplo, é isto que ocorre quando o discurso de combate à corrupção influencia o sistema probatório, o que implica uma confusão entre imputação e juízo, isto é, entre julgador e órgão de acusação, provocando uma consequente predeterminação da sentença<sup>408</sup>.

Contudo, obviamente que as garantias do *devido processo penal* não são responsáveis pelo suposto fracasso no combate à corrupção, pois o simples fato de assegurar os princípios processuais penais não significa compactuar com o caos propagandeado<sup>409</sup>.

---

<sup>405</sup> PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo e derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coords.). *Crítica e justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Cuenca: Universidad de Catilla-La Mancha, 2003.

<sup>406</sup> MOCCIA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>407</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*, pp. 19-21.

<sup>408</sup> MOCCIA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>409</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*, p. 69.

De tudo isso, não se pode olvidar que, em nome da celeridade e de um aproveitamento de atos processuais, por vezes eivados de nulidade, as garantias processuais são simplesmente ignoradas, desrespeitando as características de um sistema acusatório que deve permear o processo penal constitucional.

Certamente, o direito penal não está imune às novas demandas da sociedade politicamente organizada, que exigem sempre mais obrigações por parte do Estado. Nesse cenário, ao ser chamado para gerir políticas preventivas de controle dos riscos inerentes à sociedade, além de assegurar a efetivação dos direitos dela decorrentes, o direito penal é convocado a ampliar seu âmbito de incidência.

A ascensão do intervencionismo nas funções repressivas do Estado, de acordo com François Ost, é elementar para a definição da estrutura do sistema penal, de modo que os compromissos do Estado moderno enquanto instituição protetora alargam-se para além da simples sobrevivência, o que potencializa e redimensiona a ideia de segurança para noções de prevenção que se destinam a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco<sup>410</sup>.

Conforme adverte Luigi Ferrajoli, é possível observar uma vocação natural antigarantista no exercício dos poderes. Configura-se completo equívoco a crença na bondade do poder punitivo, fundado na ideia de que basta um bom poder para satisfazer as funções de tutela auferidas ao direito<sup>411</sup>.

Somente as concepções inquisitivas exprimem uma confiança ilimitada na bondade e justiça do poder e em sua capacidade de alcançar a verdade.

Ao contrário, em um sistema processual de caráter acusatório, deve prevalecer a ideia de desconfiança no poder como fonte autônoma de verdade. A crença absoluta na justiça dos atos do poder público, sobretudo do poder punitivo, resulta em uma postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo uma situação de crise processual decorrente da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> OST, François. *Op. cit.*, p. 344.

<sup>411</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 985.

<sup>412</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 82.

O reflexo concreto da crença na bondade do poder público é a violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas de natureza autoritária. Assim, pressupor a tendência punitiva constante dos órgãos de persecução penal em violar garantias individuais e direitos fundamentais talvez seja a única forma de criar uma blindagem prática e dogmática contra as violações usuais<sup>413</sup>.

São as garantias processuais penais que asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgados e a justiça das decisões, isto é, asseguram à sociedade fazer justiça com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais, e não meramente buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias<sup>414</sup>.

O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau ou o tipo de perversidade destes. A tutela se dirige à sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram o devido processo penal.

Por tudo isso, vê-se a necessidade de efetivação de um verdadeiro processo penal constitucional, que somente é possível a partir de um posicionamento contrário ao pensamento emergencialista que culmina em um processo penal de exceção.

---

<sup>413</sup> Considerando o exercício do poder punitivo e a violência inerente às práticas penais, a perspectiva garantista seria forjada pelo assim denominado "princípio da irregularidade dos atos dos poderes", expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório, de modo que a pré-compreensão do sentido e do direcionamento do sistema repressivo possibilita desenvolver a sensibilidade e denunciar as lesões à legalidade penal e processual penal. Vide CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>414</sup> SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 69.

## CONCLUSÃO

O Estado deve ser compreendido como uma sociedade política e jurídica. O Estado existe em função dos interesses dos indivíduos que o compõe e, para alcançar esta finalidade, exerce um poder que busca o máximo de eficácia sobrepondo-se aos demais poderes e, ao mesmo tempo, é a expressão máxima da ordem, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio, de modo que já não se considera regular qualquer ato do Estado à margem do direito, e menos ainda quando contrário a este.

