

# VIOLÊNCIA E PROCESSO PENAL

Crítica Transdisciplinar sobre a  
Limitação do Poder Punitivo

**EDITORES**

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

**CONSELHO EDITORIAL**

Alexandre Freitas Câmara  
Amilton Bueno de Carvalho  
Artur de Brito Gueiros Souza  
Cezar Roberto Bitencourt  
Cesar Flores  
Cristiano Chaves de Farias  
Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Elpídio Donizetti  
Emerson Garcia  
Fauzi Hassan Choukr  
Firly Nascimento Filho  
Francisco de Assis M. Tavares  
Geraldo L. M. Prado  
Guilherme Peña de Moraes  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
J. M. Leoni Lopes de Oliveira  
João Carlos Souto  
José dos Santos Carvalho Filho  
Lúcio Antônio Chamon Junior  
Manoel Messias Peixinho  
Marcellus Polastri Lima  
Marco Aurélio Bezerra de Melo  
Marcos Juruena Villela Souto  
Nelson Rosenvald  
Paulo de Bessa Antunes  
Paulo Rangel  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz  
Saló de Carvalho  
Sérgio André Rocha  
Sidney Guerra  
Társis Nametala Sarlo Jorge  
Victor Gameiro Drummond

**CONSELHO CONSULTIVO**

Álvaro Mayrink da Costa  
Antonio Carlos Martins Soares  
Augusto Zimmermann  
Aurélio Wander Bastos  
Elida Séguin  
Flávia Lages de Castro  
Flávio Alves Martins  
Gisele Cittadino  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.  
José Fernando de Castro Farias  
José Ribas Vieira  
Luiz Ferlizardo Barroso  
Luiz Paulo Vieira de Carvalho  
Marcello Ciotola  
Omar Gama Ben Kaus  
Rafael Barretto  
Sergio Demoro Hamilton

**Rio de Janeiro**

Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H  
CEP 20011-000 – Centro  
Rio de Janeiro - RJ  
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

**Barra** – Avenida das Américas, 4200 Loja E  
Universidade Estácio de Sá  
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011  
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ  
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

**São Paulo**

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010  
Vila Clementino – São Paulo - SP  
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

**Brasília**

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35  
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF  
Tel. (61)3225-8569

**Minas Gerais**

Rua Tenente Brito Mello, 1.233  
CEP 30180-070 – Barro Preto  
Belo Horizonte - MG  
Tel. (31) 3309-4937

**Bahia**

Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506  
CEP 41770-235 - Costa Azul  
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

**Rio Grande do Sul**

Rua Riachuelo, 1335 - Centro  
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS  
Tel. (51) 3212-8590

**Espírito Santo**

Rua Constante Sodré, 322 – Térreo  
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia  
Vitória - ES.  
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

# VIOLÊNCIA E PROCESSO PENAL

## Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2008

Copyright © 2008 Augusto Jobim do Amaral

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A meus Pais, Evangelista Amaral e Ieda  
Jobim,  
À minha Irmã, Juliana,  
E ao meu Amor, Ana Carolina.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

*A natureza se realiza em movimento e também nós, seus filhos, que somos o que somos e ao mesmo tempo somos o que fazemos para mudar o que somos. (...) A verdade está na viagem e não no porto (...) Viva onde viva, viva como viva, viva quando viva, cada pessoa contém muitas pessoas possíveis e é o sistema de poder, que nada tem de eterno, que a cada dia convida para entrar em cena nossos habitantes mais safados, enquanto impede que os outros cresçam e os proíbe de aparecer. Embora estejamos malfeitos, ainda não estamos terminados; e é a aventura de mudar e de mudarmos que faz com que valha a pena esta piscadela que somos na história do universo, este fugaz calorzinho entre dois gelos.*

*Eduardo Galeano,*

*De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*

## Sumário

## Apresentação

Augusto Jobim do Amaral é natural de Porto Alegre, advogado, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), onde desde cedo demonstrou sua dedicação à pesquisa. Formou-se também na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS), bem como é Especialista em Ciências Penais pela PUCRS, Instituição esta pela qual também obteve o título de Mestre em Ciências Criminais. Realizou Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu na Universidade de Coimbra (Portugal), local onde atualmente realiza seu Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos. Sua carreira docente iniciou-se mediante concurso público, na Universidade de Passo Fundo (UPF); posteriormente, ministrou aulas ainda na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Autor de diversos artigos e trabalhos na área, hoje é pesquisador do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA – Guaíba), da Escola Superior de Administração, Direito e Economia (ESADE Laureate International Universities – Porto Alegre) e ainda de inúmeros cursos de pós-graduação.

## Sobre a Obra

O trabalho que vem agora a público trata-se, com minúsculas alterações, da Dissertação de Mestrado defendida junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (PPGCC) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) intitulada: *Limite à Violência Punitiva: uma leitura desde as garantias processuais penais*. Escrito que contou na banca examinadora com a participação, além do Professor-orientador Doutor Salo de Carvalho (PUCRS), dos Professores Doutores Ricardo Timm de Souza (PUCRS) e José Carlos Moreira da Silva Filho (UNISINOS), os quais atribuíram à pesquisa nota máxima, bem como a indicação para a presente publicação.

O livro percorre o plano das práticas punitivas que se configura, hoje em dia, de importância evidente e deve, pois, ser tratado com responsabilidade. Diante da naturalização cultural do arbítrio punitivo que se abate sob a complexa estrutura social, propõe o trabalho verificar os fundamentos de uma instrumentalidade garantista como técnica de limitação à violência punitiva. O caráter poliédrico do trabalho articula-se a partir de um triplo diálogo. Tendo como horizonte um profundo estudo das configurações e desdobramentos da violência social na modernidade, é que se anuncia, inicialmente, a (ir)racionalidade totalitária contemporânea fundada na exclusão da ambivalência. O recorte segue na direção do exame genealógico de um pensamento jurídico-penal garantidor (teoria garantista de direito penal), desde uma matriz européia crítica da dogmática jurídica – uso alternativo do direito. O discurso toma, enfim, contornos definitivos na medida em que se constrói uma perspectiva de entrelaçar uma teoria penal crítica, contenção da violência punitiva e fundamentos do processo penal, a partir de mecanismos de

atuação tópica, desde as garantias processuais penais, tendentes a reduzir a dor, frente aos agravamentos das pulsões inquisitoriais e dos quadros excepcionais de poderio estatal.

Por fim – jamais por último –, cabe neste local, por certo, meus profundos agradecimentos que não poderiam distar dos amigos e professores Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich, pela condução essencial nesse meu constante processo de aperfeiçoamento intelectual, crítico e responsável. Da mesma forma, aos demais Professores do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Ademais, ao professor Rui Cunha Martins, pela atenção dispensada em minha estada no IHTI – Instituto de História e Teoria das Idéias, da Faculdade de Letras, na Universidade de Coimbra, de Portugal –, e aos inúmeros amigos e colegas de mestrado que de uma forma ou de outra contribuíram para essa conquista.

Meu amor e gratidão a todos.

Porto Alegre, julho de 2008.  
O Autor

## Introdução

### O Problema (Trans)Disciplinar nas Ciências (Criminais): Desenhando a Pesquisa

A Carta de transdisciplinaridade, adotada no I Congresso Mundial de Transdisciplinaridade, realizado em 1994 no convento de Arrábida em Portugal, alertava, em seu preâmbulo: *a vida está fortemente ameaçada por uma tecnociência triunfante que obedece apenas à lógica assustadora da eficácia pela eficácia*.<sup>1</sup>

O enfoque transdisciplinar (ou para além dos esquemas disciplinares auto-referenciais) está colocado na própria dinâmica do sistema nervoso central humano, na interação dos hemisférios do cérebro. É neste diapasão que se firma o compromisso de um novo ideário superador dos tradicionais ancoradouros do saber nas chamadas ciências criminais, notadamente no que tange à complexa temática em que se inserem as garantias processuais penais. Tal arcaísmo, notadamente, apenas gera um modo de produção insuficiente, para não dizer dissimulador, no que atine às demandas atuais.

Importante insistir na demonstração da defasagem entre a nova visão do mundo que emerge do estudo dos sistemas naturais e os valores que ainda predominam na filosofia, nas ciências do homem e na vida da sociedade moderna<sup>2</sup> baseada, funda-

- 1 CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. **Revista de Estudos Criminais**, Editorial. Porto Alegre: Notadez/ITEC, nº 3, p. 11, 2001. Preâmbulo.
- 2 Entendo, a partir de Baumer, que o termo moderno remete para um conjunto de idéias e atitudes específicas, conotadas na nova visão de mundo que os ocidentais ajudaram a consolidar como força dominante. BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990, vol. I (séculos XVII e XVIII), p. 39.



mentalmente, num determinismo mecanicista. Daí deflagra-se o deletério enfraquecimento da cultura em detrimento da onipotente tecnociência “que tudo pode”.

A modernidade tem como um dos seus pilares a separação entre *cultura* e *ciência*, especialização esta cujo olhar para além das disciplinas procura ultrapassar, recompondo a unidade da cultura e encontrando o sentido inerente à vida. É, portanto, recusando-se qualquer sistema fechado de pensamento, qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição ou ainda dissolvê-lo em estruturas formais<sup>3</sup> que se deve buscar a troca dinâmica (complementaridade) entre ambos os enfoques e não a sua estéril oposição, onde tal encontro permita pensar uma nova visão da humanidade.<sup>4</sup>

Abandona-se justamente o paradigma moderno do unívoco caminho de acesso à verdade e à realidade, onde a atitude discursiva deve, então, ancorar-se numa lógica dialogal entre ciência e tradição, torná-las interativas, a fim de contribuir para uma nova abordagem científica e cultural.<sup>5</sup> Uma necessária reivindicação transdisciplinar passa pelo rompimento das fronteiras disciplinares – meros pontos de referência que jamais devem cegar a busca por saberes alheios virtuosos à compreensão do objeto de estudo – que compartimentalizam, atomatizam e afogam as possibilidades de integração das inúmeras áreas do saber.

O significado de confluência de vários ramos do saber no estudo de terminada problemática gera o efeito desestabilizador tanto da dicotomia sujeito-objeto quanto em relação à disciplina e suas especialidades. O método dialógico, conforme Morin,<sup>6</sup>

seria o ponto de partida na construção de um saber que ultrapasse a compreensão especializada da modernidade, uma vez que dispõe sobre a relação complexa entre compreensão e explicação. Assim, para a realização de uma análise que atenda minimamente à compreensão e ao debate do tema apostado, a limitação do poder punitivo estatal, como tal insuscetível de explicação satisfatória por uma única disciplina, por óbvio, faz-se imperativo ultrapassar o campo específico da ciência jurídica. Idéia esta que se aliará ao que Morin chama de *inter-poli-transdisciplinaridade*,<sup>7</sup> considerando-se o devido esclarecimento quanto à polissemia e imprecisões terminológicas extraíveis dessas definições.

O primeiro termo (interdisciplinaridade) pode, pura e simplesmente, denotar a colocação de diferentes disciplinas em volta de uma mesma mesa, ou, em sentido forte, ao qual se refere, deve significar a troca e a cooperação para a elaboração de um todo orgânico disciplinar. A multidisciplinaridade, por sua vez, o significado a que se transporta não é aquele atinente à mera justaposição de especialidades, mas, sim, atinente à associação de disciplinas por conta de um projeto/objeto que lhes sejam comuns. De outra parte, no que concerne à transdisciplinaridade, é tratada erroneamente, por vezes, de esquemas cognoscíveis que podem atravessar as disciplinas, freqüentemente, a tal virulência que as deixam em transe; crê-se, entretanto, que o desafio da transdisciplinaridade está *em gerar uma civilização que, por força do diálogo intercultural, se abra para a singularidade de cada um e para a inteireza do ser*.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. Op. cit., artigo 1.

<sup>4</sup> DECLARAÇÃO DE VENEZA. A Ciência Diante das Fronteiras do Conhecimento – art. 02. *Revista de Estudos Criminais*, Editorial. Porto Alegre: Notadez/ITEC, nº 7, p. 09, 2002.

<sup>5</sup> CIÊNCIA E TRADIÇÃO: perspectivas transdisciplinares para o século XXI. *Revista de Estudos Criminais*, Editorial. Porto Alegre: Notadez/ITEC, nº 6, 09-12, 2002.

<sup>6</sup> MORIN, Edgar. *O método III*. O conhecimento do conhecimento/1. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 142-143. Existem outros dois princípios que impulsionam um pensamento voltado para a complexidade: a *recursão organizacional*, ou seja, um processo em que os produtos e os efeitos são ao mesmo tempo causas e produtores daquilo que os produziu; e o *princípio hologramático*, que traduz a idéia da imagem do holograma, sendo que em cada ponto há quase toda a informação sobre o objeto. Enfim, a parte está no todo e o todo está na parte. MORIN, Edgar. *Introdução do Pensamento Complexo*. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003, pp. 108-109.

<sup>7</sup> MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita*: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, pp. 105-116.

<sup>8</sup> Ciência e tradição: perspectivas transdisciplinares para o século XXI, p. 12.

Nesse caminho, poder-se-á adotar cada termo isoladamente desde que tais complexos só desempenhem um fecundo papel na história das ciências se implicados a realizar a cooperação sobre um objeto e, primordialmente, sobre um projeto comum, para além de uma categoria organizadora dentro do conhecimento científico – disciplina – atomizada e esterilizada.<sup>9</sup>

Todavia, nos dizeres de Morin,<sup>10</sup> vai-se ao encontro de um conhecimento em movimento, de vaivém, que progrida no sentido das partes ao todo e do todo às partes. Contudo, alguma fecundidade disciplinar não pode ser descartada na medida em que possui a virtude de circunscrever determinada área do conhecimento, sem a qual o conhecimento tornar-se-ia intangível. Nessa perspectiva, é preciso atentar ao perigo da hiperespecialização do pesquisador no tocante ao risco da “coisificação” do objeto estudado, negligenciando-se, assim, as ligações e solidiedades com o universo do qual ele faz parte.

Frente à dinâmica complexa do social, impõe-se uma postura de mesma dimensão. Um pensamento complexo, visto que corresponde ao próprio embaraço inerente à enfermidade congênita do conhecimento científico “ordenador”. Palavra esta – *complexidade* – que não pode se resumir a uma solução cognitiva ou chave do mundo, mas apenas no início de maiores desafios e problematizações.<sup>11</sup> Já disse o poeta que uma verdadeira viagem de descoberta não é para encontrar novas terras, mas para se aprender um novo olhar. Procura-se, assim, uma profunda penetração multifocalizadora, multidimensional, na qual se achem presentes as dimensões de outras ciências e onde a multiplicidade de perspectivas particulares, longe de abolir, exija a perspectiva global.

<sup>9</sup> Não apenas a idéia *inter-multi-transdisciplinar* é posta como ponto crucial, mas também uma abertura *meta-disciplinar*, onde o prefixo ‘meta’ signifique, ao mesmo tempo, ultrapassar e conservar. MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita...**, p. 115.

<sup>10</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita...**, p. 116.

<sup>11</sup> MORIN, Edgar. **Introdução do Pensamento...**, p. 11.

Preocupa-se, de outro modo, com a tentação de todo e qualquer empreendimento que adote este caráter inovador dos reducionismos e das transposições teóricas. Qualquer construção teórica desenvolvida nesse universo somente deve ser encarada, como escreve Figueiredo,<sup>12</sup> no linguajar psicanalítico, *como sendo a possibilidade de fazer do estranho um convidado estratégico que nos permite escutarmo-nos de um outro lugar e de, nessa escuta, quem sabe, fazermo-nos outros para nós mesmos*. Recorre-se, então, ao que Ramalho Neto<sup>13</sup> vai chamar de *vigilância epistemológica necessária à manutenção do respeito à especificidade dos campos e dos enfoques teóricos das disciplinas envolvidas, assim como das diversas correntes interiores a essas disciplinas*.

Trata-se de ajudar na elaboração do *novo paradigma cognitivo*<sup>14</sup> que, atualmente, começa a estabelecer pontos comunicantes entre ciências e disciplinas. Hábil, suma, para a construção de um objeto e de um projeto ao mesmo tempo interdisciplinar, polidisciplinar e transdisciplinar que permita o intercâmbio, a cooperação e a policompetência entre os diversos ramos do saber.<sup>15</sup>

A premência da discussão dos limites do saber, bem como dos próprios valores contemporâneos que o envolve, impõe

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Luís Cláudio. *Psicanálise e Brasil: Considerações acerca do sintoma social brasileiro*. In: SOUSA, Edson (org.). **Psicanálise e Colonização: Leituras do sintoma social no Brasil**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1999, p. 25.

<sup>13</sup> RAMALHO NETO, Agostinho. *Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise*. In: \_\_\_\_\_. **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 21.

<sup>14</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita...**, p. 114.

<sup>15</sup> Ciente se está que este método não pode ser encarado como panacéia científica, pois, sobre seu êxito, somente se poderá falar *a posteriori*. Não obstante, visto que estas articulações apenas se darão mediante cortes, cada um capaz de trazer consigo grande carga de imprevisão, presente está somente *um desejo de transitar pelos interstícios*. RAMALHO NETO, Agostinho. Op. cit., p. 22. Por assim dizer, *um desejo em seu caráter processual, de invenção de possibilidades de vida*. ROLNIK, Sueli. *As Asas do Desejo, o Cinema-Vôo*. **Jornal Folha de São Paulo**, Folhetim, 11 de março de 1989.

uma nova postura dos investigadores, distante da crença na unidade de discurso e na potência dos métodos até agora forjados. Do contrário, a postura que ofusca o olhar do pesquisador apenas pode levar a uma intolerância epistemológica.

As barreiras que se abatem sobre esse viés no âmbito jurídico são evidentes, parecendo estar comungadas a uma prepotência, para não dizer um auto-encantamento doentio, atrelada(o) a um saber puro e auto-suficiente. Na medida em que se propõe a transitar sob outras áreas do conhecimento, naturalmente se cultiva a esperança de tornar mais do que evidente nossas radicais limitações acadêmicas, reflexo insofismável da própria incompletude do humano.

Tais efeitos até agora demonstrados conduzem indeclinavelmente ao reino da ambivalência e da incerteza, no qual o critério de viver e agir na incerteza torna-se uma experiência básica. Daí a imperatividade de se praticar, como escreve Bachelard,<sup>16</sup> a revisão, o questionamento (como *obstáculo epistemológico*), tendo como base do conhecimento o princípio de desconfiança, onde ela passa a interessar mais pelas dúvidas do que pelas certezas que possa trazer. Diante disso, o império da ciência moderna, segura da infalibilidade de seu método, calcada sempre num futuro novo, melhor e produzido pela vontade humana, é posto em xeque. Nesse contexto, o próprio projeto de partilha feita pelos modernos (ciência-natureza; sujeito-objeto; espaço-matéria) é colocado em dúvida frente a si mesmo.

Os postulados científicos, como edifica Popper,<sup>17</sup> apenas poderão dar-se a título de ensaio, terão validade enquanto não

falsificadas por ilustrações de alguma teoria rival. Não é à toa que o autor falará de um *mundo de propensões*. A partir de uma “interpretação objetiva da teoria das probabilidades”, determina a fuga assim daquilo que denominou de *ideologia do determinismo nos assuntos humanos. Situações passadas – quer físicas, quer psicológicas, quer mistas – não determinam uma situação futura. Mais propriamente, determinam propensões inconstantes que influenciam situações futuras sem as determinar num só sentido*.<sup>18</sup>

É a própria instalação de uma *epistemologia da incerteza*, menos afeita a verdades universais imutáveis e mais pretensa a hipóteses, interpretações e conjecturas. Extrapolamos a racionalidade do universo, oriunda da ciência clássica, que trabalhava a partir de sistemas simples e organizados. Generalizamos as exceções.<sup>19</sup> É necessário aceitar uma “certa imprecisão” e uma “imprecisão certa”, não apenas nos fenômenos, mas nos conceitos.<sup>20</sup>

Desde o início do XX, a ciência contemporânea inclina-se a um modo aleatório, incerto e indeterminado. Três momentos quicá possam dar uma noção desse novo modo de se compreendê-la. De um lado, Einstein inserindo a dúvida no universo “dis-

---

*velho ideal científico da ‘episteme’ – do conhecimento absolutamente certo, demonstrável – mostrou não passar de um ‘ídolo’. A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo o enunciado científico permaneça provisório para sempre (...). A visão errônea da ciência trai a si mesma na ânsia de estar correta, pois não é a posse do conhecimento, da verdade irrefutável, que faz o homem de ciência – o que faz é a persistente e arrojada procura crítica da verdade* (pp. 305-307).

<sup>16</sup> BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

<sup>17</sup> POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972, pp. 300-314. A ciência, para o autor não é um sistema de enunciados certos ou bem estabelecidos, nem um sistema que avance continuamente em direção a um estado de finalidade. Nos seus dizeres, *nossa ciência não é conhecimento (episteme): ela jamais pode proclamar haver atingido a verdade ou um substituto da verdade, como a probabilidade (...). Não sabemos, só podemos conjecturar (...). O*

<sup>18</sup> Segue o teórico afirmando que o mundo já não é uma máquina causal – pode ser visto agora como um mundo de propensões, como um processo de possibilidades que vão se concretizando e de novas possibilidades que se revelam (...). A velha imagem do mundo como mecanismo funcionando por impulsos ou por causas mais abstractas que estão todas no passado – o passado empurrando-se e levando-nos para o futuro, o passado que passou – já não se adapta ao nosso mundo indeterminista de propensões. POPPER, Karl. **Um Mundo de Propensões**. Lisboa: Fragmentos, 1991, pp. 30-33.

<sup>19</sup> OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 328.

<sup>20</sup> MOLES, Abrahan A. **As ciências do Impreciso**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

ciplinado” – tridimensional vindo da geometria euclidiana, sempre em absoluto repouso e imutável – de Newton, tendo de outra parte a teoria quântica de Heisenberg, que descortinou completamente o ideal clássico da objetividade científica.<sup>21</sup> Já

21 Capra, em seus estudos sobre filosofia da ciência, mais especificamente quando trata da aproximação da visão do mundo da física moderna do século XX com as cosmovisões das civilizações do oriente (CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física: Um Paralelo Entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental**. São Paulo: Cultrix, 1983, p. 53-68), põe que, com o advento da física moderna, as três primeiras décadas do nosso século transformaram radicalmente todo o panorama da física. Em dois artigos em 1905, Einstein deu início a duas tendências revolucionárias do pensamento: de um lado, a teoria especial (restrita) da relatividade, doutro ponto o que viria a dar novos contornos à teoria quântica. A preocupação do professor alemão sempre foi o de encontrar um fundamento unificado para a física, ou seja, uma estrutura comum entre eletrodinâmica e mecânica. Tal construção, pois, demandava transformações drásticas nos conceitos de tempo e espaço. De acordo com a teoria especial da relatividade, o espaço não é tridimensional e o tempo não constitui entidade isolada. Ambos acham-se intimamente vinculados, formando um *continuum* quadridimensional, o “espaço-tempo”. Hawking, descrevendo brevemente a história da relatividade, coloca que Einstein subverteu o então pressuposto de que o espaço seria formado por um contínuo denominado ‘éter’. O cientista partiu do postulado de que as leis da ciência deveriam parecer as mesmas para todos os observadores em movimento livre. Em particular, todos eles deveriam medir a mesma velocidade da luz. Isso exigia o abandono da idéia que existe uma quantidade universal chamada tempo que todos os relógios mediriam. Ao contrário, cada um teria o seu tempo pessoal; dada estava a base da teoria da relatividade restrita, assim denominada por implicar que somente o movimento relativo era importante (HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. São Paulo: Mandarin, 2002. p. 03-27). Assim, tanto o espaço quanto o tempo tornaram-se meramente elementos de linguagem utilizados pelo observador particular para descrever os fenômenos verificados. A consequência mais importante disso foi a compreensão de que a massa nada mais é do que uma forma de energia, daí a famosa fórmula  $E=Mc^2$ . Em 1915, proposta estava a teoria geral da relatividade, na qual a estrutura da teoria especial é levada adiante de modo a abranger a gravidade que, segundo Einstein, possui o efeito de “curvar” espaço e tempo. Solapada estava a geometria euclidiana, permanecendo válida somente na “zona de dimensões médias”, isto é, o corpo de nossa experiência cotidiana. Assim, a verdade absoluta, se é que pode ser alcançada, apenas poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas (EINSTEIN, Albert. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 18). Na década de 20, outro impulso fantástico dado aos ditames da física foi dado por um grupo internacional de físicos, entre os quais Niels BOHR, Louis de BROGLIE, Erwin SCHRÖDINGER e Wolfgang PAULI,

hoje, Prigogine envolve a física no estudo das estruturas dissipativas e da desordem criadora afirmando o *fim das certezas*.<sup>22</sup>

Suas pesquisas em curso dispõem sobre um campo de análise inerente à física dos processos de não-equilíbrio (dissipativos), que trazem consigo conceitos novos como o de auto-organização, bem como a caracterização de um tempo unidirecional o qual confere nova significação à irreversibilidade. Demonstra, ainda, que os sistemas dinâmicos instáveis levam a uma extensão da dinâmica clássica e da física quântica. E, a partir daí, uma formulação nova das leis fundamentais da disciplina, intimamente liga-

Paul DIRAC e Werner HEISENBERG. Seus estudos puseram fim à contradição aparente entre as imagens de onda e de partícula dada à matéria e à luz que vieram pôr em questão o próprio fundamento mecanicista do mundo, isto é, o conceito de relatividade da matéria. No nível subatômico, não se pode dizer que a matéria exista com certeza em lugares definidos; diz-se, antes, que apresenta “tendência a existir”, e que os eventos atômicos não ocorrem com certeza em instantes definidos e numa direção definida, mas, sim, que apresentam “tendências a ocorrer”. Nesse ponto, uma das mais importantes leis da teoria quântica é, sem dúvida alguma, o princípio da incerteza de Heisenberg que afirma que as duas quantidades – posição da partícula e seu *momentum* (massa multiplicada pela velocidade) – jamais poderão ser medidas com precisão. Podemos obter um conhecimento preciso acerca da posição da partícula e permanecer completamente ignorantes no tocante a seu *momentum* (e, portanto, sua velocidade) ou vice-versa; ou então, podemos obter um conhecimento tosco e impreciso a respeito de ambas as quantidades. O ponto que importa assinalar é que essa limitação nada tem a ver com a imperfeição de nossas técnicas de medida. Trata-se de uma limitação inerente à realidade atômica. A teoria quântica revela uma unidade básica no universo. Mostra-nos que não podemos decompor o mundo em unidades menores dotadas de existência independente. À medida que penetramos na matéria, a natureza não nos mostra quaisquer “blocos básicos de construção” isolados. Ao contrário, há uma complexa teia de relações da parte com o todo, de maneira essencial, sempre incluindo o observador (Cf. HEISENBERG, Werner. **Física y Filosofía**. Buenos Aires: La Isla, 1959). *O observador humano constitui o elo final na cadeia de processos de observação, e as propriedades de qualquer objeto atômico só podem ser compreendidas em termos de interação do objeto com o observador. Em outras palavras, o ideal clássico de uma descrição objetiva da natureza perde sua validade. A partição cartesiana entre o ‘eu’ e o ‘mundo’, entre observador e observado, não pode ser efetuada quando lidamos com matéria atômica* (CAPRA, Fritjof. Op. cit., p. 58 e p. 111).

22 PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996.

das à questão do tempo e do determinismo, centro do pensamento ocidental desde a origem do que chamamos racionalidade.

Indubitavelmente, surge uma nova concepção do trabalho científico, afetado profundamente pela acepção do tempo do mundo totalmente incerto. *O universo tem uma história e o tempo uma flecha: é irreversível como o nosso saber e vulnerável como os nossos destinos.*<sup>23</sup> Tudo passa pela necessidade de contentarmo-nos humildemente com as revisões, ajustamentos permanentes de soluções, ou seja, num interminável processo de aprendizagem, como escreve Popper,<sup>24</sup> de onde a pretensa objetividade do científico dê lugar a várias verdades.

É nesse contexto imensamente complexo que se colhe a problemática referente ao trabalho realizado: a *violência*, como constituinte básico do campo de reflexão das ciências criminais. A contribuição para o estudo dessa temática de enorme interesse acadêmico e de aguda necessidade pública não pode ser feita senão considerando seus multifacetados aspectos biopsicossociais. O trabalho de investigação inerente ao fenômeno da violência deve contar com o conhecimento de profissionais de inúmeras áreas para que se consiga apreender suas mais diversas manifestações.

Atualmente o plano das práticas punitivas toma evidente importância e deve ser tratado com responsabilidade. Assim, diante da naturalização cultural da violência ligada ao Estado que se abate sob a complexa estrutura social, propõe o trabalho, suma, verificar as potencialidades a partir de uma instrumentalidade garantista como técnica de contenção ou limites diante da arbitrariedade do corpo estatal. O recorte proposto vai desde a elaboração dos fundamentos de limitação processual penal às irracionalidades praticadas pelas agentes estatais co-responsáveis pela perseguição penal.

Nesse processo de *perlaboração*,<sup>25</sup> sem prejuízo de outros caminhos que se pudessem apontar,<sup>26</sup> procura-se partir de um estudo profundo de algumas configurações da violência social e seus desdobramentos para, num segundo momento, lançar mão do exame da genealogia de um pensamento jurídico penal garantidor, desde uma matriz europeia crítica da dogmática jurídica. Por fim, é dessa maneira que se busca um local de fala centrado a partir do processo penal. Na mais evidente perspectiva de entrelaçar uma teoria penal crítica, violência punitiva e fundamentos de processo penal.

<sup>25</sup> Seguindo um texto de Freud sobre a técnica psicanalítica, chamado *Eeinnern, Wiederholen und Durcharbeiten* (“Repetição, Rememorização e Perlaboração” de 1914), usando as palavras de Lyotard, é que se pretende enunciar *um trabalho dedicado a pensar no que, do acontecimento e do sentido de acontecimento, nos é escondido de forma constitutiva, não apenas pelo pressuposto anterior, mas também por estas dimensões do futuro que são pro-jecto, o pro-grama, a pro-spectiva, e mesmo a pro-posição e o propósito de psicanalisar*. LYOTARD, Jean-François. **O Inumano**: considerações sobre o tempo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 35.

<sup>26</sup> No tocante ao trato com a problemática do processo penal, sabe-se da importância do caminho perseguido pelos estudos psicanalíticos. Não se ignora o alheamento comum a estes assuntos, com o qual não se consegue compreender a própria dinâmica dos institutos que permeiam o processo penal. Outro será o enfoque da pesquisa (uma de suas próprias limitações), contudo não se deixa de dividir o entendimento de que a defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado, por suposto, não está menos meramente na “lei” do que na consciência de um magistrado. Infantilidade seria ignorar que não há meio coerente de retirar-lhe a possibilidade de conduzir a decisão para o ponto que deseja. Já afirmava Carnelutti que, *primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo* (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas a ‘Verdade, Dúvida e Certeza’ de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Coord.). **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 184). Consciente está a empreitada do imenso obstáculo diante da imunização do discurso jurisdicional, desde um bom jogo de palavras (BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980). Um caminho exequível proposto, de acordo com Coutinho, seria propiciar ao magistrado o conhecimento adequado dos condicionamentos inconscientes para permitir-lhe um controle mínimo na situação de julgar (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. pp. 134-142).

<sup>23</sup> OST, François. Op. cit., p. 330.

<sup>24</sup> POPPER, Karl. **A Vida é Aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Lisboa: Edições 70, 1999.

No capítulo inicial, é o momento em que desde já se quer provocar e fundar uma certa quebra discursiva para introduzir, de um outro modo, uma contribuição peculiar que dará bem os moldes da complexidade da questão em que se está colada atualmente a violência punitiva estatal – uma incursão na problemática que perpassa transversalmente a limitação do poder de punir: a violência social cotidiana. Tal fenômeno é certamente um bom exemplo do aspecto indivisível do dado mundano. Falar de violência, questão polissêmica por excelência, requer uma reflexão muito adiante da mera questão criminal. O debate desse multifacetado elemento demanda uma contribuição biopsicossocial, ou seja, para o seu entendimento devem ser notadas suas inúmeras propriedades heterogêneas derivadas de séries múltiplas.

Faz-se necessário frisar que, Desde o princípio, o recorte feito por nosso trabalho vai ao encontro da idéia do fenômeno violência como parte estrutural da *socialidade*, conforme dirá Gauer,<sup>27</sup> sempre presente em quaisquer sociedades e épocas, ainda que os anseios modernos o intuissem controlar e extirpá-los definitivamente. O ideário de civilização que dividimos constantemente desdenhou essa dinâmica, colocando a violência à “margem da cultura”, associada a um caráter caótico – no sentido desconstrutivo do termo – negando seu caráter nuclear. Desenvolve-se um apartado mais especulativo (“caleidoscópico” talvez) na direção de traduzir os rastros de uma racionalidade totalitária, central na idéia de ciência e na figura do indivíduo, para se chegar à eliminação, via Estado, dos elementos (humanos) impuros a essa engenharia social.

No apartado intermediário, propõe-se o estudo de uma delicada reflexão acerca de dois paradigmas<sup>28</sup> inafastáveis de

qualquer discurso responsável que pretenda permear a genealogia de um pensamento jurídico-penal garantidor: o movimento reconhecido com o nome de *Uso Alternativo do Direito* (UAD) e o referencial *Garantista*. A dinâmica textual preocupa-se em abordar a problemática atinente, num primeiro momento, às próprias premissas básicas à compreensão do arcabouço principiológico e comportamental da matriz européia, de marcante característica revolucionária, sem perder de vista o diferenciado viés desenvolvido em nosso país. Parte, posteriormente, ao detalhamento da densa Teoria Garantista que, sob outras circunstâncias, tenta revitalizar uma racionalidade iluminista. Discute-se, a partir de elementos sociopolíticos intrínsecos e extrínsecos à *jurisprudência alternativa*, a correlação dos pressupostos assumidos para com o paradigma garantista de primazia dos direitos fundamentais. Não se perde de vista, no entanto, o objetivo central que vai ao encontro de levantar as forças que fizeram com que emergissem um saber garantidor hábil a contribuir na limitação do poder punitivo do Estado.

No capítulo final – não que o intuito fosse dar termos finais ao tema ou que se ambicionasse enclausurar a problemática –, é apurado o perfil processual penal do escopo da teoria garantista, limitador das violências arbitrárias do aparelho estatal judicial, entrelaçando os discursos anteriormente postos. De maneira alguma quer se dar a entender a existência de linearidade discursiva, apenas se vislumbrou, a partir de uma visão crítica da dogmática oriunda da década de sessenta-setenta (UAD), ver como algum reflexo teórico se deu no direito penal (teoria garantista) e, a partir disso, resguardar um detalhamento de seu caráter instrumental (processual). Aprofundados são, assim, os mecanismos fundamentais no processo penal de uma instru-

<sup>27</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 12.

<sup>28</sup> Ao nos depararmos com tal termo de extrema complexidade epistemológica, entendê-lo-emos a partir da égide presente de uma ‘transição paradigmática’

auferida por SANTOS, Boaventura de Sousa, fundamentalmente sua oração de sapiência proferida na abertura solene das aulas na Universidade de Coimbra no ano letivo de 1985/1986, obra clássica publicada sobre o nome de **Um discurso para as ciências**. Porto: Afrontamentos, 1987.

mentalidade garantista, onde o epicentro do arcabouço teórico tem suas virtuosidades potencializadas visando à (máxima) proteção dos direitos inalienáveis do cidadão. Traça-se um quadro geral do perfil limitador para a contenção do estilo inquisitorial que emerge no processo penal, agravado hoje em dia pela “lógica eficientista”. Seu fundamento é dado pelo estudo do conceito de garantia, nunca se perdendo de vista o agravamento contemporâneo dos regimes de exceção maximizados pelos excessos (penais) estatais. Dependeria de maior fôlego o exame individualizado sobre os princípios que gerenciam a instrumentalidade. Não obstante, todos eles têm no “descumprimento das formas processual”, desde uma visão constitucional, a pedra de toque fundamental que os encerram.

Importante perceber, enfim, o trabalho enquanto arco de possibilidades, que apenas ambiciona firmar algumas posições e delinear inúmeros questionamentos. Um horizonte sempre relativo, entretanto sem cair em estereótipos “relativismos”; que, sobretudo, contribua à temática acerca do Estado, violência do poder punitivo e crítica processual penal.

## Capítulo 1

### Violências: Entre o Drama Moderno e o Alvorecer Trágico

Antes que se dedique à elaboração do apanhado que propõe os contornos genealógicos de um pensamento jurídico-penal garantidor, o foco deve ser direcionado a questão estrutural: a complexa problemática da violência, dado fundante do trato social e sua enorme carga simbólica. Tema sobre o qual deve girar toda e qualquer empreitada que se quer responsável quando tratar de sistema penal e seus desdobramentos.

#### 1.1. No rastro de uma modernidade totalitária

##### 1.1.1. A pureza como tarefa

A humanidade vem passando desde tempos imemoriais por um processo de desenvolvimento cultural. (todavia outros preferem chamar-lhe um processo de civilização). A esse processo devemos o melhor em que nos convertemos e uma boa parte daquilo que padecemos.<sup>1</sup> Para explicar tais afirmações que

<sup>1</sup> FREUD, Sigmund. **Porque a Guerra?** Rio de Janeiro: Imago, 1972, vol. XXII. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, p. 257-258. Nesta carta, Freud tentava responder à pergunta de Albert Einstein: *existe alguma forma de livrar a humanidade da ameaça da guerra?* Para além, o físico questionava se, frente ao desejo de ódio e destruição, o homem conseguiria controlar-se à prova dessas psicoses. Importante ainda frisar a ácida crítica feita por Einstein à *Intelligentzia, mais inclinada a ceder a essas desastrosas sugestões coletivas* (p. 244), vez que o intelectual não tem contato direto com o lado rude da vida, mas a encontra em sua forma sintética mais fácil. Como resposta, o criador da psicanálise referia inicialmente a sinonímia entre poder e violência, onde

fizera nessa carta a Einstein, Freud desenvolvera seu mais importante estudo sobre a sociedade originalmente intitulado *Das Unbehagen in der Kultur*,<sup>2</sup> onde fundamentalmente pretendia abordar a história da modernidade. Mais ainda, abordar o sentimento de desconforto que pairava no homem ao ter abdicado, na “civilização moderna” (expressão redundante, como

---

o Estado, unidade emocional maior, através dos governantes, faz as leis e deixa pouco espaço para aqueles que estão em posição de sujeição. (Re)afirmava a existência de *eros* e *tanatos*, nenhum menos essencial do que o outro e de difícil separação. Ainda que pregasse a subordinação dos impulsos à razão – homem de seu tempo que era – em contrapartida, Freud lembrava que *não há maneira de tentar eliminar os impulsos agressivos; pode-se tentar desviá-los num grau tal que não necessitem encontrar expressão na guerra* (p. 255).