O problema entorno da ideia justiça é o princípio e o problema do direito. A justiça como um "código de ordem" superior, cujo o desrespeito produz resistência e a ausência conduz à desorientação das regras de convivência, nos permite concebê-la como um princípio que confere sentido para o universo jurídico. Assim, a justiça é o princípio racional e o problema central do direito, pois revela-se um campo de probabilidades e possibilidades que tornam a justiça um problema permanente de criação, interpretação e aplicação de normas.

Os debates sobre a ideia de justiça devem se dar em uma campo neutro. A justiça não pode ser neutra, mas que suas discussões sejam. As discussões sobre justiça, em sua essência, são discussões sobre os propósitos de instituições sociais, sendo necessário questionarmos o propósito da política para alcançarmos a ideia de justiça.

A política tem um significado mais elevado. O propósito de uma comunidade politicamente organizada é permitir que as pessoas desenvolvam suas capacidades e virtudes humanas, e as instituições da vida em sociedade são meios de atingir essa finalidade.

Não podemos viver em uma sociedade justa sem a política. Somente podemos realizar a nossa natureza humana se participarmos da política, pois os homens possuem a faculdade da linguagem e somente a linguagem, capacidade essencialmente humana, é capaz de expressar o que é justo ou injusto e distinguir o certo do errado.

A linguagem é o meio pelo qual discernimos e deliberamos sobre a justiça. Em uma comunidade politicamente organizada é que exercitamos a racionalidade humana por meio da linguagem e deliberamos assim sobre justiça e injustiça.

A comunidade política deve anteceder o próprio indivíduo, pois não somos autossuficientes quando estamos isolados uma vez que não podemos desenvolver sozinhos nossa capacidade de linguagem e de deliberação moral. Uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre a ideia de justiça, o que exige que realizemos a nossa natureza por meio da faculdade da linguagem, o que requer, por sua vez, que deliberemos com nossos pares sobre o certo e o errado, sobre a justiça e a injustiça.

A justiça é invariavelmente crítica e, portanto, é impossível evitarmos essas discussões. A ideia de justiça não é um conceito puramente material, mas diz respeito à *forma* certa de avaliar determinadas situações.

Diante da impossibilidade de se formular uma ideia absoluta de justiça, tendo em vista que os aspectos de justiça não se resumem ao resultado das ações, nos cabe buscar um padrão de avaliação.

A solução encontrada diz respeito ao sentido de justiça "processual" como exigência de regularidade, uma vez que o tratamento dado a uma pessoa deve ser pré-determinável por critérios objetivos, estabelecidos por regras dadas.

A reflexão moral sobre a justiça é dialética e, portanto, reconhece diversas opiniões e convicções, ainda que parciais e não instruídas, avança e recua conforme os julgamentos que fazemos em situações concretas e os princípios que guiam esses julgamentos.

Se os homens ainda são incapazes de encontrar um consenso quanto a um princípio absoluto de justiça, ao menos é possível traçarmos um caminho em direção à ideia de justiça. O resultado, permanece desconhecido, mas as "regras do jogo" determinam que independentemente do resultado, este será, nos moldes estabelecidos, justo.

Uma justiça processual faz com que a aplicação concreta, dentro de certos limites elásticos, seja independente do sujeito que decide, afastando-se qualquer interesse individual, prevalecendo-se um dever moral com a sociedade.

As questões entorno da ideia de justiça se intensificam no âmbito da Justiça Penal, especialmente no que diz respeito à busca por um sentido do processo penal, que permita estimá-lo como legítimo ou não, isto é, se a legitimidade se encontra em um valor subjetivo e irracional, ou se existe uma estrutura universal e racional que legitima o direito penal e processual penal, ou que nos faça reconhecer a sua ilegitimidade.

Somente haverá justiça penal quando a decisão tomada for essencialmente processual, isto é, elaborada de forma regular, em conformidade com a regra ou o sistema de regras vigentes. A conduta será justa se estiver em harmonia com as regras processuais pressupostas.

O processo penal, em sua essência, implica em contrapor o pensamento que de um lado defende uma pretensa finalidade jurídica associada a repressão da delinquência e, de outro, o pensamento que admite uma finalidade política agregada à ideia de garantir à sociedade um meio de neutralizar a arbitrariedade dos órgãos de persecução penal.

Há conflito entre os interesses públicos tutelados pelo processo penal: a tutela da repressão à delinquência e a tutela da liberdade individual (tutela da inocência). E muito embora essa situação seja insolúvel do ponto de vista processual penal, é possível encontrarmos a sua legitimação.