- 2 Ainda que façamos uso da *Edição Standard Brasileira*, pois em nada prejudica os anseios do trabalho, importante frisar que as traduções inglesas da obra de Freud (*Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*) são seriamente defeituosas em importantes aspectos e têm levado à formulação de conclusões errôneas, não só a respeito do autor, mas no que se refere a seus posicionamentos sobre a psicanálise e a sociedade. Na esteira de BETTELHEIM, Bruno. **Freud e a Alma Humana**. São Paulo: Editora Cultrix, 1989, as incorreções são transportadas para a edição brasileira das obras completas olvidando profundamente a pessoa preocupada com a inteireza do ser humano que Freud era. Sua maior preocupação dizia respeito ao íntimo do homem (*psique=alma*; face-ta escamoteada pela vertente da psicologia behaviorista), ao qual se referiu com bastante frequência através de uma metáfora – a alma do homem – porque a palavra “alma” evoca inúmeras conotações emocionais. Apelos diretos à humanidade comum se apresentaram aos leitores ingleses como enunciados abstratos, despersonalizados, teóricos – em suma, científicos. *O maior defeito das versões inglesas correntes de suas obras reside justamente no fato de não nos darem sequer o mais leve indício dessa preocupação* (p. 11). Sobre o texto em questão – *Civilization and Its Discontents* – os problemas iniciam pelo título. *Kultur* (as humanidades) e *Zivilisation* (realizações materiais e tecnológicas) são expressões completamente diferentes e assim o eram para o autor – frise-se a parte anteriormente citada da carta a Einstein. *In*, preposição alemã, significa algo como “inerente na” e jamais um disjuntivo *and*. *Unbehagen* implica certo mal-estar, desconforto e não um “decontentamento”. Três erros de tradução que poderiam ser facilmente evitados, o que não levaria uma tradução inglesa que carregasse a idéia pueril e narcisista de que poderia ter uma civilização sem descontentes. O autor, enfim, demonstra que esse mal-estar, essa sensação de desconforto, é o preço que devemos pagar pela fruição de todas as grandes vantagens que derivam de nossa cultura. Freud, assim, elucida as válidas razões psicológicas pelas quais a cultura não pode se separar desse mal-estar.

ele frisou), de infinitas possibilidades em favor de migalhas de segurança. Sobrevalorizando pulsões de beleza, limpeza e, sobretudo, *ordem*, tolhemos nossa própria espontaneidade em função de uma espécie de compulsão a ser repetida. Compulsão que, ao se estabelecer como um regulamento definitivo, decide como e quando uma coisa será efetuada, e isso de tal maneira que, em todas as circunstâncias semelhantes, a hesitação e a indecisão nos são poupadas.<sup>3</sup>

Já de outrora que se avizinhava a percepção, pouco internalizada até hoje, que somos fruto também de um extinto inegável e eterno de destruição com o qual, por certo, devemos lidar<sup>4</sup>. Contudo, antes, nas palavras de Gauer, necessário admitir e verificar como ele participa da dinâmica societária, por mais conflitual e paradoxal que apareça.<sup>5</sup>

Nas estruturas antropológicas do imaginário, doutra forma analisadas por Durand,<sup>6</sup> aparecem os símbolos nictomórficos;

- 
- 3 Em FREUD, Sigmund. **Mal-Estar na Civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1972, vol. XXII. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, p. 113, escreve antes o autor que aquilo que chamamos de nossa civilização é a grande responsável por nossa desgraça, e seríamos muito felizes, segundo Freud, se a abandonássemos e retornássemos às condições primitivas (p. 105). Argumenta isso a partir da análise do progresso extraordinário que não aumentou a quantidade de satisfação prazerosa que poderíamos esperar da vida, reconhecendo que *o poder sobre a natureza não constitui a única pré-condição da felicidade humana, assim como não é o único objeto de esforço cultural* (p. 107). O homem como um “*Deus de prótese*” (p. 111) construiu o preconceito de que a civilização é sinônimo de aperfeiçoamento, ou seja, uma caminho para perfeição.
- 4 Recordo minha própria atitude defensiva quando a idéia de um instinto de destruição surgiu pela primeira vez na literatura psicanalítica, e quanto tempo levou até que eu me tornasse receptivo a ela. Que outros tenham demonstrado, e ainda demonstrem, a mesma atitude de rejeição, surpreende-me menos, pois ‘as crianças não gostam’ quando se fala na inata inclinação humana para a ‘ruidade’, a agressividade e a destrutividade, e também para a crueldade. Deus nos criou a imagem de Sua própria perfeição; ninguém deseja que lhe lembrem como é difícil reconciliar a inegável existência do mal (...) com o Seu poder e a Sua bondade. FREUD, Sigmund. **Mal-Estar na...**, p. 142.
- 5 GAUER, Ruth Maria Chittó. **Alguns Aspectos da Fenomenologia...**, p. 20.
- 6 Segue referindo que as trevas noturnas constituem o primeiro símbolo do tempo, e entre quase todos os primitivos como entre os indo-europeus ou semi-



frisa ele pontualmente que, no folclore, a hora do fim do dia, ou a meia-noite sinistra, deixa numerosas marcas terrificantes: é a hora em que os animais maléficos e os monstros infernais apoderam-se dos corpos e das almas. Essa imaginação das trevas nefastas parece ser um dado fundamental, opondo-se à imaginação da luz e do dia.

Mesmo Foucault, sobre os anos primeiros de uma era moderna, aludia sobre as *naus de loucos* as quais representavam a mais obscura desordem e deviam ser jogadas ao mar (*stultifera navis*). A água, nesse contexto, desempenha um papel simbólico fantástico, visto que mais do que levar deste mundo, exercia uma função mais profunda: a de purificação.<sup>7</sup>

A *pureza*, assim, torna-se a mais cristalina visão da ordem, ou seja, de uma situação em que cada coisa deve-se encontrar em seu justo lugar e em nenhum outro mais. Não se esqueça, desde já, que não podemos distinguir naturalmente se algo é puro ou não (ou está ordeiramente posto), apenas a ação humana é que o determinará. Nos exemplos escritos por Bauman dos “sapatos na mesa de refeições” ou mesmo da “omelete sobre o travesseiro”, percebe-se isso facilmente. O sujo, pois, é aquilo “fora do lugar”; entretanto o perverso se dá quando ‘alguém’ é re-presentado como ‘algo’ e passa a não ter “lugar certo” em nenhuma colocação, são concebidos como obstáculos para o “bem” do ambiente, sendo necessário livrar-se deles de uma vez por todas.<sup>8</sup>

tas ‘conta-se o tempo por noites e não por dias’. As nossas festas noturnas, o S. João, o Natal e a Páscoa, seriam a sobrevivência dos primitivos calendário noturnos. A noite negra aparece assim como a própria substância do tempo. DURAND, Gilbert. **As Estruturas Antropológicas do Imaginário**: introdução à arquetipologia geral. São Paulo: Martins Fontes: 1997, pp. 91-92.

7 O retrato dos insanos passageiros da Nau, segundo o autor: são avaros, os delatores, os bêbados. Enfim, aqueles que se entregam à desordem e à devassidão; os que interpretam mal as escrituras, os que praticam adultério (...) em suma, tudo o que o próprio homem pôde inventar como irregularidades de conduta. FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**: na idade clássica. São Paulo: Perspectiva, 2004, pp. 12 e p. 25.

8 BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 14.

Tal interesse pela pureza, fruto de uma compulsão higienista, posta na modernidade como uma atividade articuladamente consciente e intencional – como tarefa – insere-se numa lógica de estabilizar nossos atos sobre parâmetros regulares, “em ordem”, um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso. Os ideais utópicos que impulsionaram a modernidade de um mundo perfeitamente concatenado, nada fora do lugar, onde uma sabedoria de hoje aprendida permaneceria sábia amanhã, são, enfim, os pilares básicos de uma existência sem estranhos. Assim, os estranhos nada mais poderiam ser encarados como uma etapa, uma realidade “pré-histórica” da ordem ainda por vir.

Os tempos ditos modernos,<sup>9</sup> por certo, configuram-se uma implacável aposta no extermínio da ambivalência, ou seja, a tentativa de supressão talvez do maior sintoma contemporâneo que é a desordem. Tal sintoma, entendido como a possibilidade de conferir a um evento mais de uma categoria,<sup>10</sup> gera um enorme desconforto ao se tentar ler adequadamente uma situação e nos vemos incapazes disso, em virtude de nossos padrões estabelecidos.

A idéia cartesiana, classificatória e fundadora da causalidade que insiste em permear o pensamento, já não encontra resguardo atual. Não se consegue mais simplesmente esquecer o acaso, a contingência, em nome da certeza. Essa perda de controle apenas deixa emergir um gigantesco foco de violência operado no ato de exclusão; atitude que requer um suporte de poder coercitivo, o qual o saber penal ao longo do tempo procurou dar conta.

Um dos traços determinantes da modernidade é a luta desenfreada contra a ambigüidade, da clareza contra o obscuro; algo que definitivamente deve ser reprimido e contido, sobre-

9 Conferir nota nº 02.

10 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 09.

tudo em vista de se considerar a incerteza a mais fecunda fonte de todo o medo. Nesse contexto, O caos – este “outro da ordem” – só pode constituir pura negatividade, a essência do mal. Podemos dizer que a existência é moderna na medida em que é produzida e sustentada pelo “projeto”.<sup>11</sup> É a prática moderna que abomina a vacuidade, em virtude de sua permanente marcha obsessiva pela saga do gozo absoluto.

A lógica separatória, reflexo do ideário dicotomizante, gesta assim um asco pela mistura, pelo híbrido, pelo impuro. E ainda que se aceite o “segundo membro” – quer dizer, “o mal daquilo que é bom” –, fazemos de forma subordinada, jamais de maneira equivalente. *O segundo lado depende do primeiro para seu planejado e forçado isolamento. O primeiro depende do segundo para a sua auto-afirmação.* Enfim, se a modernidade diz respeito à produção da ordem, então *a ambivalência é o refugio da modernidade.*<sup>12</sup>

### 1.1.2. “Cientismo-messianismo” e a “desnaturação” do indivíduo

O *otimismo prometico* do ‘homem moderno’ (expressão pleonástica por excelência), provindo principalmente do século XVIII, lido como pretensão de evolução total, centrou-se no binômio previdência-providência, isto é, na (in)capacidade *para intuir o passado, compreender o presente e prognosticar o sentido do futuro.*<sup>13</sup>

Tudo isso alimenta – e é alimentado por – uma concepção de história como processo com ínsito fim, onde há um “motor” (“sujeito”) que a impulsiona para a perfectibilidade infinita de

progresso. A crise hoje tanto alardeada muito tem a haver com esta imposição de inteligibilidade universal. A fragmentação produto da ruptura das ideologias e a falência da emancipação, via razão, é que coloca o nosso ocidentalismo entre parênteses e deflagra a própria relativização de nossas questões.

Catroga<sup>14</sup> refere que, diferentemente de uma aceção ‘-estacionária’ de tempo histórico, onde passado e futuro são indiferentes, e mesmo de um modelo ‘cíclico’ em que o futuro será mais ou menos semelhante ao acontecido, nossa forma de pensar reinante é expressão linear de história, desenhada pela progressão para um futuro perfeito.

Importante papel desempenhou o cristianismo para a perpetuação desse viés historicizante. Diante do distanciamento entre Deus e homem, prega-se a promessa de salvação, fundamento (nem tão oculto) da idéia mesma de ciência moderna. Rompe-se, então, a visão cíclica respaldada pelos fenômenos da natureza, na medida em que se cria a figura do homem cristão de cariz providencialista. A ordenação por “eras”, “períodos”, derivada de um tempo cronológico deu vazão a uma melhor orientação frente ao objeto estudado; contribuiu, por outro lado, para uma generalização e unificação do que se apreendia. Foi através disso que ganhou força de indestrutibilidade a aceitação da causalidade para explicar a ordem do tempo (a?b?c). Fértil está o terreno para o pensamento utópico que, não raro, posto a serviço de ideais emancipadores, recai em conseqüências totalitárias.

O modelo de inteligibilidade que pretendeu cientificar a sociedade constitui ainda hoje forte ideologia na contínua defesa da idéia unicitária de ciência. Na esteira ainda do professor português,<sup>15</sup> o *cientismo* é um termo aplicável às doutrinas e práticas sociais que dão à ciência uma autoridade que ultrapassa

<sup>11</sup> Este sentido do dever está no núcleo daquilo que entendemos por modernismo ou “espírito moderno”. BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Vol. I (séculos XVII e XVIII), p. 38.

<sup>12</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*..., p. 23.

<sup>13</sup> CATROGA, Fernando. *Caminhos do Fim da História*. Lisboa: Quarteto, 2004. p.11.

<sup>14</sup> CATROGA, Fernando. Op. cit., pp. 17-36.

<sup>15</sup> Idem, p. 119.

sa o seu âmbito legítimo. Esse saber aplicado a um universo que obedece a leis estáveis progredirá até a solução de todos os problemas. Importantíssimo aspecto a se desvendar é que, com sua atitude homogeneizadora e generalizante, acaba-se olvidando linguagens outras e legitimando como científicos os seus preconceitos e pressupostos ideológicos. Enfim, a ideologia que ela invoca – perfectibilidade do homem, inteligibilidade do devir histórico e capacidade prognóstica da razão – coincide como seu próprio crédito, na mais completa circularidade. Insinuam-se algumas verdades antes das próprias ciências, eliminando-se as diversas visões sobre a complexidade mundana. Petrifica-se o poder da ciência e a ciência como poder.

A entificação da ciência anunciava-se por sua máscara melhor acabada que é o progresso, um acordo bem acabado entre acumulação, evolução e desenvolvimento. Numa eterna luta contra a natureza, a ciência tornou-se atualmente a resposta para tudo que nos aflige: a salvação do nosso tempo. A promessa do *cogito* alça a todo momento os próprios cientistas à categoria de “Santos”, prontos a preencher os buracos negros de nossa ignorância.

É a mais clara descrição de Benjamim acerca do ‘anjo da história’, feita a partir do quadro de Klee intitulado “Angelus Novus”: mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Esta tempestade é que chamamos progresso.<sup>16</sup>

Não esquecendo qualquer outro recorte que possa ser feito, a estruturação do pensamento moderno esteve indissociavelmente ligada ao pensamento de Galileu, que abalou definitiva-

mente o suporte medieval de concepção de mundo baseado na pura revelação divina. Era posta, assim, a viga mestra para a aceitação de uma “nova verdade” – conjuntamente às posteriores correntes empiristas baconianas e racionalistas cartesianas –, agora fundada desde a “Deusa-Razão”. Uma então visão holística (onde o todo é algo mais do que a soma das partes) calcada na contemplação como exercício de sapiência é superada em função da criação de um novo homem (o indivíduo) agora capaz de produzir por si, através da técnica, sua felicidade e emancipação.

A ruptura é evidente ao ponto de eliminar o pensamento teocêntrico e nascer a possibilidade do homem intervir na natureza e transformá-la. É, nesse sentido, o heliocentrismo galilaeico contestador da religião e, mais tarde, o modelo newtoniano que darão um discurso hábil a construir a gênese da ciência (crença) moderna. Ultrapassa-se o ideário de um universo estático e fechado para o nascimento de um mundo aberto, portanto infinito, rompedor da identificação entre fé e razão.

Não será por outro motivo que Gauer<sup>17</sup> irá arriscar dizendo que, com a supressão da hierarquia (heterogeneização céu-inferno) e a homogeneização dos espaços, Galileu acabou por plantar a semente do ideal democrático, uma vez que todos os lugares agora se equivaleriam. E mais, na medida em que o respeito ao valor é posto de lado – agora se questiona o “como” fazer, não mais o “porque” deve ser feito (reina o elemento quantitativo) –, apenas as causas eficientes são utilizadas como explicações científicas.

É Dumont que atrelará o modelo de movimento retilíneo uniforme de Galileu ao paradigma da igualdade, princípio este que dá os contornos para a ideologia (entendida como sistema de idéias e valores que tem curso num dado meio social<sup>18</sup>)

16 BENJAMIM, Walter. Sobre o conceito da história. In: \_\_\_\_\_. **Magia e Técnica, arte e política**: Ensaios sobre literatura e história da cultura. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. Obras Escolhidas, vol. 1, p. 226.

17 GAUER, Ruth Maria Chittó. **A construção do Estado-nação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 106.

18 DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 20.

moderna individualista que valoriza a relação dos homens com as coisas em detrimento da convivência entre si. Assim o indivíduo é retratado como traço fundamental da sociedade moderna agora vista como totalidade. Enfim, com a revolução científica do século XVI, frise-se, o campo do saber é posto em relevo, útil no momento para trazer o progresso e a emancipação para a humanidade.

Quando se centra a análise na concepção de *indivíduo* moderno, nascedouro da idéia de Estado-nação e por consequência de Direito Moderno, torna-se necessário precisar alguns aspectos. Primeiro, como se depreende, deve qualquer impulso pensante se descolar da idéia naturalizante do indivíduo, ou seja, como algo universalmente dado e que não parece ter nenhuma associação com valores de determinado período histórico. Quer dizer, esse conceito não é um mero resultado empírico de propriedades biopsicológicas, e sim um caso particular – moderno e ocidental – da noção de pessoa. O homem renascentista impôs-se incondicionalmente fazendo surgir uma unidade abstrata niveladora, onde desaparecem os traços pessoais, e que impossibilita o desenvolvimento da singularidade própria.<sup>19</sup>

Dessa forma que Dumont, seguindo os passos de Mauss e Levi-Strauss, põe o princípio de relação indivíduo/sociedade a partir do desdobramento igualdade/hierarquia, onde tais sistemas de valores repercutem diretamente na configuração da sociedade. O ocidente fundou-se na primazia da identidade frente à alteridade, resultando em nossa visão de sociedade como a soma de partes autônomas. O autor, a partir de matizes antropológicas, pretende entender o individualismo como fenômeno único no Ocidente, onde houve uma “inversão hierárquica”, cuja figura tornou-se o centro de todos os valores.

<sup>19</sup> SIMMEL, Georg. O Indivíduo e a Liberdade. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (org.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 109 e p. 112.

Ele sugere que as raízes do individualismo alojam-se na tradição judaico-cristã. Uma espécie de “proto-indivíduo” aparece em oposição à sociedade holista medieval – no entanto em complemento a ela – sob a forma de *indivíduo-fora-do-mundo*, já que o homem é um *indivíduo-em-relação-com-Deus* (valor eterno da alma em relação filial com o Criador) na contraposição ao valor colocado no “todo” social. Há uma desvalorização clara do mundo tal como existe, na medida em que se subordina o holismo da vida social ao *indivíduo-fora-do-mundo* (pessoa como indivíduo para Cristo). Desse ponto, o que acontecerá na história é que a vida mundana será contaminada pelo extramundano, até que finalmente a heterogeneidade seja simplesmente dissipada por completo e, desaparecido o holismo, haja então a conversão para o moderno *indivíduo-no-mundo*.<sup>20</sup>

Nesse viés de transformação, sob o ponto institucional, o papel da Igreja foi fundamental. É a partir dessa combinação dos reinos europeus com Ela – a conversão ao cristianismo do imperador Constantino no início do IV – é que se propugna uma identificação sociedade e Estado. O Estado estaria para a Igreja assim como a terra estaria para o céu. A imbricação posta aproximava a Igreja do “mundo” enquanto o Estado dava um passo fora dele, ou seja, instaurava-se uma relação de complementaridade hierárquica: a Igreja está para o Império nos negócios do mundo assim como o Império está para a Igreja nos assuntos divinos.

Todavia, com o passar do tempo (nos XVIII), foi percebida uma mudança de eixo com o acirramento das relações, ao ponto de o “divino” por opção histórica pretender reinar sobre o mundo através da Igreja, tornando-a mundana como nunca antes. O fundamental é perceber que isso contribuirá sobremaneira para a emersão de uma entidade portadora de valores absolutos: tal é o Estado moderno uma instituição que acabou

<sup>20</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo...**, pp. 35-45.

por encarnar os mesmos valores que o cristianismo reservara até então para a sua Igreja.<sup>21</sup>

Outro prisma destacado por Dumont é a reforma empreendida por Calvino sobre Lutero que daria traços bem definidos ao jogo conceitual indivíduo-Igreja-mundo. É o campo em que o indivíduo reina agora sem restrições, está “definitivamente” no mundo. A extramundaneidade agora convertida em vontade do indivíduo (Deus é ‘vontade’ no calvinismo) contribuiu ainda mais para explicitar a continuidade da relação do *indivíduo-fora-do-mundo* com o *indivíduo-no-mundo* da modernidade. *Com Calvino, a Igreja, englobando o Estado, desapareceu como instituição holística.*<sup>22</sup>

Uma outra etapa então deve ser revista, segundo o autor, para que se complete a formação do indivíduo como ser moral, independente, autônomo e não social. O autor põe Occan como um dos arautos da constituição do individualismo, na medida em que funda o subjetivismo e o positivismo jurídico e afasta a idéia de comunidade em função da liberdade do indivíduo.<sup>23</sup>

Já o Direito natural é outro item que deve ser trazido à baila. Foram dele extraídos os princípios da vida social e política, basilares ao Estado democrático moderno. A visão do Direito Natural que iguala a todos nos fez capaz de pensar a (im)possibilidade do direito moderno, cujas bases permitem anular as diferenças e, assim, criar o indivíduo moderno.<sup>24</sup> Esse estado de natureza “lógico” que se está a falar é oriundo, portanto, de indivíduos que bastam a si mesmos, não seres sociais, mas homens feitos à imagem de Deus e dotados de razão. Os Estados-individuais são assim compostos pela *societas*, que evoca o

sentido ao qual os indivíduos se associaram numa sociedade (a sociedade concebida como a soma dos indivíduos).<sup>25</sup>

Posto estava o dilema das teorias do direito natural ou do contrato: estabelecer um convívio entre as idéias de um Estado ideal a partir do isolamento do indivíduo “natural”. A idéia do contrato – ponto de origem do Estado –, seja social (de associação) ou político (de sujeição) que os filósofos reduziram a um só, conseguiu afastar a *universitas* e, com o predomínio do individualismo, substituindo-a pelo jurídico (porque não dizer mais tarde pelo econômico).<sup>26</sup> Pode-se dizer que as três grandes filosofias do contrato (tanto Hobbes, Locke ou Rousseau) tiveram a ambição de concatenar individualismo e autoridade; conciliar, sobretudo, a igualdade com a diferença de poder. Enfim, não será à toa que mais tarde se terá de embutir juntamente às idéias de igualdade e liberdade, subentendidas no individualismo, um terceiro termo compositor: a fraternidade.<sup>27</sup>

Mesmo estando a fonte de inspiração nos puritanos da América, o apogeu do individualismo deu-se com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789. Conforme dirá Condorcet,<sup>28</sup> destacado membro da comissão encarregada de preparar a constituição republicana de 1793, a distinção entre as duas constituições (a americana e a francesa) era que esta reconhece a igualdade de direitos como único e supremo princípio, razão de

<sup>21</sup> Idem, p. 53-62.

<sup>22</sup> DUMONT, Louis. *O individualismo...*, p. 70.

<sup>23</sup> Idem, p. 79.

<sup>24</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. A Influência da Universidade de Coimbra no Moderno Pensamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre: ESMP, v. 40, p. 30, jan/jun, 1998.

<sup>25</sup> Dumont refere que a palavra *universitas* conviria melhor para designar “o todo”, ao invés de “sociedade” – termo herdado do direito natural moderno –, ao seu ponto de vista oposto, *segundo o qual a sociedade, com suas instituições, valores, conceitos, língua, é sociologicamente primeira em relação a seus membros particulares, que se tornam homens pela educação e a adaptação a uma sociedade determinada.* DUMONT, Louis. *O individualismo...*, p. 88.

<sup>26</sup> Diz-se isso tendo em vista um outro momento tratado Dumont – amplamente questionável – em que para ele há uma emancipação da esfera econômica frente às demais esferas sociais, viés que também desempenha um papel central na ideologia moderna. Cf. *Homo Aequalis*: gênese e plenitude da ideologia econômica. Bauru: EDUSC, 2000.

<sup>27</sup> SIMMEL, Georg. *O Indivíduo e a Liberdade...*, p. 113.

<sup>28</sup> Apud DUMONT, Louis. *O individualismo...*, p. 112.

sua superioridade. Seu intuito era estabelecer uma constituição “pura”, precisa e perfeita, semeadora de uma ordem social sem obscuridades, ou seja, uma evidente ambição de planificação da vida social.

Nessa perspectiva, interessa destacar Tocqueville<sup>29</sup> que verificava o caráter religioso, já colocado aqui, da revolução francesa (ajudada ainda pelos puritanos do novo mundo na formulação dos direitos abstratos), enquanto movimento que se considerava absoluto, universal e (re)fundador da vida humana. Verificava o autor em 1835 – como faziam em grande parte os pensadores franceses da primeira metade dos XVIII, ao ressaltarem uma retomada holista do pensamento explicando que a sociedade não é redutível a uma construção artificial individual – a operar um estudo entre a política e o contexto social geral (idéias e valores), que um sistema político só é viável se forem cumpridas determinadas condições, jamais devendo o domínio público absorver o da religião. Daí que fará sua análise da *irresistível revolução democrática* desde a igualdade de condições como ponto central das observações: *as instituições democráticas despertam e estimulam a paixão da igualdade sem nunca poder satisfazê-las por completo*.

O importante até aqui é intuir que a partir da concepção de natureza – pedra de toque do século XVIII<sup>30</sup> – deduziram-se novos critérios de excelência, princípios e leis (meras demonstrações causais de fenômenos demonstráveis). Como a política era ramo da ciência do homem e insistia-se em se aplicar méto-

dos científicos aos estudos sociais (“sistemas de natureza” estáticos de raiz newtoniana), a partir de um ponto de partida do individualismo e do voluntarismo do direito natural, moldou-se a necessidade “natural” do Estado, espaço que possui a função de manter a segurança pública e a felicidade de todos; portanto nasce o tutor da sociedade. Hoje parece totalmente impossível tentar descolar os Estados individuais do quadro de referência como unidade social de sobrevivência.

Não é por acaso que possuímos hoje o entendimento de associarmos como simples opostos indivíduo e sociedade. Não conseguimos passar do conceito de sociedade, já dito, como mera entidade de cumulação de muitas pessoas individuais, um objeto além dos indivíduos – *um ‘eu’ destituído de um ‘nós’*, largamente representado pelo *‘cogito ergo sum’* de Descartes.<sup>31</sup>

Importante é desnaturar que essa antítese cartesiana de uma primazia da *identidade-eu*, em contraposição à *identidade-nós*, deu-se em todas as épocas e línguas. Conforme aduz Elias,<sup>32</sup> na antiguidade romana talvez a palavra *‘persona’* pudesse trazer o conceito à cabeça, todavia jamais com o grau de generalidade e síntese modernas, já que era usada restritamente para designar as máscaras dos atores através das quais prefeririam suas falas. Sem dúvida, não havia necessidade de um significante tão abrangente e universal que desse a idéia de que toda pessoa independente do grupo era algo atomizado. Já o termo *‘individuum’*, utilizado no medievo no campo da lógica

29 Acima de tudo um liberal aristocrata, entretanto sincero adepto da democracia que, ficando impressionado com o desenvolvimento da democracia na França, foi à América fazer um estudo sociológico comparativo, daí extraindo conclusões quanto ao seu próprio país. As observações feitas aqui tiveram como base os textos selecionados e apresentados por PIERRE, Gibert. **Igualdade Social e Liberdade Política – Uma introdução à Obra de Alexis de Tocqueville**. São Paulo: Nerman, s.d. p. 19-63.

30 BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**. Vol. I (séculos XVII e XVIII), p. 227.

31 ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 09.

32 Idem, p. 130-190. O autor irá assinalar a necessidade de afirmarmos o que chamou de ‘humanidade’ como ulterior unidade de sobrevivência global – longe de categorias idealistas, e umbilicalmente atreladas ao conceito de direitos humanos – como o maior nível de integração, local em que se deve afirmar a idéia de imposição de limites à onipotência do Estado em seu tratamento com o cidadão. Por implicar uma nova posição do indivíduo frente à sociedade, afirmam-se direitos que nem mesmo o Estado pode negar-lhe. Para isso, cf. ELIAS, Norbert. **Humana Conditio**: Consideraciones en torno a la evolución de la humanidad. Barcelona: Península, 1988.

formal, era aplicado a todas as espécies e denotava o “caso singular”, algo profundamente indefinido e vago, ou seja, completamente diferente do fixado a partir do XVII.

É na moderna configuração estatal que a função de eliminação das diferenças entre as pessoas torna-se latente. O indivíduo é despojado de sua personalidade, entendida como ‘-*habitus*’, que constitui o solo em que brotam as características que o diferencia dos demais membros da composição social. A dupla função dos Estados nacionais contemporâneos é posta, por um lado, em tentar resguardar uma segurança duradoura, contudo, por outro viés, representam ser continuamente mais competentes como unidades efetivas de aniquilação.

### 1.1.3. Violência totalitária: o holocausto sem parênteses

O projeto de conquista da *episteme* moderna facilmente se frutifica de uma raiz judaico-cristã secularizada, capitaneado por um otimismo antropológico da modernidade. O processo de divinização do homem é diretamente posto, nas palavras de Catroga, a partir de uma religiosidade que separou o Criador do mundo criado, aceitou uma ordem implícita do universo e definiu o homem à semelhança de Deus. Agora apontado para o futuro, o sujeito racionalmente autônomo pode construir seu próprio destino. Há um princípio que orienta toda essa dinâmica: *a postura do princípio da inteligibilidade do real, da perfectibilidade e da universalização da idéia de progresso, metas alcançáveis desde que mediadas por uma ‘práxis’ racionalmente orientada*.<sup>33</sup> Fácil, assim, ficamos convencidos em face de nossa razão prognóstica da superioridade frente aos saberes tradicionais, impondo-se uma valorização exacerbada da idéia de futuro. A humanidade, jungida no novo Deus, apta, através do saber-fazer, a trazer “o reino dos céus” ao nosso convívio.

<sup>33</sup> CATROGA, Fernando. Op. cit., pp. 52-57.

Talvez não haja confiança mais simplista do que aquela devoção no progresso global ilimitado, criada e solidificada em várias utopias sociais dos séculos XVIII e XIX. Paradoxalmente, o que se consegue ver com clareza é o crescimento do que Maffesoli chama de uma sociedade de controle e dominação.<sup>34</sup>

Não é raro deixar de lado o caráter mágico-religioso quando o intuito é fazer uma sociogênese do progresso. Daí a importância de Vico, anacrônico a seu tempo, ao assinalar o fundo historicista da experiência judaico-cristã de tempo. Foi o contraponto ao universalismo do método físico-matemático cartesiano, defendendo a necessidade de aferição da singularidade de cada período histórico.<sup>35</sup> Antecipando até mesmo Nietzsche, quando explorará o caráter teológico das nascentes filosofias da história modernas,<sup>36</sup> que pretendia com suas narrativas hierarquizar e primordialmente demonstrar que o presente seria qualitativamente superior ao passado, numa clara nostalgia pelo porvir.

As potências naturais foram mobilizadas – racionalizadas – em seu proveito num discurso que ressoa como um catecismo leigo<sup>37</sup> e acaba por tornar-se a ideologia dominante no século XIX. Colada a uma visão linear de história, o progresso está lá para engendrar a felicidade (quicá utilidade), aniquilando qualquer outra estrutura que “teime” em possuir outra temporalidade que atravanque o seu caminho.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> MAFFESOLI, Michel. *Lógica de Dominação*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

<sup>35</sup> FIKER, Raul. *Vico, o precursor*. São Paulo: Moderna, 1994.

<sup>36</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Considerações Extemporâneas*: Da utilidade e desvantagem da história para a vida. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Obras Incompletas, pp. 58-70.

<sup>37</sup> MAFFESOLI, Michel. *Violência Totalitária*: ensaio de antropologia política. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 155.

<sup>38</sup> Importante assinalar que desta religião um dos devotos máximos – desnecessário chegar a Gramsci – é o próprio marxismo, crente até as últimas conseqüências na aplicação da razão para a construção da futura sociedade comunista. A sociedade comunista, chegada à maturidade pela mediação do socialismo, nada mais é, pois, do que a sociedade economista perfeita e sem rebarbas.

Maffessoli reconhece que o progresso representa de certa maneira bastante evidente o triunfo do espírito sobre a natureza, a ditadura do espírito que espera – “com auxílio da razão” – realizar as transformações totais.<sup>39</sup> O nome do “Deus” mudou, porém a invocação é a mesma. A razão refaz a construção do cosmos, numa prodigiosa concatenação entre providência e providência. Achataram-se as relações e perdeu-se o “húmus” do homem frente à ambição objetiva de reduzir a “barbárie”. A eficácia ao quadrado, calcada na segurança tripartida no altar da razão – evidência, objetividade e universalidade – nem perto passa por uma ação autocrítica e se, na tradição ocidental, Deus está morto, é precisamente por haver matado todos os demais deuses.<sup>40</sup>

Assim, é ao longo do processo de individualização que uma organização abstrata e, no sentido simples do termo – totalitária – de controle social, impõe-se pela planificação e repressão cotidiana, sobretudo por uma “doutrina de assepsia da existência”. Inscreve-se uma volúpia de purificação social onde o progresso é sobremaneira do indivíduo e, num movimento inelutável, o do seu corolário, o Estado. O próprio desenvolvimento integral desembocando na reificação do Estado plasmada no *fantasma* do *Grande Inquisidor*.<sup>41</sup>

É, sim, a função primordial do Estado jungir-se como a Igreja em depositário da fé, com a transmissão de dogmas e prescrições de verdade. As contingências e as contradições devem ser expurgadas, visto que é só o puritanismo racionalista que poderá conduzir o homem à redenção, senhor de si e da natureza, que viverá na quietude e na felicidade perfeitas.

O Estado-tutor presume estar subsidiado por sábios, fiadores das diversas formas de totalitarismo e mestres científicos.

<sup>39</sup> MAFFESOLI, Michel. *Violência Totalitária...*, p. 191.

<sup>40</sup> Idem, p. 219.

<sup>41</sup> Idem, p. 242.

Com efeito, é a ciência com sua forma de generalizar o mundo e metê-lo em fórmulas que acaba por negar quaisquer aspectos não lógicos, taxados que são de primitivos e indignos de uma sociedade evoluída. Em termos escancarados, sem maiores rodeios, lê-se nas entrelinhas: abaixo aos poetas e sonhadores com seus devaneios, incapazes de introduzir a “igualdade”, já que longe estão de “trabalhar sério”...

Como dito, uma sociedade racionalmente planejada sempre fora a mola propulsora do Estado moderno, ditado pela suprema e inquestionável autoridade moral da razão. Numa autêntica técnica de jardinagem, nada mais “natural” (ironizando o momento fundante de uma dicotomia *natureza e humanidade*) que a divisão entre “plantas úteis” e “ervas daninhas”. Numa época em que os governantes e filósofos ambicionavam fundar uma razão legislativa, o intuito de execrar aquilo que poderia habitar o ambíguo, “o fora da fronteira” do então nascente Estado-nação torna-se latente.

Assim, chegamos ao “auge”. Inicialmente, tentou-se como tática de afastamento pôr o Holocausto como um evento singular, fruto do nacional-socialismo, uma aberração de alguns fanáticos, quiçá um assunto especificamente judaico-alemão, jamais como um dos frutos mais genuínos da era moderna.

Obviamente, existem as especificidades do caso alemão e da sua ideologia. A partir de sua análise, mormente em suas variantes originais em Herder e Fichte, o romantismo alemão, fundado na valorização da cultura,<sup>42</sup> rejeitava, em parte, a idéia universalista francesa, situando o holismo em subordinação no seio

<sup>42</sup> O nacionalismo de Herder era puramente humanitário e cultural, enquanto o de Fichte, saído da sombra da humilhação da França pela Prússia, tanto era político como cultural. Aquele contribuiu fundamentalmente com a idéia de *folk*, não oriunda de um contrato, como no caso francês, mas de uma entidade maior. Cresceu como um organismo tornando-se um conjunto maior que as partes individuais. No pangermanismo deste é que a “nação” toma corpo como mais que a soma de indivíduos. BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990, vol. II (séculos XIX e XX), pp. 47-50.



do individualismo. Assim, a dificuldade de traduzir uma imagem suficiente da vida social fez nascer uma concepção de nação como coleção de indivíduos e também um indivíduo coletivo. Há uma amálgama de elementos tradicionais que são fundidos numa estrutura moderna originando uma nociva síntese.<sup>43</sup>

A idéia de emancipação do indivíduo como pano de fundo acarretou, ao longo do processo de modernização, a aniquilação das diferenças representada pelo asco à hibridez. Poucos o assumem como um produto que apenas esta época poderia originar. Através de inúmeros argumentos, sempre se tentou “inocentar” a modernidade dizendo-se ser este escândalo uma erupção de forças pré-modernas (irracionais) que não haviam sido dominadas e suprimidas pela modernização alemã, enfim uma genuína falha de “programação”. Diferentemente do que se possa presumir, foi assim que a nossa civilização tornou o holocausto quase “incompreensível”.<sup>44</sup>

Importante frisar que as condições que outrora possibilitaram que um Estado-nação fosse capaz de tamanhos atos de atrocidade em escala planetária são fatores que nem de longe foram consumidos com o passar dos anos, ou seja, permanecem atuais e sequer foram radicalmente transformados. Kren e Rappoport são peremptórios em afirmar que *a existência agora está reconhecidamente cada vez mais de acordo com os princípios que governaram a vida e a morte em Auschwitz*.<sup>45</sup>

A afinidade entre mentalidade moderna e esse genocídio aparece efetivamente de forma ativa, ou seja, a relação funde-se à maneira moderna – racional, planejada e cientificamente fun-

damentada. Quer dizer, o holocausto de nada se afasta do predomínio de um projeto calculado, completo e sistemático que funda a civilização moderna. A sujeira é transgressora da ordem, enquanto o esforço de eliminá-la nada mais se reflete num movimento “positivo” de organizar o ambiente.

Por certo que tal acontecimento é permeado com uma particularidade talvez anteriormente não vista noutras catástrofes, qual seja, esse genocídio moderno foi um elemento de engenharia social na busca de uma ordem social maximizada. O impulso moderno de extermínio que nessa forma tomou uma enorme proporção não difere de outras atividades de construção e manutenção de um perfeito jardim. Numa patológica cultura de jardim, as “ervas daninhas”, desde esta (ir)racionalidade, devem ser exterminadas e mortas por não se adequarem a um esquema de sociedade perfeita. Tamanha a neurose concebida que a *sua morte não foi trabalho de destruição, mas de criação*.<sup>46</sup>

A fragilidade da civilização, pois, é clara exatamente em seus aspectos mais ordinários e a imagem de uma sociedade não-violenta como sinônimo de civilizada (frise-se este é um de seus mitos legitimadores) cai por terra definitivamente. A violência retirada das nossas vistas, mas não da nossa existência – afinal tornou-se puramente técnica – acaba por habitar “áreas de sombra”, invisível e “confortavelmente” encarada.