A importância do direito processual penal vai além da relação com o direito penal material, no sentido de que é notória a relação do direito processual penal também com o direito constitucional. As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades processuais são verdadeiras garantias constitucionais.

A *forma* como a ponderação destes interesses, estabelecida nas leis processuais penais, é significativa para estabelecer a relação vigente entre Estado e indivíduo na comunidade, de modo que o direito processual penal é realmente o sismógrafo da Constituição do Estado e toda mudança na estrutura política conduz também a transformações no processo penal.

Em um processo penal dito democrático, os direitos fundamentais passam a ocupar o primeiro plano, vez que constituem elementos essenciais do ordenamento jurídico e adquirem uma dimensão processual. O caráter democrático do Estado implica no respeito aos direitos fundamentais como verdadeiras regras processuais.

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão. Por tal razão, os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, decorrem da dignidade humana.

A preocupação de assegurar no âmbito penal os direitos fundamentais de liberdade, igualdade, dignidade e segurança na realização da Justiça, elementos que caracterizam o direito processual penal moderno, se garante mais pela sujeição à tramitação processual, e pela participação e articulação dos sujeitos processuais, do que pelo domínio ou protagonismo de qualquer deles.

No âmbito processual penal, o processo é instrumento indispensável ao sistema punitivo. O processo penal é o caminho necessário para a aplicação da pena. No entanto, o fenômeno punitivo estatal deve ser associado à figura do poder, pois poder e punição são elementos que se conectam, de modo que o sistema penal é fruto de dispositivos de poder, sendo certo que o poder não basta a si mesmo. E a tendência do poder, via de regra, é exceder os limites, romper as barreiras, ultrapassar todos os obstáculos a si impostos.

O poder estatal se coloca frente aos indivíduos de forma violenta, e todo exercício de poder envolve a possibilidade de abusos. Portanto, a instrumentalidade do processo penal assume legitimidade não como a face de sua existência erigida a vetor principal, mas somente quando associada à preservação dos direitos fundamentais do acusado.

Se o poder é tendente à expansão, então cabe ao processo limitar tal poder punitivo com o fim de minimizar os riscos de lesão aos direitos fundamentais do acusado. A legitimação do processo penal se encontra em harmonizar o exercício do poder punitivo do Estado sem que este produza violações aos direitos fundamentais de liberdade do acusado, assume uma conotação protetiva do indivíduo em face do Estado, o que configura um dos pontos cardeais do direito processual penal, cuja a existência deve necessariamente impedir atos arbitrários de punição estatal.

No Estado Democrático de Direito, é necessário que o exercício do poder punitivo esteja condicionado a algum tipo de forma. A forma processual se torna o escudo protetor contra a arbitrariedade.

Diante dos recentes escândalos de corrupção, surge um movimento punitivista clamando pelo combate à corrupção. Daí que formas inquisitoriais de processo penal encontram, em novas justificativas para novas formas de administração de justiça penal, campo fértil para a propagação de institutos que ampliam as funções acusatórias.

A instrumentalidade que deveria limitar a pena, ao contrário, acaba por corresponder à sua aplicação. Nesse contexto punitivista de combate à corrupção, predomina uma formulação que concebe a instrumentalidade em nítido caráter ético-político, minando justamente a ideia de limitação do poder estatal.

O discurso de combate à corrupção usualmente destaca a defesa da sociedade como finalidade do processo penal, e a relativização das formas constitui inegável peça de engrenagem de um processo penal pautado por parâmetros de eficiência, compondo uma dimensão ética de sistema punitivo.

Processo penal e política criminal acabam configurando-se como duas faces de uma mesma moeda. O processo penal acaba assumindo tarefas exclusivas da política criminal, articulando espaços de disposição que se ligam justamente a focos do poder que provocam gradativamente corrosões no tecido das garantias fundamentais, prevalecendo o interesse (punitivo) público.

Nesse atual contexto de instabilidade social e política, o discurso punitivo de combate à corrupção está nitidamente em um movimento de política criminal expansionista, característica típica do fenômeno assim chamado de "sociedade de risco". Surge nesse contexto uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança, características centrais da dinâmica sociopolítica dos riscos.

A proibição, limitação e distribuição dos riscos ganham importância e passam a ser tema dos discursos de política criminal, fazendo do direito penal um instrumento de controle de riscos.