Enfim, a pauta da urgência em controlar a estirpe humana, não obstante as atrocidades resultantes, não foi o preço por utopias alheias ao espírito da modernidade. *Ao contrário, foram produto legítimo do espírito moderno, daquela ânsia de auxiliar e apressar o progresso da humanidade rumo à perfeição*<sup>47</sup> sob a batuta de um plano racional cientificamente concebido. O controle do desenvolvimento social, com a ilusão de que as mazelas sociais seriam resolvidas, impulsionava mais e mais a visão

<sup>43</sup> DUMONT, Louis. **O individualismo...**, p. 139. Houve, assim, uma combinação *sui generis* de individualismo e de holismo, em que, segundo as situações, um dos princípios preponderava sobre o outro: o holismo comanda no plano da comunidade, até do Estado, enquanto o individualismo impõe-se no plano da cultura e criação pessoais.

<sup>44</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência...**, pp. 35-48.

<sup>45</sup> Apud BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.110.

<sup>46</sup> Idem, p. 116.

<sup>47</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto...**, p. 38.

de uma sociedade perfeita e racionalizada, onde indubitavelmente além do nazismo, emerge o comunismo como um dos mais consistentes herdeiros da Idade da Razão.

Com o louvor em se podar o que se via como desordem – planejamento e execução da ordem como atividade racional –, a natureza deveria ser tratada como tal e, a partir do viés baconiano de conquista, a eugenia vem à tona. Assim, criminosos e débeis mentais não têm utilidade nessa lógica, restando a eles apenas a desumanização, na mais reles tradição de definir o inimigo como parasita, objeto de repulsa e aversão.

O que importa ao empreendimento científico como autoridade máxima é, enfim, desobstruir o que atravança o caminho do progresso e isso é preciso obter com resultados precisos, rápidos e baratos. Sem ser causa suficiente, por óbvio – o que poderia levar a um rasteiro determinismo histórico ou social – a modernidade tornou o genocídio possível. Em suma, nesse diapasão permanece a ambivalência como ruído transitório que deve ser considerado.

## 1.2. Os “Estranhos”

O justiceiro que adormece em cada ímpeto ordenador, inelutavelmente, não hesita em recorrer à coerção ao menor sinal de fadiga do modelo. Para além das amizades ou inimizades, existem os estranhos. E são sempre os amigos que classificam e definem quem são seus violadores. Nasce, então, uma narrativa de dominação baseada no direito arbitrário de definir.

Entre a oposição pura e simples dessas formas arquetípicas de *sociabilidade*,<sup>48</sup> há uma ameaça que transversalmente corrom-

pe esse antagonismo, ou seja, o estranho. Ele torna-se mais perigoso que o inimigo, na medida em que é indefinível e insolúvel nas categorias binárias de então. *Os indefiníveis são todos ‘nem uma coisa nem outra’, o que equivale a dizer que eles militam contra ‘uma coisa ou outra’.*<sup>49</sup>

Não se considera o estranho no senso comum do termo, como alguém que chega hoje e vai embora logo após – como um turista – mas antes como aquele que chega hoje e permanece amanhã.<sup>50</sup> Este alguém que está perto e longe ao mesmo tempo representa incontáveis perigos, já que inclassificável no princípio da oposição. Rompem permanentemente o incessante esforço de ordenação da modernidade claramente visto na construção do Estado-nação, a ponto de Bauman afirmar que cumpre ao Estado nacional, no papel de jardineiro coletivo, lidar não apenas com os inimigos, mas, sim, com o problema dos estranhos.<sup>51</sup> É o ente estatal que passou a possuir, com o advento da modernidade, a arrogância para proclamar o estado de coisas que se poderia chamar de ordem ou caos e, sobretudo, impor a todos a visão sob essa condição.

Ao estranho não é dada a presunção de complacência, isso lhe é negado em virtude de sua existência ser opaca, turva. De forma inversa, o estranho acaba por questionar aquilo que a um nativo é sem sentido, visto que é colocado como pressuposto. Mais uma vez a sua volúpia põe em cheque a clareza e autoridade da razão. Por estar numa condição de alheamento, pode ele observar, examinar e principalmente criticar de forma mais vantajosa até mesmo os pensamentos imanentes.

Se somos atravessados (atropelados) pelo movimento, num mundo em que as referências pairam sobre rodas, a ausência de

<sup>48</sup> *Sociability is, then, the play-form of association.* Toda a forma de sociação (sociabilidade) é um símbolo de vida e traduz o jogo social (afetual) e a troca de estímulos. Cf. SIMMEL, Georg. *Forms of Social Interaction* Georg. In: LEVINE, Donald N. (org.). **Georg Simmel on Individuality and Social Forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971, pp. 41-140.

<sup>49</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência...**, p. 65.

<sup>50</sup> *The man who comes today and stays tomorrow.* SIMMEL, Georg. *The Stranger*. In: LEVINE, Donald N. (org.). **Georg Simmel on Individuality and Social Forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971, p. 143.

<sup>51</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência...**, p. 73.

fluxo, por certo, equivale à mais pura segregação – para não dizer morte simples e direta. A própria imposição da velocidade é posta hoje ao extremo como ferramenta primordial de poder e dominação, especialmente quando chegamos ao limite máximo: a instantaneidade (assunto tratado no próximo capítulo).

É a ela que pertence à capacidade de fazer o eterno adentrar em cada instante, não havendo limites para aquilo que possa ser extraído de cada momento. Viver em função de idéias a “longo prazo” é a máxima tortura e torna-se sem significado quando o impulso vai na direção do não *se apegar às coisas*.<sup>52</sup> Todavia, frise-se que esse trânsito que amplia o potencial da liminaridade, quando deparado com a estrutura de um Estado nacional fundada no território e em esquemas binários, torna risível, no mínimo, o seu ideal de controle social.

Liquidez pura é o que encontramos na contemporaneidade.<sup>53</sup> A fluidez, qualidade dos gases e líquidos, talvez possa melhor se aproximar de um retrato atual frente à total impossibilidade de se estabelecer formas fixas. O abandono dos referenciais sólidos, nos quais pudemos algum dia confiar e nos guiar, coloca em crise a outrora gana pela previsibilidade e, portanto, pela administração da complexidade do mundo. Uma futilidade impossível de ser norma(lizada)tizada despoja qualquer autoridade das “mesas de controle” dos Estados nacionais.

52 Não será à toa o comportamento do homem mais rico do planeta, Bill Gates – presidente do conselho de Microsoft Corporation e símbolo maior de sucesso individual no planeta –, descrito por Sennet quando do Fórum Econômico Mundial em Davos. Relata o autor, na tentativa de conseguir captar a lógica de articulação e credo que parece reger tais personalidades afortunadas, que Gates parece não ter a obsessão de se apegar às coisas. *Seus produtos surgem numa fúria e desaparecem com a mesma rapidez*. Proíbe-se, pois, de desenvolver qualquer tipo de sentimento, muito menos duradouro, inclusive com suas próprias criações, disposição furiosa em destruir tudo que fez diante das demandas do momento imediato. SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: as conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 71-73.

53 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Tal Estado moribundo, ansioso por demonstrar que ainda possuiria, como queria Weber,<sup>54</sup> a *única fonte de ‘direito’ à violência*, acaba por maximizá-la. Talvez não avisado de seu falecimento (tal qual *Graco, o Caçador*,<sup>55</sup> o personagem de Kafka, meio vivo, meio morto) continue a perambular por aí impondo mais dor e sofrimento.

Não se pode parar em terreno movediço, primordialmente, quando se pinta um quadro em que a ênfase é dada, diferentemente de um pretérito estágio de “sociedade de produção”, ao consumo. Dotado de um grau de abstração tal – o dinheiro não

54 WEBER, Max. **Ciência e Política**: Duas Vocações. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 56.

55 KAFKA, Franz. **Contos, fábulas e aforismos**. Rio de Janeiro: Brasileira, 1993, p. 21-28. O autor em sua literatura conseguiu como poucos fazer uma verdadeira parábola da angústia interminável do homem moderno. Conseguia olhar a experiência como um espelho e captar os detalhes da própria imagem que outros espelhos apenas vagamente refletiam (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**..., p. 96). Ele próprio na condição de “estranho universal” acaba por romper definitivamente a própria autonomia de criar sobre um material dado. Ser estranho é isto: a capacidade de viver numa ambivalência perpétua. É assustadora a sua capacidade de situar a enorme agonia presente em vários aspectos da contemporaneidade. Até mesmo nos pequenos detalhes, como ressalta Jill Robbins, no uso exaustivo que fazia da conjunção *aber* (“mas”), fazia transparecer a notável complexidade de uma alma *que não pode simplesmente ver e sentir em linha reta*, uma postura que hesitava não por covardia, mas por clarividência Apud BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**..., p. 190). Para isso, como releva o mesmo autor, constantemente usava-se das chamadas justaposições *paratáxicas*, onde os eventos e atos são cumulados uns nos outros. Todavia, quando vistos em conjunto, não faziam sentido algum devido a evidentes contradições. O que se evidenciava, por certo, era a uma narrativa com ausência de hierarquia frente a uma inconclusividade interpretativa, ou seja, um vácuo de entendimento (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**..., p. 191). Simultaneamente que Kafka recobria-se de oposições, ele mesmo as contradizia. Povoam, pois, o seu imaginário figuras híbridas, seja um homem que se transforma em inseto; um macaco que se transforma em homem; um cão que se põe a filosofar; meio gato, meio cordeiro; meio morto-vivo; e quiçá o mais “incoerentemente coerente” de seus personagens: *Odradek*. É a permanente impossibilidade de designação que expõe um vazio agonístico. É o próprio “farfalhar de folhas [palavras] caídas” – sem seiva, parafraseando a descrição de seu personagem, que nos recorda incessantemente e de forma incisiva o vazio intruso que hoje toma conta do então projeto moderno.

mais como valor de troca como quando surgiu – que se tornou forma escolhida pra designar o tempo, o espaço e o esforço humanos: o *dinheiro governa o mundo como o tiquetaque do relógio*.<sup>56</sup>

O aprendizado é enterrado, como dito, é literalmente posto “sob o esquecimento”, no instante em que a própria promessa de satisfação precede a necessidade, o que faz “apenas” elevar o desejo de “desejar mais desejo”. Simmel já antecipava em 1896 o fenômeno tão presente da *coisificação do homem*,<sup>57</sup> categoria que desemboca num consumismo desenfreado que não se contenta em dar respostas às necessidades, cria novas formas de desejo e torna-se o principal aliado do *infantilismo*<sup>58</sup> que toma conta das nossas sociedades.

56 KERCKOVE, Derrick de. **A Pele da Cultura**: Uma investigação sobre a nova realidade eletrônica. [s.l.]: Mediações, [s.d.], p. 261.

57 SIMMEL, Georg. O Dinheiro na cultura moderna. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (org.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 23-40. Por meio do dinheiro, refere o autor, conseguimos dar ao valor do objeto qualquer forma desejada, enquanto este era antes preso a uma forma definida, *pólo móvel no fluxo fugaz das aparências* (p. 31). Acredita-se, pois, que se aprende com o dinheiro o equivalente exato e total ao objeto, falsa consciência que pode talvez explicar um pouco o caráter problemático da nossa época. O cálculo contínuo do valor em dinheiro (quantitativo) olvida a importância do lado qualitativo dos objetos, instaurando-o como único valor vigente. Coisifica-se, suma, o homem, visto que seu caráter nivelador (vulgar na medida em que equivale para tudo e para todos) acaba por acometer a idéia monetarizada de uma profunda aculturação. Tanto mais ainda, perde sua anterior relevância em certas relações, que cheguem mesmo, em certas épocas, a servir de expiação aos assassinos. Contudo, a diferenciação progressiva do homem, bem como a indiferença progressiva do dinheiro, coincidiram para a hodierna mudança de panorama. Não nos percebemos que o dinheiro é um mero meio para obter outros bens e não um bem autônomo, intimamente um alvo final. *O dinheiro é, propriamente, nada mais que uma ponte aos valores definitivos, e não podemos morar numa ponte* (p. 33). Dessa forma, faz o autor uma anamnese precisa ao dizer que nunca antes ocorreu tal fenômeno de determinado objeto meramente instrumental assumir um papel extraordinariamente satisfatório por si mesmo. O desejo enorme do homem moderno de ser feliz passa a se alimentar obviamente do poder e do sucesso pelo dinheiro. Tal aspiração apenas poderia ter crescido afinal porque existe uma palavra-chave na qual se concentra tudo que é desejável: o dinheiro, deus da nossa época.

58 O ‘infantilismo’ é esta ideologia de renúncia à renúncia, a transformação da liberdade em capricho. Funda-se sobre a sociedade de consumo, como se disse,

A exclusão máxima da reciprocidade por uma pura cumulação consumista definitivamente não consegue evitar a violência e, mais, dirá Fromm, demonstra uma cristalina incapacidade básica de cultivar o sentimento de amar, tanto para o “estranho” quanto para si mesmo. O amor ao homem não é, como se freqüentemente se supõe, uma abstração atrelada a uma pessoa específica, mas, sim, é a sua premissa.<sup>59</sup>

Quiçá tenhamos já ultrapassado – após o descarte da figura do “adquirir por necessidade” – até mesmo o “desejo”, para chegarmos ao supra-sumo da liberdade do princípio de prazer: o auto-suficiente “querer”, que não precisa de referencial e é impelido por si mesmo sem causa, ou algo que o valha, para lhe dar justificação. O sonho lúdico de encontrar um éden perdido

sobre o Estado-providência que, de instrumento de proteção, se transformou em instrumento de assistência e promoção do direito como meio de resolver conflitos. BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: \_\_\_\_\_. **A Sociedade em Busca de Valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, pp. 54-57.

59 FROMM, Erich. **A Arte de Amar**. Belo Horizonte: Itatiaia, [s.d.], p. 87. Longe de qualquer platonismo que leve a um conceito ideal de amor, segue o autor dizendo que, se amar reconhecidamente demanda esforço e conhecimento, a estrutura social da civilização ocidental e o espírito dela resultante definitivamente não contribuem para isso (p. 113). Outro autor como Lipovetski fala aqui num narcisismo como a estratégia do vazio. *Era do vazio* que retrata uma nova fase do individualismo ocidental, simbolizado pelo narcisismo – hipertrofia do ego –, conseqüência do processo de personalização, representador da passagem de um individualismo “limitado” a um individualismo “total” (uma segunda revolução individualista). Há uma incapacidade enorme de sentir os seres e as coisas. Desapego que se vê no incômodo em se manifestar ênfase nos impulsos emocionais. Ainda que talvez não tenha havido época em que as pessoas tenham aspirado uma intensidade emocional tão profunda como agora, todavia tão forte é o próprio desejo de que sejam também extremamente breves (LIPOVETSKY, Gilles. **La Era del Vacío**: ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Barcelona: Anagrama, 2003). Nesse sentido, quanto à dificuldade de constituição dos laços humanos dos cidadãos nesta líquida sociedade, Bauman refere que é o mesmo sentimento de insegurança que leva com que se apertem os laços e, ao mesmo tempo, mantenha-nos frouxos. É a mesma força que impulsiona a procura por “relacionar-se” que também retrata o desejo de que eles sejam leves e sem encargos. BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

para o incômodo cotidiano tem sua redentora promessa de segurança no ato de comprar, que se traduz numa verdadeira espécie de *ritual de exorcismo*<sup>60</sup> dos fantasmas que nos assombram dia a dia.

Não se conhece nos “centros comerciais” o encontro, a interação, pois foram projetados para a ação, para se transitar constantemente, olvidando a menor perspectiva de confronto com a diferença, com a mais desestabilizadora alteridade alheia. Torna-se sim um *locus* do desencontro, onde todos os embates foram desmarcados e todas as conversas silenciadas, a maior representação do que Silva chamará de *subcultura de evitação*.<sup>61</sup> Nada pode perturbar esse processo de crença, longe devemos ficar das negociações enervantes ou concessões irritantes.

Torna-se assim facilmente vinculável a visão dos estranhos com a do medo difuso que parece pairar sobre nós. A resposta procurada na luta para se atingir a segurança não-ameaçada, em outras palavras, a cruzada contra as incertezas enraizadas será confortavelmente encontrada na identificação de “corpos estranhos”. Nada disso dista da obsessão contemporânea de manter a distância o híbrido, o diferente que não se enquadra em “meu” projeto puro de existência.

Não é de outra forma que a versão atualizada do terror moderno acaba recaindo sobre os criminosos, que nos tolem nossa liberdade de ir e vir, indivíduos que surrupiam nossos idolatrados bens (materiais). Por certo devem levar a culpa, uma vez que, no mais, são a representação última do mau-agouro que permeia nosso medo ambiente.

Ainda que não queiramos recair num binário simplificante ou mesmo em categorias facilmente contrapostas para des-

crever o complexo panorama das sociedades atuais, duas figuras, como refere Bauman,<sup>62</sup> acabam por se tornar cheias de significado: a do *vagabundo* e a do *turista*. De alguma forma, todos somos permeados por essas esferas, fruto do maior ou menor grau de “liberdade” que dispomos.

A figura do *turista* contém o milagre de estar no lugar, entretanto a ele não pertencê-lo, está dentro e fora ao mesmo tempo. Sua peculiaridade é estar em movimento – não chegar – apenas mover-se ao mero exaurimento da diversão, ou quando aventuras mais excitantes acenam ao longe. Já o *vagabundo*, ainda que movente, é dotado de outras características que o tornam o próprio *alter ego* daquele. Também permanece em constante deslocamento, mas por não se sentir “em casa” em lugar algum, visto que sua presença nunca é bem vinda. Uns vivem no tempo, pois pouco importa a eles o espaço, já que transpõem instantaneamente qualquer distância; aos outros, é o espaço que, além de se definir, resiste a eles e acaba por amarrar o tempo e esvaziá-lo, resultando numa abundante carga de inutilidade que não tem como preencher.<sup>63</sup>

Esta escória, por óbvio, é posta sob o júbilo não da atratividade como aqueles, mas da inospitalidade. Sua liberdade acaba por resumir-se a não ter escolha. São o depósito de entulho, aquilo que não quer ser visto e, sobretudo, onde são depositados todas as culpas e medos de uma promessa moderna fracassada. *Revelam a fealdade escondida sob a beleza da maquiagem*.<sup>64</sup>

Por outro lado, a própria autocrítica desse discurso se impõe. Pergunta-se: na contemporaneidade, de alguma forma, também se terá perdido a particularidade da condição da estranheza? Quando o indivíduo é descentrado de sua unidade, tor-

60 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*..., p. 94.

61 SILVA, Hélio. A Língua Geral da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A Fenomenologia da Violência*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 41.

62 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*..., pp. 106-120.

63 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, pp. 96-97.

64 BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*..., p. 119.

namo-nos cada um ambigualmente um *estranho parcial*?<sup>65</sup> Quando o declínio do individualismo já arrombou as portas das identidades – dissimuladas em encontros sucessivos – e a vida é dividida em episódios de efêmera memória, novas formas, ao passo que se constroem, não são demolidas com a mesma fugacidade, figurando-se uma verdadeira *identidade de palimpsesto*?<sup>66</sup>

Aliado ainda ao contínuo movimento, agravada está a sua condição, já que deve agora o homem conviver com sua estranheza frente a um mundo num fluxo constante que dilacera qualquer possibilidade de fixar padrões incontestes. A estranheza posta como condição humana universal acaba dissolvida: se tudo no mundo é estranho, nada o é. Também não vivemos sob a égide da estranheza?

Com a falência de estruturas identitárias fixas, onde paira sobre o indivíduo descentrado uma *identidade pós-moderna*, os ditos estranhos tornando-se de difícil seleção. A fragmentação das identidades tornou-se uma *celebração móvel*, quando não contraditórias. Hall aponta cinco fluxos de pensamento determinantes para isso: Marx, Freud, Saussure, Foucault e o Feminismo. Sem é claro excluir qualquer outra análise, com essas contribuições (o “homem subordinado às condições que lhe são dadas...” do marxismo; o inconsciente freudiano; inautoria de nossas próprias afirmações, colocada pela lingüística de Saussure; o “poder disciplinar” foucaultiano; e a radical crítica social do feminismo) não se pode mais pensar, segundo ele, em termos de um *sujeito do iluminismo*, centrado no *cogito*, nem mesmo num *sujeito sociológico*, ainda que mais aberto à concepção interativa do “eu”. É o *hibridismo*, já falado, que toma cena; representações que fluem desintegrando qualquer identidade cultural.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização...*, p. 108.

<sup>66</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade...*, p. 36.

<sup>67</sup> HALL, Stuart. *A Identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

É preferido falar de identificação<sup>68</sup> (estética), como algo em andamento e permanente metamorfose, ao invés de identidade ligada a uma estrutura acabada de um pensamento da ordem do “dever-ser”. A experiência – que só se dá em relação – rompe com as modulações estabelecidas e, assim, abre-se à alteridade, seja a da família, a dos amigos ou das tribos. Enfim, os “outros” que pululam suscitam o pólo da “pertença”, atualizando imprevisivelmente os papéis desempenhados por cada um na teatralidade geral. Somos vários, e a complexidade mesma remete à multiplicidade, à porosidade e a pluralização da pessoa. Fenômenos tão bem pintados no vaivém das formas “neotribais”, alavancadas pela *proxemia – ambiência* “afetual” contingente, onde importa menos as grandes “Histórias” e mais os momentos dia-a-dia vividos coletivamente – e que retratam a pluralidade de círculos e a concatenação dos grupos num *estar junto ‘à-toa’*.<sup>69</sup>

As definições e separações que se davam em tempos de coerentes projetos de constituição de ordem capitaneados pelo Estado-Nação não conseguem ter a ressonância pretendida. Emerge a pluralidade não mais como contingência, mas como qualidade constitutiva da existência. A morte de padrões sólidos evidentes faz com que torne sem sentido a remoção de algum deles para que outros possam existir.

Perguntará Bauman como alguém pode viver a sua vida em busca de “relicários” que são tornados sacrossantos e profanados num período mais curto ainda do que a jornada para alcançá-los? Como alguém pode investir numa realização de valores e são obrigados no momento seguinte a renegá-los?<sup>70</sup> Os padrões e configurações não mais são “dados” ou “evidentes” e

<sup>68</sup> MAFFESOLI, Michel. *No Fundo das Aparências*. Petrópolis: Vozes, 1996, pp. 209-350.

<sup>69</sup> MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos e a crise do individualismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>70</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade...*, p. 112.

proliferam-se comandos, na maior das vezes, conflitantes e sobremaneira instáveis.

Latente estarmos numa sociedade em busca de valores. Mesmo no campo moral, conflui a mais profunda incerteza plasmada na pluralidade de “standarts” morais, numa ‘*era do após-dever*’. Depois de termos vivenciado uma primeira fase da história moral ocidental – momento teológico da moral, intimamente religiosa, onde sem a revelação e as sanções “post mortem” ela se tornaria impossível –, passamos ao advento de uma segunda, após o século XVIII, laico-moralista, em que o processo de secularização tirou dela uma das figuras essenciais: o dever absoluto e a ética do sacrifício. Adentramos hoje, não obstante, numa etapa “pós-moralista”, estimulante dos desejos, do ego, da felicidade, mais afeita ao bem-estar individual do que ao ideal de abnegação.<sup>71</sup>

Aqui não se está a advogar uma percepção de “crise de valores” desde um produto de um conceito fundamentalista de ética; o que levaria a um cinismo generalizado, como seria do gosto dos auspícios da era moderna – onde seria denunciada a derrocada do valor unitário da moral e a perversidade desse contexto que nos levaria a um grau zero na escala de valores. Entretanto, apenas se pretende descortinar um sinal do fracasso do projeto moralizante-moralizador da modernidade, onde não há mais parâmetros fixos de eleição confiáveis. Vazio este que não necessariamente é nada, visto que a vacância é que permite que o ser se constitua, aja e apareça.

O que deixou de ser socialmente legítima é uma moral categórica e regular. O fetichismo do dever de sacrifício está caduco. Reconhecemos valores negativos: não matar, não roubar, não causar sofrimento; mas já não deveres positivos, regu-

lares e sistemáticos: dedicação a causas exteriores a nós próprios. Correlativamente, desejamos normas morais indolores, minimais e ‘à la carte’.<sup>72</sup> Em tempos de crepúsculo de dever, onde reina a caridade midiática, que cada vez mais fixa as prioridades, “estimulando” e “orientando” a generosidade, a moral torna-se produto a ser consumido.

É a rejeição do estranho que, enfim, ajuda a demonstrar a falência dos projetos grandiosos de engenharia social capitaneados pela “jardinagem estatal”, depois de um mundo fatiado e dividido entre “nós” e “eles”. Não obstante a esfacelamento de identidades, o poderio de um Estado Penal o ignora completamente e, de certa forma, acaba por, além de infringir maior dor às “classes perigosas” de outrora, amplia seu leque de sofrimento para atingir todo e qualquer segmento ou relação (estética) vista como perigosa. Com todos imersos numa imensa “viscosidade social” onde os padrões tornaram-se cadáveres, o “pampe-lismo”, ainda mais fluido e flexível na dinâmica social, encontra solo mais do que propício a se desenvolver.

### 1.2.1. Os Miseráveis Incômodos

Avançando sobre alguma obscuridade teórica, a experiência empírica cotidianamente nos invade de forma avassaladora. Poderá ser dito que “não há *turistas sem vagabundos*”, mais “claro” que isto é que “não se pode transitar livremente se os *vagabundos* não forem presos...”. A despeito de todo dito, uma sociedade com tendências depressivas não tarda a desembocar numa farta criminalização da pobreza.

71 LIPOVETSKY, Gilles. A Era do Após-Dever. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996, pp. 30-31.

72 LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Após-Dever...**, p.35. Por ser simplesmente objeto de consumo, os valores devem sempre oferecer prazer, jamais trazer consigo sentimentos desconfortantes. Cheios estamos de “éticas de sacrifícios”, queremos mais e mais altruísmos maximamente indolores. LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Barcelona: Anagrama, 1994.

Quando se tenta devolver um pouco das aparências ao vivido, dificilmente pode-se ignorar uma tendência mais geral de limitar o que ainda resta da antiga iniciativa política nas mãos cada vez mais frágeis do Estado-nação à questão da lei e da ordem. É evidente a conduta de um Estado cada vez mais repressor (Estado-nação transformado em delegacia de polícia), que contra-ataca os efeitos violentos das condições deploráveis de grande massa da população com o confinamento. Diferentemente das estruturas de trabalho disciplinado de outrora, vê-se a projeção de fábricas de exclusão e de imobilidade.<sup>73</sup>

A extensão dessa problemática perpassa até mesmo a questão “ideológica”, onde os partidos, a despeito de abissais controvérsias sobre questões polêmicas, tendem a manifestar um acordo completo quando o assunto diz respeito à repressão e encarceramento. Sentimentos como medo e ansiedade amplamente difundidos são, assim, facilmente canalizados para tais diretrizes. Por certo, a autopropulsão de uma *cultura do medo*<sup>74</sup> dá um excelente e excitante espetáculo de fácil audiência,<sup>75</sup> tudo combinando muito bem e restaurando a lógica ao caos da existência. Não se pode esquecer ainda que o papel central de um “Estado-

<sup>73</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*..., p. 121.

<sup>74</sup> GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo*: Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. São Paulo: Francis, 2003.

<sup>75</sup> Interessante pinçar quando tratamos, em vários aspectos, com uma tirania comunicacional, onde a informação é mercadoria e impera o sensacionalismo num exercício de superexcitação. Sobretudo, nesses casos, recaímos numa simplificação das circunstâncias, pois é necessário entreter, não cansar o espectador. Todavia, num simples exemplo dado por Milito e Silva, vê-se como jogamos com essa lógica maniqueísta: a caracterização jornalística dos personagens de uma trama complexa como é um fato criminoso. Latente a simplificação do outro (“bandido”) em oposição à familiarização da vítima para “comigo”. *O que há de particular aqui é o detalhamento da vítima, não só no sentido de torná-la complexa, mas no sentido de se debruçar detidamente sobre sua vulnerabilidade. Esse tipo de descrição comove e estende a ameaça, pois os signos atingidos são partilhados pelo leitor do jornal. (...) Isto pode acontecer com você. Estamos todos ameaçados.* MILITO, Cláudia; SILVA, Hélio. *Vozes do meio-fio*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 136.

ordeiro”, diante de uma política de confinamento, simplifica-se e as complexas e intrincadas ambições e tarefas na busca de novas perspectivas políticas tornam-se fatigantes demais para serem pensadas.

E por mais que venhamos a alarmar a falência e a face cadavérica do Estado-nação, isso não significa a implosão de todo seu conjunto e nem que ele esteja totalmente desordenado. É a mais pura ambivalência que também conduz, de certa forma, à manutenção de uma razão interna – um *logos* persecutório – que parece se auto-reproduzir ao infinito. Para seguirmos uma metonímia em voga em tempos de *hiper-realidade*, apesar de captarmos sinais anos-luz de que essa estrela (Estado) já explodiu, por outro lado, nos comportamos e vemos sua luminosidade pairar sobre nossas cabeças. Olhamos para algo que não está mais lá...

Não obstante, segundo Baudrillard, as coisas continuam a funcionar – e assim o fazem excelentemente quando o assunto é o desvario criminalizante dos “desacomodados” – ao passo que a idéia delas já desapareceu há muito. *Continuam a funcionar numa indiferença total a seu próprio conteúdo. E o paradoxo é que elas funcionam melhor ainda.*<sup>76</sup>

Quando determinadas pessoas tornam-se incapazes de gozar o jogo consumista, elas são os “objetos fora do lugar” e agora figuram como “novos impuros”. Duas políticas estatais contraditórias, no viés de Bauman,<sup>77</sup> são difundidas para a preservação da pureza da vida consumista. Por um lado, exige-se o aumento da liberdade de consumo, e nada pode obstar (vide privatizações, desregulamentações...); contudo, por outro prisma, deve-se lidar com as conseqüências da primeira postura e a isso o discurso público dá o nome de “lei e ordem”. Aqueles que

<sup>76</sup> BAUDRILLARD, Jean. *A Transparência do Mal*: ensaio sobre fenômenos extremos. Campinas: Papirus, 1992, p. 12.

<sup>77</sup> Idem, p. 24-26.



não se encaixam no modelo agora devem ser “administrados” e mantidos em xeque, e a sua remoção deve ser desempenhada ao menor custo possível. Como se sabe que a remoção do excedente, do refugio, mostra-se menos custosa do que seu reaproveitamento, a isso deve ser dado prioridade. Assim é mais barato excluir e encar(cer)ar os consumidores falhos. Todavia, não faltarão ‘Hayek-boys’ ou ‘Friedman-boys’ a afirmar que o único serviço dos mais ricos é enriquecer-se, ao passo que a resistência à pobreza é um problema dos órgãos de segurança encarregados de manter a lei e a ordem.<sup>78</sup>

Vislumbra-se um claro desvio que promove o mercado como garantia suficiente e universal de auto-afirmação de imagem de “algo”, agora identificado como Humanidade. Dessa forma, poucos conseguem crer num parco escopo ressocializador, e as baterias são cada vez mais voltadas ao mais puro exercício de incapacitação e incriminação dos problemas socialmente produzidos.<sup>79</sup> Tal ação punitiva acaba por formar a mais odiosa versão de eliminação da impureza atual.

Um braço que expõe com detalhes um dos apogeus das concepções de defesa social na atualidade são os chamados movimentos de *Lei e Ordem*, que contribuem para a alavanca da geral de um Estado-penitência, via administração da pobreza. No cerne da questão acerca do *Law and Order*, por certo, está a criminalização da miséria, ou seja, o tratamento social/penitenciário dos pobres, de forte implementação nos Estados

<sup>78</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*..., p. 274.

<sup>79</sup> CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: ¿La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Del Peurto, 1993, p. 178. Este retrato político-criminal pode melhormente ser visto em nosso país desde a edição da “hedionda lei dos crimes hediondos” e hoje culmina com a criação de um quarto regime de cumprimento de pena privativa de liberdade: a lei 10.792/2003 que instituiu o Regime disciplinar diferenciado (RDD). Através de discursos de emergência, há uma clara sobreposição, ao romântico escopo ressocializador, do modelo de hiperpunibilidade do Estado Penal. CARVALHO, Salo. *Tântalo no Divã*. Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro. [s.l.]: Mimeo, 2004, p. 24.

Unidos. Desde os anos sessenta, depois de enormes confrontos sociais que abalaram os grandes guetos das metrópoles americanas, houve sucessivamente a substituição de um (quase) Estado-providência por um Estado-penal-policial, no eixo do qual a criminalização da marginalidade e a repressão das categorias deserdadas fizeram às vezes de política social.

Wacquant, um dos autores que mais se ocupam dessa temática, vai exatamente na contracorrente do eclipse etnográfico nas prisões,<sup>80</sup> no momento em que é mais urgente e necessário este trabalho. Fazendo intensivas observações da miríade de relações que a prisão contém – vetor que é de uma espécie de “decivilização instantânea” – o autor se debruça no exame sobre essas “tumbas de lixos humanos”, retratos que são de nossa civilização.

No exame da matriz norte-americana, o quadro revela-se estarrecedor. “Inventou-se” na América, conforme o autor, uma espécie de Estado híbrido, nem protetor, nem mínimo-não-intervencionista, mas, sim, um Leviatã-centauro guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritarista justamente na parte que deveria lidar com as nefastas conseqüências do *laissez-faire*, *laissez-passer*. De outro mote, o avanço do Estado-penal foi chamado a substituir o espaço social deixado pela malha caritativa.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> WACQUANT, Lóic. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, v. 13, 2004, p. 11-32.

<sup>81</sup> WACQUANT, Lóic. A ascensão do Estado penal nos Estados Unidos. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, v. 11, 2002, p. 13-39. A política de criminalização da miséria opera diante duas modalidades. A primeira, menos visível, atine aos serviços sociais, agora manejados como instrumentos de vigilância das novas classes perigosas, os quais se condicionam a certas formas de conduta – *workfare* (deve-se aceitar qualquer posto de trabalho sob pena de ser vedada a assistência) e *learnfare* (a assistência modulada a pseudo-estágios de formação sem perspectivas). Segundo, por óbvio, está o recurso maciço ao encarceramento, primordialmente de negros e latinos, capitaneado por uma maquiada “guerra à droga” que apenas camufla uma perseguição penal à juventude dos guetos para quem o comércio a varejo de tóxicos é a fonte de emprego mais diretamente acessível. WACQUANT, Lóic. Punir os

As missões inconcessas desse regime demonstram que hoje quase 3% da população adulta do país estão sob as malhas da jurisdição penal, além do orçamento da justiça criminal ter crescido exponencialmente e ter tornado o encarceramento uma indústria muito lucrativa. O que leva Christie a afirmar que

no hay límites naturales. La industria está ahí. La capacidad está ahí. Dos tercios de la población tendrá un nivel de vida ampliamente superior a cualquier otro – para una proporción tan grande de una nación – en cualquier lugar del mundo. Los medios masivos de comunicación florecen gracias a los informes sobre los peligros de los crimines que comete el tercio restante. Se elige a los gobernantes que prometen poner al tercio peligroso detrás de las rejas. ¿Por qué habría de terminar todo esto? No hay límites para las mentes racionales.<sup>82</sup>

Saltam aos olhos que as condenações não se explicam pela gravidade das infrações e, sim, quando muito, pelo seu caráter “ofensivo” ao puritanismo local, na medida em que a gestão policial e carcerária da insegurança social tem certamente como produto direto, além do controle dos membros da gentilha infamante, o poder de confirmar seu *status* social e recompor suas fileiras. Numa operação em que os membros são recrutados prioritariamente nas famílias das “ralés de cor”<sup>83</sup> e que acaba

pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2001, p. 39-51.

<sup>82</sup> CHRISTIE, Nils. Op. cit., p. 172.

<sup>83</sup> Os Estados Unidos, ao longo de sua história, sempre construiu “instituições peculiares” para definir, confinar e controlar os afro-americanos. A primeira foi a *escravidão* que serviu, antes de mais nada, para garantir a provisão e o controle da força de trabalho. Após a emancipação, foi o sistema chamado de “*Jim Crow*”, ou seja, um amontoado de códigos sociais e legais, sustentados pela coerção jurídica e pela violência terrorista, que prescreviam a separação total das “raças” e limitavam drasticamente as oportunidades dos negros, ligando-os aos brancos por laços de submissão. Uma terceira espécie de encarceramento social é o *gueto*, resultado das migrações do sul para as metrópoles do norte, meio cer-

produzindo uma massa carcerária onde mais de seis internos em cada dez são negros ou latinos, o item penitenciário é o que mais cresce hoje nos Estados Unidos.<sup>84</sup>

O ponto nevrálgico, para um transparente entendimento da matéria, é o papel que desempenham as chamadas “*tink tanks*”. São elas agências de consultoria que analisam problemas em diversas áreas e propõem soluções, as mesmas que, de um lado, prepararam o advento do “liberalismo real” de Ronald Reagan e Margaret Thatcher e, paralelamente de outro, alimentaram igualmente as elites políticas e midiáticas com conceitos, princípios e medidas em condições de justificar e acelerar o reforço do aparelho penal.

Destaca-se, nesse ponto, o *Manhattan Institute* que, depois de ter lançado Charles Murray, guru da administração Reagan em matéria de *welfare*, popularizou o discurso e os dispositivos visando a reprimir os “distúrbios” oriundos da patulêia. Foi o organismo criado na década de oitenta por Anthony Fischer (mentor de Margaret Thatcher) e Willian Casey (futuro então

ceador e coercitivo característico até a década de sessenta. Esta (ir)racionalidade aponta para uma outra instituição especial capaz de, ao mesmo tempo, explorar a força de trabalho e excluir socialmente: a *prisão*. Assim, como comparação histórico-analítica entre o gueto e a prisão, vê-se ambas como organizações de controle compostas por quatro objetivos similares: estigma, coerção, confinamento e segregação (WACQUANT, Lóic. **A ascensão do Estado...**, pp. 13-39).