Verifica-se uma nova face da seletividade penal, em que o "inimigo" da vez é a política. A seletividade penal busca "estereótipos criminosos", e se antes a seletividade penal incidia apenas sobre os menos favorecidos do sistema, aqueles que não se encaixavam nos padrões de comportamento estabelecidos pela sociedade, hoje é possível afirmarmos que a seletividade penal alcançou também pessoas identificadas nas chamadas elites sociais, especialmente em casos envolvendo políticos ou indivíduos com relações políticas.

Diante dos atuais discursos de combate à corrupção, denota-se a existência de um sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas punitivistas, como uma tentativa de acabar com a impunidade que a classe política "conquistou" ao longo dos anos em uma administração pública em que a corrupção era considerada como algo natural. A partir disso, em termos de processo penal, passam a ser adotadas medidas cunhadas de emergência, que fogem dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo.

Um sistema processual emergencial deve sempre ser objeto de um exame crítico, pois com o fim de buscar a (re)legitimação do direito penal e processual penal, uma vez que o sistema normativo passa a ser considerado insuficiente diante de uma nova situação de criminalidade que instaura o caos, acaba por admitir a mitigação de garantias fundamentais, última barreira de proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal

Evidencia-se um fenômeno em que, diante das garantias individuais legalmente reconhecidas após um longo período de evolução histórica, acadêmica, científica e dogmática, tem-se difundido a ideia de que devem ser renunciadas cautelas encarregadas de prevenir os abusos dos poderes públicos, especialmente as garantias processuais penais, em troca de maior efetividade no combate e na persecução da corrupção.

Todavia, os formalismos não devem ser encarados como um instrumento de impunidade. Os direitos e garantias fundamentais, especialmente as garantias processuais penais, não devem ser vistos como um entrave ao funcionamento eficiente do sistema.

É certo que a corrupção de forma alguma deve ser tolerada e necessita ser duramente debelada pela sociedade e pelos órgãos de persecução penal. Contudo, o combate à corrupção ou à qualquer outra criminalidade, por maior que seja a gravidade do ilícito e suas consequências sociais, não justifica o desvirtuamento das garantias processuais penais que historicamente são o alicerce de controle e limitação frente ao poder punitivo do Estado.

A sociedade deve zelar pela capacidade de discernir sobre os excessos do poder punitivo estatal e das instituições que o exercem, a fim de evitar o surgimento de patologias como um direito penal e processual penal de exceção. Por tudo isso, vê-se a necessidade de efetivação de um verdadeiro processo penal constitucional, que somente é possível a partir de um posicionamento contrário ao pensamento emergencialista que culmina em um processo penal de exceção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. *Minima moralia: reflexões a partir da vida danificada*. Trad. Luiz Eduardo Bica. São Paulo: Ática, 1993.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALBRECHT, Peter Alexis. *El derecho penal en la intervención de la política populista*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal: análises e confrontos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Anotações acerca do direito à privacidade*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *El proceso penal de la presunción de inocencia*. In: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. (Coord.) PALMA, Maria Fernanda. Coimbra: Almedina, 2004.

APEL, Karl-Otto. *Estudios éticos*. Trad. Carlos de Santiago. México: Ediciones Coyocán, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Trad. Norberto Smilg. Barcelona: Paidós, 1991.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicómaco*. Trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ética pós-moderna*. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *Compendio de los Tratados de legislación civil y penal*. Trad. D. Joaquin Escriche. Madrid: Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, 1839.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRONCKART, Jean-Paul. *Atividade de linguagem, discurso e desenvolvimento humano*. Trad. Anna Rachel Machado e Maria de Lourdes Meirelles Matencio. Campinas: Mercado das Letras, 2006.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

\_\_\_\_\_. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. In: AGRA, Cândido Mendes Martins da (et. al.). *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. *Revista de Estudos Criminais*, Ano X, n. 42. Sapucaia do Sul: ITEC, 2011.

CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. *Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social*. In: *Política criminal, Estado e democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar*. Curitiba: Juruá, 1997.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_\_. *Verità, dubbio e certezza*. In: *Revista di Diritto Processuale*, vol. 20. Padova: Cedam, 1965.