<sup>84</sup> WACQUANT, Lóic. **Punir os pobres...**, pp. 55-78. Movimentando anualmente mais de quatro bilhões de dólares, o ramo carcerário chega ao ponto de possuir no estado da Califórnia, vanguardista na corrida carcerária, um sindicato de funcionários da categoria que dispõe de mais de oito milhões em cotizações anuais que lhe permite ser um importante fornecedor de fundos nas campanhas eleitorais locais. Essa política agressiva, em todos os sentidos, do “Big Government” carcerário teve como marco fundante o ano de 1985 quando a dotação da administração penitenciária ultrapassou aquelas verbas destinadas à assistência social e ao auxílio alimentar tornando, assim, atualmente o setor no terceiro maior empregador do país. A montanha de investimentos despendidos pelo encarceramento jamais é colocada em questão, opostamente ao amplo “debate” sobre o corte nos programas sociais. Assim, o exorbitante custo pelo deslizamento do Estado-social para o Estado-penal, de outro modo, não poderia deixar de desembocar senão no apelo ao setor privado (pp. 79-103).

diretor da CIA) que pôs em circulação, após um alarido midiático sem precedentes, o livro *“Losing Ground: American Social Policy”* de Murray, até então um politólogo medíocre, para serem aplicados seus princípios de economia de mercado aos problemas sociais. Uma obra recheada de absurdos lógicos e erros empíricos – pregava ser a excessiva generosidade das políticas de ajuda aos mais pobres a responsável pela escalada da pobreza nos Estados Unidos – tornou-se, do dia pra noite, um “clássico” sobre a “ajuda” social no país. É a mesma corporação que subseqüentemente difunde a teoria dita “da vidraça quebrada” de Wilson e Kelling que construiu o alibi para a (des)organização de trabalho a ser realizado por Willian Bratton, chefe da polícia de Nova York.<sup>85</sup>

Do solo americano, essa (i)legitimação da gestão policial e judicial da pobreza que incomoda – com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da reconquista do espaço público – globalizou-se numa velocidade espantosa. Alguns exemplos são emblemáticos: Escócia, México, Argentina, Alemanha, Itália, África do Sul, Nova Zelândia, Áustria, Austrália, França são apenas alguns dos países em que tal ideologia teve ampla recepção.<sup>86</sup>

Não obstante, acolhida fabulosa teve o gospel da “tolerância zero” na Europa, particularmente em termos britânicos. O continente teve uma explosão carcerária impulsionada pela “eleição”

dos visitantes incômodos – emigrantes e estrangeiros – como alvos preferenciais, ao passo que “coincidentalmente” flexibilizam-se as leis trabalhistas.<sup>87</sup> Na Inglaterra especificamente, retorna-se francamente ao moralismo neovitoriano e arma-se, claramente, um amplo consenso entre a direita americana mais reacionária e a auto proclamada vanguarda da “nova esquerda” européia. A idéia segundo a qual os “maus pobres” devem ser capturados pela mão (de ferro) do Estado e seus comportamentos corrigidos pela repressão pública e pela intensificação das coerções administrativas e das sanções penais lança ares óbvios.<sup>88</sup>

Hoje se tornou inaceitável por um funcionário de algum governo europeu exprimir-se sobre “segurança” sem que saia de sua boca algum slogan *made in USA*. Todas as palavras de ordem atravessaram o Atlântico e Mancha antes de encontrar acolhida cada vez mais hospitaleira no continente, onde – cúmulo da hipocrisia ou da ignorância política – seus partidários as apresentam como inovações racionais exigidas pelo crescimento inédito da “violência urbana” e da criminalidade local.<sup>89</sup>

Enfim, os academicamente conhecidos “Movimentos de Lei e Ordem”<sup>90</sup> – ideologia conexas da ação –, não deixa senão

<sup>85</sup> WACQUANT, Löic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pp. 20-29.

<sup>86</sup> WACQUANT, Löic, A Globalização da Tolerância Zero. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, v. 9-10, 2000, pp. 111-120. O domínio policial e penal espalhou-se segundo um processo de metástase para designar, pouco a pouco e indistintamente, a aplicação estrita da disciplina nas próprias relações cotidianas mais simples – por exemplo, a expulsão automática de alunos incivilizados das escolas, suspensão prévia de esportistas, sanções severas aos passageiros de aviões perturbados – olvidando-se que hoje essa tática de acossamento policial é seriamente questionada na própria cidade de New York, onde a chamada “Unidade de Luta contra os Crimes de Rua” (tropa de choque de 380 homens todos brancos que constitui a ponta de lança da política) desencadeou na comunidade, após sucessivos casos de extermínio, a mais ampla campanha de desobediência civil que os Estados Unidos conheceu depois de anos.

<sup>87</sup> WACQUANT, Löic. *Parias Urbanos*: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2001, p. 193.

<sup>88</sup> WACQUANT, Löic. A tentação penal na Europa. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, v. 11, 2002, pp. 07-11.

<sup>89</sup> WACQUANT, Löic. *As Prisões da Miséria*..., pp. 140-151.

<sup>90</sup> Para o âmbito que pretendemos explorar, pouco importa alguma diferenciação mais estreita que se possa fazer entre “Movimentos de lei e Ordem” (que reivindicam maior punibilidade às graves lesões de bens jurídicos interindividuais) e a chamada “Tolerância Zero” (mais focados na criminalidade de rua e bagatelar). Estes movimentos de política criminal acabam por ter como finalidade o “simples” trinômio pena-castigo-retribuição; além de tentar instaurar um regime de penas capitais, bem como a severidade no regime de cumprimento. Ambos, enfim, buscam o incremento da repressão penal colocada estreitamente a um viés higienizante de sociedade. CARVALHO, Salo de. As reformas parciais no Processo Penal brasileiro: crítica aos projetos de informalização dos procedimentos e privatização dos conflitos. *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p 312.

vigorar a imperativa exploração do medo, a verdadeira criação de pânico e alarme social. Compreendido o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho, tais pensamentos tornaram-se famigerados instrumentos do *mass media*, que acaba por transmitir ao senso comum do “homem de rua” uma visão pampenalista da criminalização como panacéia universal.

É em virtude desse mesmo viés persecutor que a própria lei torna, de forma esquizofrênica, a instituição penitenciária alheia aos princípios mínimos de humanidade (apanágio das conquistas do Estado de Direito), mergulhada na ausência de qualquer controle democrático, na arbitrariedade administrativa e na indiferença geral. Talvez seja a prisão o melhor retrato desse despotismo burocrático em que a administração joga com vidas humanas tendo como única preocupação a manutenção da ordem interior. A prisão, que supostamente deveria respeitar a lei, é de fato, na linguagem de Wacquant,<sup>91</sup> uma *instituição fora-da-lei* por sua própria organização. Devendo dar remédio à pretensa “insegurança” e à precariedade, ela não faz senão concentrá-la e intensificá-la, mas na medida em que a torna invisíveis, nada mais lhe é exigido.

### 1.3. Para uma dinâmica dionisíaco-heraclitiana da violência

No intuito de nos aproximarmos de um exame da miudez cotidiana, alguns aspectos tidos como superficiais devem ser trazidos à tona. A obscuridade com que o tema da *violência* é tratado impõe uma virada vertiginosa que deve destacá-la como viga mestra do cotidiano e não como saldo negativo anacrônico de uma ordem bárbara em vias de desaparecimento.<sup>92</sup> Nesse ponto,

<sup>91</sup> WACQUANT, Lóic. **Punir os pobres...**, pp. 147-158.

<sup>92</sup> MAFFESOLI, Michel. **Dinâmica da Violência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Edições Vértice, p. 21.

ressalte-se o paradoxo que o estudo se propõe, em virtude do caráter rebelde do fenômeno, na medida em que se arrisca a perceber constantes que se exprimem na instabilidade do social.

Como visto, a dinâmica moderna tentou incansavelmente suprimir toda e qualquer manifestação ambígua ou dúbia que pudesse colocar em suspenso a mola da racionalidade e da planificação. Talvez não tenhamos elemento que traduza tão bem sua ambivalência como o complexo fenômeno da violência. Sua centralidade subterrânea deve ser enfrentada como algo comum em todo conjunto civilizacional em qualquer época. Sempre presente, com relação a ela se deve empregar um artifício de negociação (ritualização), como escreve Maffesoli<sup>93</sup>, antes de rapidamente condená-la e mesmo imprimir mecanismos de controle que acabam, não raro, gerando efeitos mais nocivos à própria socialidade.

Tendo o conflito como fato central do convívio social, deve-se tentar interpretar seus informes ambivalentes por excelência e, principalmente entrever, desde o princípio, que a própria heterogeneidade é geradora de violência e ao mesmo tempo fonte de vida. Caminho árduo este que está na contramão das mortíferas afinidades modernas com o “idêntico” e o “pacífico”. Contra a “parte da sombra”, progressivamente empreenderam-se os mais diversos arranjos de controle em benefício de uma normalidade de “meios tons”. Nossas estruturas – aqui têm lugar privilegiado as agências do controle penal – não toleram obscuridades, não foram forjadas para negociar com essas faces do social. Um ambiente de violência generalizada torna-se fértil num apanhado social que destaca a assepsia para encobrir suas próprias máscaras.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Idem, p. 14.

<sup>94</sup> Extremamente esclarecedora é esta passagem de Weber: durante o desenvolvimento histórico, o uso da força física foi monopolizado de modo crescente por um órgão de repressão de uma espécie determinada de socialização e de comunidade concordante: a organização política. Assim, ela foi convertida pelos po-

A conjunção da violência e da razão é potencialmente tensa, e graças a isso, a violência pode tornar-se terror. É a partir daí que começa um desencadeamento da violência que nada pode diminuir. Por sua racionalização, ela se difunde, e o aumento cada vez maior da criminalidade, da insegurança urbana, faz parte de sua instrumentalização.<sup>95</sup>

De certa forma, assim, a violência social acaba por traduzir uma recusa à atomização, bem postas nas *instituições completas e austeras* – o convento, o colégio, a caserna, a fábrica – expressões da máxima religiosidade contemporânea da reclusão.<sup>96</sup> É possível seguir o percurso e compreender o universo carcerário como símbolo da sociedade perfeita. Com efeito, não é contra-senso falar em violência *construtiva*, uma vez que é o mesmo vetor de um “mundo demoníaco” que traz em si a renovação da estrutura social.

Alguns elementos ainda devem ser discutidos. A violência pode ser igualmente *antecipadora*, na medida em que retrata na destruição sempre uma garantia de construção; e, sobretudo, *afirmativa* na medida em que remete a um desejo de viver coletivo que enfrenta o destino com renovada pulsão de vida.<sup>97</sup>

Mesmo Foucault já alertava para a *utilidade* da delinqüência que, como *observatório político*, permitia a construção do aparelho onipresente e onipotente de controle social. Significa que esse mecanismo útil é que dará lastro e justificará as instâncias judiciária e policial de trato social.<sup>98</sup> De toda forma, quer-se indicar a relação da “parte sombria” com a qualificação pró-

---

deros e, finalmente, por um poder que se atribui formalmente a aparência de neutralidade, numa ameaça organizada pela repressão. WEBER, Max. *Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive*. In: \_\_\_\_\_. **Essai sur la théorie de la science**. Paris: Plon, 1992, pp. 351-352 (tradução livre).

95 MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da Violência...*, p. 18.

96 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987, pp. 195-214.

97 MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da Violência...*, p. 27.

98 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, pp. 226-242.

pria da vida, que uma ordem social especializada tentou abafar, todavia que o cotidiano teima em desmentir.

Inútil, então, tentar eliminar ou negar a presença de um instinto eterno de destruição que acompanha a pessoa; cabe, sim, ver como ele participa paradoxalmente da estrutura cotidiana. É o sentido ambivalente da violência, portanto, que impossibilita qualquer avaliação normativo-judicial sobre ela, principalmente quando colocamos equivocadamente o fator criminalidade como seu sinônimo.<sup>99</sup>

A aleatoriedade que a caracteriza faz introduzir outro elemento importante da violência social, o do *presente*. Essa ênfase na vivência do cotidiano em sua plenitude é que remete à experiência como solidificante social e recupera as diversas finitudes mundanas. Nessa perspectiva que adentra a figura do ‘-limite’, é ele que permite ser. A temática do trágico (jogo entre vida e morte, ordem e desordem...) nos faz lembrar oportunamente que a limitação é também uma maneira de encarar o aspecto natural da cultura. Só existe vida, se existe determinação; o próprio marco constitui uma violência, a qual também é fonte de vida. Em síntese, *a violência é um elemento essencial da construção simbólica do social: precisamente naquilo em que ela nos liga, ou nos religa, à natureza. É algo que quisemos esquecer, ou que negamos*.<sup>100</sup>

Traz em si, noutra parte, a negação da visão linear da história com a idéia de “acaso”, alheia a qualquer pensamento prospectivo. Esse componente não canoniza as ilusões empreendidas por grandes homens detentores da faculdade de objetivar e constituir a “realidade”.

O simbólico do “tudo está aí” é intimamente ligado, por outro lado, à figura do excesso, da vertigem e da efervescência.

---

99 MAFFESOLI, Michel. *Dinâmica da Violência...*, p. 41.

100 MAFFESOLI, Michel. *A Parte do Diabo: resumo da subversão pós-moderna*. Rio de Janeiro: Record, 2004, pp. 69-70.

O desejo de viver latente que se opera nos mais diversos lugares das grandes megalópoles representa de maneira salutar a revolta dos afetos no transe orgiástico.<sup>101</sup> Ao encontro disso que se falará numa *sociologia da orgia*, oriunda de uma sabedoria “demoníaca” que se opõe à violência totalitária dessa visão universalista de mundo.<sup>102</sup> A dinâmica dionisíaca fluida por natu-

**101** Na medida em que o lugar é que faz o elo (troca-se a experiência ótica – ligada a um futuro distante – e se dá azo ao tátil, àquilo que é próximo do toque, do puro localismo), emerge na paisagem social uma série de “altares” nos quais são celebrados diversos cultos de forte componente ético-estético. São em todos estes laboratórios que vão desde uma celebração técnica num museu, passando por uma “ligância” esportiva, chegando até a um banal encontro num ‘chat’ da ‘web’, que darão os contornos da misteriosa alquimia da socialidade. MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a Pós-modernidade**: o lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004, pp. 47-76.

**102** MAFFESOLI, Michel. **A sombra de Dionísio**: contribuição a uma sociologia da orgia. 2ª ed. São Paulo: Zouk, 2005. O *orgiasmo*, tal como fala o autor, diz respeito, acima de tudo, a maneira de propor a questão da socialidade (*alteridade*). Transpondo o indivíduo como limite interno e o Estado como sua projeção ou limite exterior, sublinha-se a proeminência do coletivo, ou seja, um querer-viver, expressão de uma sinestesia social onde se desdenha os projetos virtuosos de domesticação. Ao contrário do esforço disciplinar que sempre direcionou suas baterias à natural “parte da sombra”, o *orgiasmo* é uma maneira de se reintegrar o excesso, o desenfreamento do corpo social. Num mundo que ultrapassa a ordem rígida da razão, o *sentimento*, em seu sentido mais amplo, relegado como as mulheres ao lar, tende a reafirmar a sua eficácia no jogo societal (p. 23). De certa forma, é à sabedoria dionisíaca que acaba por remeter a *nova aliança*, alçada por Prigogini e Spengler, à força vitalista que ronda a “Deusa-Razão” e afrouxa o aperto de poder. Os ventos ordenadores da modernidade soprados pelo fantasma da univocidade, da monovalência, perdem força e a desordem fecunda acaba por evocar a polidimensionalidade de valores. O higienismo como moral oficial de um Estado de um pseudobem-estar acionou mecanismos de exclusão com todas as conseqüências de fanatismo e inquisição já sabidas. Pois quando se reprime o lado escuro e lhe nega expressão, como fez a modernidade, *arrisca-se a que se retorne violenta e incontrolável. Em um espaço civilizacional determinado, a predominância intempestiva dos valores apolíneos leva a violência obscura aos piores excessos, e assim massacres, devastações, campos de concentração e outros genocídios, que são exemplos instrutivos a esse respeito, costumam ocorrer após uma dominação incontrolável da razão* (p. 110). Por certo, vez mais é preciso frisar que não se está tentando justificar qualquer tipo de violência, apenas depreender que ela sempre esteve, está e permanecerá aí. Afasta-se apenas o discurso conjuntural de “bom-tom” marcado pelo

reza e incaptável normativamente aponta para essa ambivalência fundante das formas sociais e desorganiza definitivamente o quadro moral do “dever-ser”.

A mônada de Leibniz, a lógica de Descartes e a biologia de Darwin – forjadores da moderna idéia individual – sequer de longe conseguem dar conta da permanente tensão que existe entre as obscuridades vividas e as luminosidades intuitivas. A idéia prometéica esgota-se juntamente com o Estado-nação, arquitetado pela igualdade e liberdade entre seus membros. Como dirá Maffesoli, *ligar o Aufklärung e os campos de concentração, o humanismo e os massacres mundiais não é expressão de um resumo supérfluo e falacioso, é somente a conclusão lógica de um processo de desestruturação simbólica que simplesmente deixa face a face um indivíduo isolado e um órgão todo-poderoso, os dois dominados, cada um seu nível, por uma tendência paranóica*.<sup>103</sup> Enfim, é a própria aceitação da angústia da contradição que permite as figuras da *alteridade*; e, é possível falar em destino, ele perpassa a vida na sua totalidade (sempre inapreensível), mesmo na extravagância, a vida pela qual e contra a qual combatemos.

O magistério moral que se assentou como nunca na chamada modernidade, fruto do messianismo judaico-cristão, é capitaneado pela idéia de “bem”. E bem se sabe – vale a repetição – que não existe nada pior do que aqueles arrogados a fazê-lo, principalmente aos outros... Não se precisam retomar os etnocídios aos quais se fez referência ou mesmo aos colonialismos e às inquisições passadas para se atentar à coincidência dessas justificações com as teorias de emancipação modernas.

O *teorema da parte maldita*, como quer Baudrillard,<sup>104</sup> que expurga toda negatividade em favor da produção ininterrupta

medo que proclama a todos o aumento da violência. Que se deixe para as “belas almas” pôr em destaque as supostas evidências dessa barbárie.

**103** MAFFESOLI, Michel. **Dinâmica da Violência**..., p. 90.

**104** BAUDRILLARD, Jean. **A Transparência do Mal**..., p. 113.

de positividade, acaba por assinar a própria sentença de morte. Ao contrário do que se pensa, esse “princípio do mal” é ligado à força vital. Do oposto, a “positividade” torna-se incapaz de homeopatar os elementos negativos, correndo o enorme risco da catástrofe por reversão total. O homem realizado em sua totalidade e timoneiro de uma sociedade perfeita fracassa e se defronta com um poder que tomou forma cada vez mais concreta de simples força simbólica para designar o Outro, o inimigo, o desafio, o Mal. No final das contas, esquecemos que a imperfeição é um dado mundano e um elemento estruturante do vivido.

Em outro local, reforçará o autor que o homem feito divindade é um absurdo. Um deus que rejeita a máscara irônica do inumano, que sai da metáfora bestial, da metamorfose objetiva onde ele encarnava em silêncio o princípio do Mal, para se atribuir uma alma e um rosto, endossa ao mesmo tempo a psicologia hipócrita do humano.<sup>105</sup>

É o conflito em seu paroxismo que possui algo de revelador, é nele que a face obscura da natureza – que a cultura pode em parte domesticar, mas nunca suprimir – se exprime. Basta lembrarmos-nos das revoluções e as escleroses que acometem suas instituições, onde o retorno do conflito torna-se inelutável. Vez mais, no cotidiano, as festas (hoje em dia, vêm ao foco as raves, o techno, o rap...) são rituais de inversão que bem nos falam dessa força de anomia. O disfuncional, o contraditorial não pode ser resolvido numa síntese pacificadora que rejeite a inteireza da natureza humana. *O medo da sombra da animalidade é a base da perspectiva universalista.*<sup>106</sup> No drama moderno é este repúdio à sombra que acaba por eliminar o trágico da vida humana, que se refere fundamentalmente à força da alteridade.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> BAUDRILLARD, Jean. *As Estratégias Fatais*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 162.