CARNEVALE, Emanuele. *Democrazia e giustizia penale*. In: *Diritto criminale*. Roma: Foro Italiano, 1932.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHARAUDEAU, Patrick. *Linguagem e discurso: modos de organização*. Trad. Angela M. S. Corrêa; Ida Lúcia Machado. São Paulo: Contexto, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONCHE, Marcel. *O fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSO, Giovanni; GALLO, Marcello. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1964.

COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Um ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, Jul/2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ITEC*, Porto Alegre, 2000.

DALBERG, John Emerich Edward. *A Study in Conscience and Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DELGADO, Jaime Guasp. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DURKHEIM, Émile. *Pragmatismo y sociologia*. Buenos Aires: Schapire S.R.L., 1971.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

EASTON, David. Da continuidade em pesquisa política. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, vol. 5, Jun/1971.

ECO, Umberto. *O signo*. Trad. Maria de Fátima Marinho. Lisboa: Presença, 1990.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de Marcos Criado e Geraldo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2008.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 5. ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1991.

FREUD, Sigmund. *O Eu e o Id: "autobiografia" e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA, José Angel Brandaríz. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Anticorrupção ou corruptibilidade de formas?*. In: Boletim IBCCRIM, ano 23, n. 277, Dez/2015.

GODSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas : Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. São Paulo: Vozes, 2003.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

JAKOBS, Günter. *Direito penal do inimigo*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. São Paulo: Icone, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.



KITSUSE, John I. *Societal reaction to deviant behavior: problems of theory and method*. In: BECKER, Howard (Org.). *The other side: perspectives on deviance*. Toronto: The Free Press of Glencoe, 1964.

LACAN, Jacques. *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978

\_\_\_\_\_. *Função do campo da fala e da linguagem em psicanálise*. In: *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

\_\_\_\_\_. *Seminário sobre a carta roubada*. In: *Escritos*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LEMERT, Edwin. *Social pathology: a systematic approach to the theory of sociopathic behavior*. New York: McGraw-Hill, 1951.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2005.

LIPSON, Leslie. *Os grandes problemas da ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção - incluindo a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. São Paulo: Forense, 1961.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. São Paulo: Palas Athenas, 2004..

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *O problema fundamental do conhecimento*. Campinas: Bookseller, 2005.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 25, Jan-Mar/1999.

MORIN, Edgar. *Introdução à política do homem: argumentos políticos*. Trad. Celso de Sylos. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1969

ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Madrid, 1972.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PESSINA, Enrico. *Elementi di diritto penale*. v. I. Napoli: Margheri, 1882.

PISAPIA, Gian Domenico. *Appunti di procedura penale*. v I. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1973.

PLATÃO. *A república*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

\_\_\_\_\_. *Diálogos: Teeteto e Crátilo*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2001.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. *Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente*. In: MIRANDA, Jorge;

SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo e derecho penal*. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (Coords.). *Crítica e justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Cuenca: Universidad de Catilla-La Mancha, 2003.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El papel del derecho penal en la segunda modernidad*. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: BdeF, 2007.

ROJO, Luisa Martín; WHITTAKER, Rachel. *Poder-decir: o el poder de los discursos*. Madrid: Arrecife, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 1. ed. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tem futuro o direito penal?*. In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUBIO, David Sánchez. *Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades*. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). *Anuário ibero-americano de direitos humanos (2001/2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. Milano: Adelphi Edizione, 1994.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Lerner, 2006.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Tomo I. Lisboa: Verbo, 2000.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva. (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime: the uncut version*. Yale: Yale University Press, 1983.

TAYLOR, Paul. *The ethnocentric fallacy*. In: *The Monist*. vol. 47. London: Oxford University Press: 1963.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *O direito quântico*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

TITUS, Charles. *A nomenclature in political science*. *American Political Science Review*, n. 25, 1931.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TZITZIS, Stamatios. *Filosofia penal*. Trad. Mário Ferreira Monte. Porto: Legis, 1999.

VAN DIJK, Teun Adrianus. *Cognição, discurso e interação*. São Paulo: Contexto, 1992.

VATTIMO, Gianni. *Nihilismo y Emancipación: ética, política, derecho*. Barcelona: Paidós, 2004.

VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Recife: Imprensa Oficial, 1953.

VILLEY, Michel. *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001.

VYGOTSKY, Lev Semionovich. *Pensamento e linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WELLMER, Albrecht. *Ética y diálogo: elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Barcelona: Antropos, 1987.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Edusp, 1994.

\_\_\_\_\_. *Investigaciones filosóficas*. 2. ed. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2004.