<sup>106</sup> MAFFESOLI, Michel. *A Parte do Diabo...*, p. 38.

<sup>107</sup> Ainda que se indique, é necessária a distinção entre o drama e a tragédia. Aquele evolui, estende-se até uma solução possível; já a tragédia é “apriorística”, não procura ou espera soluções nem resoluções, portanto é o apórico por construção. Em

Este “mal negado” torna-se uma virtuosa chave de leitura para se entender como se dá o ressurgimento de formas descontroladas de perversidade – veja-se o genocídio empreendido pelo sistema penal, para não sair da seara da pesquisa. Um equilíbrio sustentado por um acordo tensional entre realidades é relegado frente a uma “lógica das almas boas”. Na esteira de Nietzsche,<sup>108</sup> a própria ciência histórica é fundada na superação deste trágico, estruturalmente ético que é. A História passível de ser controlada, como Jardim do Éden do pensamento universal, escamoteou seu aspecto obscuro.

O espírito do tempo (re)começa permeado pelo trágico, que cada vez mais escapa do utilitarismo seguro e monocromático do tempo linear. Um eco de humildade afirmativo da vida comum que troca a certeza de morrer de tédio pelo afrontamento do destino.<sup>109</sup> Com efeito, é próprio desse *presenteísmo* não hierarquizar os elementos mundanos, muito menos torná-los sem sentido, na medida em que não estão atrelados a nenhuma finalidade imanente. Esse encerramento do presente e do passado num eterno instante, ao passo que possa conduzir a uma desmesurada urgência, (re)conduz ao equilíbrio e à harmo-

---

suma, enquanto o dramático conduz à síntese perfeita, o trágico inclina-se ao “contraditorial”. MAFFESOLI, Michel. *Notas sobre a Pós-modernidade...*, p. 28.

<sup>108</sup> O sentido histórico, quando reina irrefreado e traz todas as suas conseqüências, erradica o futuro, porque destrói as ilusões e retira às coisas sua atmosfera, somente na qual elas podem viver. A justiça histórica, mesmo quando é exercida efetivamente e em intenção pura, é uma virtude pavorosa, porque sempre solapa o que é vivo e o faz cair: seu julgamento é sempre uma condenação à morte. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Op. cit., p. 65.

<sup>109</sup> Como refere em vários de seus escritos, a cultura do prazer, o sentimento trágico, o afrontamento do destino, tudo isto é causa e efeito de uma ética do instante – “imoralismo ético” –, de uma acentuação das situações vividas por si mesmas, situações que se esgotam no próprio acto e que já não se projectam num futuro previsível e dominável à medida dos nossos desejos. MAFFESOLI, Michel. *O Eterno Instante*: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Lisboa: Piaget, 2000, p. 26.

nia da apreciação do mundo.<sup>110</sup> Enfim, retoma-se o sentimento barroco de força-emoção-excitação.<sup>111</sup>

Novos arcaísmos que afastam conformismos de pensamento e reatam um saber que leve a sério a anamnese arquetipológica. Durand, nesse ponto, insiste com frequência no aspecto do *formigamento – imagem fugidia, mas primeira* – ligada à agitação do fervilhar próprio da animalidade, ambivalentemente inquietante e necessário, que remete ao caos criador.<sup>112</sup>

O que parece ainda mais difícil de sair da obscuridade é o papel das deidades tutelares, sejam elas profanas ou não (Deus ou quaisquer outras instituições sociais, como Estado ou Igreja). Entende-se claramente a denegação da realidade do “mal” a um plano subalterno, pronto para ser corrigido, superado e emendado por Elas. Do contrário, expostas estariam suas fragilidades e, por suposto, relativizado estaria seu poder abrangente. Em outras palavras, negando ao “mal” seu desempenho estrutural, as diversas doutrinas nada mais fazem do que proteger as instituições e a sua todo-poderosa benevolência.<sup>113</sup>

Essas entidades hipostasiadas souberam como nunca funcionar como implacáveis mediadoras de uma lógica asséptica desencantada do mundo, que apenas desencadeiam pulsões para a destruição da alteridade. Não se trata, em suma, de apostar na

<sup>110</sup> Na fuga de um tempo homogêneo e vazio, arrisquemos as palavras de Benjamim, que sublinhava no messianismo judaico, onde era proibido investigar o futuro, a chegada do Messias a qualquer momento. Por isso esta temporalidade importaria, sobretudo, porque é nela que se permite a realização de si; *pois nele [tempo] cada segundo era a porta estreita pela qual podia penetrar o Messias*. BENJAMIM, Walter. Op. cit., p. 232.

<sup>111</sup> Maffesoli faz referência à ruptura que possibilitou ao renascimento uma exploração dos valores sociais, o relativismo lógico e a diversificação dos modos de vida sobre a qual, segundo ele, novamente estamos confrontados. A “barroquização” das sociedades não é nada senão uma característica central do chamado “homo estheticus”. Por isso falará de uma *ética estética*, ou seja, de um movimento circular sem fim – ética – que agrega o grupo tornando-se estética, emoção comum e vice-versa. MAFFESOLI, Michel. *No Fundo das Aparências...*, pp. 185-229.

<sup>112</sup> DURAND, Gilbert. Op. cit., pp. 73-74.

<sup>113</sup> MAFFESOLI, Michel. *A Parte do Diabo...*, pp. 77-78.

erradicação de uma violência estrutural, mas de canalizá-la e torná-la suportável de algum modo. Como já dito, o “mal” é um limite, e como tal também permite ser; sendo linha que demarca, portanto, funda.

No momento em que somos permeados por faltas, afirmada está a incompletude e a evidente indução à partilha, à procura. Tal empatia,<sup>114</sup> possibilidade de disposição, em (con) fusão ao outro é a chave da vitalidade que cada vez mais nos faz desfrutar de identificações (como pessoa) e menos do efeito da lógica da identidade que é o indivíduo. As multiplicidades de um indivíduo fragmentado fogem à tradição ocidental que impôs sua razão dogmática e, ao mesmo tempo, permite a criação de subterfúgios para escapar das certezas ideológicas e outros tipos de trapaças.

A reificação de um ideal unitário de homem – e a própria idéia de homem em si – desaparece de sua temporalidade de contornos eternos. Em contrapartida, um reconhecimento do obscuro, das banalidades em si e do mundo, acaba por basear uma atitude de humildade e aceitação frente a essa saturação. Assim, a ambigüidade que assinala a contradição pode ser entendida como forma de dizer a polissemia e de negar a pretensão asséptica das grandes teorias ocidentais.

Tendo seus holofotes sempre iluminado o futuro, a cultura judaico-cristã, como referimos, por mais paradoxal que seja em seu contexto, acaba por negar a própria morte. Mesmo em versões laicizadas que buscavam a sociedade perfeita, latentes nos XVIII (o marxismo ganha destaque nesse âmbito), a morte em suas diversas faces – pecado, desordem, anarquia – foi desprovida de realidade lógica, portanto, devendo ser superada. Maffesoli escreve que *a modernidade é um exemplo flagrante de civilizações que, tendo pretendido esquivar-se à dor, expul-*

<sup>114</sup> Vitalismo empático que suscita a orientalização, feminilização, ou mesmo a elevação do andrógono; temáticas pouco aviltadas, mas que acentuam bem, justamente, o retorno em nós do “animal original” que o Ocidente julgara civilizar na sua totalidade. MAFFESOLI, Michel. *O Eterno Instante...*, pp. 170-192.



saram a sombra e por isso mesmo viram proliferar carnificinas e genocídios, enquanto eram ao mesmo tempo tomadas por uma falta de intensidade existencial.<sup>115</sup>

O projeto higienista com a sua assepsia generalizada da vida tentou sempre explicar – *explicare*, de “tirar as pregas” – esquecendo que sempre existirão práticas ambivalentes, múltiplos excessos (dobras) no corpo social que não se podem “despregar”. Afirmamos que diante de um indivíduo saturado, pivô da tradição ocidental, cresce a importância da vacuidade nos ajuntamentos contemporâneos, abertos à inteireza do ser. Nesse turbilhão, aparenta-se tornar quase risível a idéia de utopia, vivida na distância, dando lugar às pequenas utopias intersticiais, todas manifestando um instinto de conservação de grupo.<sup>116</sup>

Quando o político dá claros sinais de fadiga, podemos esperar que pela fresta o místico volte a mostrar seu rosto. Se a valorização do instante é que começa a prevalecer (aceitação do mundo tal como é, no *presenteísmo* em mais alto grau), atualiza-se a serenidade do *kairós* grego – tempo o qual permite à iniciativa humana a percepção da ocasião favorável e a escolha instantânea da liberdade.<sup>117</sup> Há uma evidente ruptura/abertura na temporalidade linear, onde enfatizam-se as ocasiões e as oportunidades da vida corrente.

Em nada a libido trágica da vida *presenteísta* canoniza o *status quo*. Dinâmica que é por excelência, choca-se com o estático e, ao elevar a inteireza do “mais-ser”, vive a imperfeição

115 MAFFESOLI, Michel. *A Parte do Diabo...*, p. 128.

116 MAFFESOLI, Michel. *A Transfiguração do Político: A tribalização do mundo*. Porto Alegre: Sulina, 1997, p. 98-116. É o caso, dentre outros, dos “squats”, das manifestações de solidariedade, dos repentinos agrupamentos contra, por exemplo, uma ação policial, práticas muito longe do engajamento político.

117 Do mesmo modo que ao tempo vazio, contínuo e infinito do historicismo vulgar é preciso opor um tempo cheio, descontínuo e acabado do prazer. MARTINS, Rui Cunha. O nome da alma: “memória”, por hipótese. In: GAUER, Ruth. *Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

humana em todas suas potencialidades. Aparentemente, o *bafo do presente*<sup>118</sup> impulsiona o trajeto antropológico para um retorno que capte as forças vitais do devir; como quer Durand, do *regime noturno* da cultura.<sup>119</sup>

Aparentemente um ciclo se fecha. Já não há adesão a princípios de fachada, desconectados da realidade vivida. O hedonismo difuso que se dissemina e as tribos urbanas dão bem os contornos dessa mutação. É a mística de Dionísio<sup>120</sup> que toma o lugar do progressismo, ou seja, reafirma-se a pessoa num mundo plural onde se tende a “homeopatizar” o que se atribuiu uma estética maléfica e integrá-lo como um elemento entre outros.<sup>121</sup> Talvez o medo, a dor, o sofrimento promovidos pela violência estejam vinculados aos símbolos nictomorfos, que se multiplicam e deixam menos espaço para outras configurações simbólicas que os pudessem neutralizar.<sup>122</sup>

118 MAFFESOLI, Michel. *A Parte do Diabo...*, p. 167.

119 É então que, no seio da própria morte, o espírito procura a luz e a queda se eufemiza em descida e o abismo minimiza-se em taça, enquanto, no outro caso, a noite não passa de propedêutica necessária do dia, promessa indubitável de aurora. DURAND, Gilbert. Op. cit., p. 191 e p. 198.

120 Fazemos referência à leitura nietzschiana quanto a Dionísio e Apolo, ambos deuses protetores da arte. Em termos amplos, este se refere ao lado luminoso da existência, às formas puras, enfim ao princípio da individuação; aquele é o deus da música, aquele que vem do estrangeiro, desintegrador o “eu”, caracterizado pela embriaguez, pela desmedida, pela transgressão e pelo excesso. *Así como lo apolíneo tiende a producir imágenes definidas, formas armoniosas y estables que den seguridad, el impulso dionisiaco no es sólo la sensibilidad ante el caos de la existencia, sino también es instigación a sumergirse en dicho caos, sustrayéndose al ‘principium individuationis’*. VATTIMO, Gianni. *Introducción a Nietzsche*. Barcelona: Ediciones Península, 1985, p. 29.

121 Aqui não se pretende eternizar as meras dicotomizações (bem-mal; bom-ruim; belo-feio...) que se afastam da complexa dinâmica social; muito menos atrelar o fenômeno violência a algo ontologicamente mal – ainda mais quando nos aproximamos do recorte criminal. Em suma, não se utiliza da mesma lógica de defesa social tão difundida no meio acadêmico (“moçinhos” contra “bandidos”), apenas procuramos mostrar o quanto esse paradigma moderno higienista tentou mascarar facetas do humano – e na maioria das vezes criminalizá-las – e o fluxo de socialidade que teima em reconduzir essa parte renegada da pessoa.

122 GAUER, Ruth Maria Chittó. *Alguns Aspectos da Fenomenologia...*, p. 33.

Impõe-se um redimensionamento no modo de pensar que dê vazão à libido de sentir, essa orgiástica difusa que não cabe simplesmente em categorias cientifizantes prontas para “dominar”. As arrogâncias bem-pensantes insistem em pautá-las pelos parâmetros jurídico-políticos, enquanto a trindade laica – Indivíduo, História e Razão (à imagem do mistério da trindade) – esgota-se no instante e na urgência.

Isso traz, sobremaneira, uma reintegração no sentido natural de retorno da violência, não negá-la, e assumi-la como condição de fato da natureza, jamais afastando-a como querem os impulsos de organização da sociedade contemporânea. Na esteira de Silva,<sup>123</sup> quem sabe, não será o momento de questionar se não devemos soltar nossas bruxas e gaviões, forças que nunca foram – e nunca deveriam ter sido – contidas, e que foram mascaradas pelos modernistas de todos os quadrantes? Quiçá dessa forma não alcancemos uma certa alegria de viver? Prometeu está dando lugar ao efervescente Dionísio? Declinando da mera crítica ou explicação, no entanto tentando compreender e admitir, não se trata de pensar na mais clara transformação do *amor fati* (“amor do destino”) nietzschiano num *amor mundi* (“amor do mundo”) pelo que ele é?<sup>124</sup>

Em resumo, frente à imensa complexidade simbólica que carrega a violência, teima-se em empreender a fórceps os retrógrados institutos jurídico-penais no “simples” combate à delinquência em defesa da sociedade. Talvez se tenha desistido, em grande parte, de pensar de forma responsável essa problemática. Que se assumam nossas impotências e, ao mesmo tempo, que se volte o pensamento em direção à limitação/redução do poder punitivo estatal, com seus permanentes impulsos autoritários deflagrados nas suas mais diversas configurações.

<sup>123</sup> SILVA, Hélio. Op. cit., p. 47.

<sup>124</sup> MAFFESOLI, Michel. **Sobre o Nomadismo**: vagabundagens pós-modernas. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 11.

## Capítulo 2

### Enlaces para um Pensamento Jurídico-Penal Garantidor

Talvez, num exame apressado, o apanhado que se segue pode aparentar um relativo descompasso com o anterior. Ver-se-á que não. Desde já, ressalte-se que os diversos enfoques relativos ao exame de uma estrutura de saber jurídico processual-penal limitador – que serão particularmente definidos na derradeira parte do trabalho – jamais devem esquecer de se ater às minúcias do cotidiano da violência social. Notemos que, no capítulo que se segue, o esforço é empreendido na direção do exame das raízes de um pensamento garantidor na área penal e seus antecedentes “alternativos”. Os elos comuns transpostos a este capítulo tornam-se de fácil captação. Sobremaneira, ambos os discursos, seja ele o dos chamados ‘alternativos’ da década de 60, como as posteriores posturas ‘garantistas’, já se debatiam contra a exigência central do sistema jurídico em geral: a idéia de “pureza” do discurso, como vista; traduzida principalmente no discurso kelseniano,<sup>1</sup> e impulsionada pelas deidades tutelares bem à moda do sentimento moderno: Homem, Razão, Estado, Ciência, Progresso etc.

<sup>1</sup> O discurso de Kelsen, por óbvio, em sua *ciência pura* do Direito, é extremamente representativo no universo jurídico devido a sua tenaz empreitada de querer forçar e extirpar a política da ciência, como se esta não fosse também sua outra face. Apenas para ressaltar, o princípio fundamental do método que correspondia aos anseios de Kelsen na busca de uma verdadeira ciência do direito é aquele que tem por imperativo a exclusão de tudo que não pertença exatamente ao seu objeto jurídico, ou seja, o direito positivo. Quer dizer, deveriam ser expurgados todos os elementos estranhos mesclados à ciência do Direito: psicologia, biologia, teologia, e fundamentalmente a ética.

Nessa perspectiva, tal visão inviabiliza qualquer aceitação, tolerância ou hospitalidade diante do *Outro* (entendido sucinta e radicalmente como aquele que, nas mais diversas configurações, rompe ‘teimosamente’ com ‘meu’ universo de sentido, com ‘minha’ segurança de mundo), o que apenas faz (re)pon-tencializar o arsenal neutralizador (eliminador) da diferença. Se, sob o esforço de desenrolar o emaranhado novelo que sus-tenta essa violenta dinâmica ordenadora, fechada e pretensa-mente pura da modernidade, verificou-se a dificuldade de exte-riorização de um pensamento diverso, vêem-se agora como tais reflexos ganham força a partir do exame genealógico-histórico do discurso jurídico garantidor.

## 2.1. Da genealogia

O trabalho que agora é delongado acerca da análise histó-rica na formação de uma determinada forma de pensamento jurídico, por certo, carrega consigo algumas idéias procedimen-tais básicas. A singularidade dos acontecimentos demanda uma minúcia do saber; exige, em outros termos, paciência. Se quisermos, podemos chamar esse processo de genealógico, que se opõe radicalmente, como diz Foucault,<sup>2</sup> na esteira de Nietzsche, à pesquisa da origem (*Ursprung*).

Não há, assim, a busca por uma identidade primeira que esquece pelo caminho as contingências e o caráter acidental dos acontecimentos. Quer-se privilegiar o descontínuo, ou seja, as forças que dominam num dado momento, impondo uma dire-ção aos sistemas de regras estabelecidos. O autor francês enten-de a genealogia nietzschiana como análise da proveniência e a história das emergências. Através de uma postura hermenêuti-

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: MACHADO, Roberto (org. e trad.). *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 16.

ca nova que procura “interpretar as interpretações”, pretende-se analisar os valores, significados, linguagens, como meios que são utilizados à mercê dessas forças, que deles se apossam para lhes dar um novo sentido.<sup>4</sup>

Em outras palavras, essa pergunta pelo intérprete e a recu-sa por acreditar que no começo de todas as coisas encontra-se o que há de mais precioso e essencial, denota uma postura bem definida. Têm-se, assim, dois troncos hábeis que prontificamos a nos apoiar: proveniência (*Herkunft*) e emergência (*Enteslehung*). Trata aquela de descobrir todas as marcas sutis, singulares, diferenciadas, quer dizer, demarcar os acidentes, os desvios mínimos; enquanto esta se dispõe a examinar o estado de forças e como elas lutam entre si.<sup>5</sup>

Assim, o sentido dessa história efetiva toma um novo fôlego e impõe fundamentalmente um saber perspectivo, que sabe tanto de onde olha quanto o que olha. Possibilita ao pesquisador e ao próprio saber histórico, assim, a *possibilidade de fazer, no movi-mento do seu conhecimento, sua genealogia*.<sup>6</sup> Enfim, é dessa maneira que se busca alcançar um estudo desde uma local de fala específico – o saber jurídico-penal – que ambicione coletar as minúcias e as variações do então movimento de pensamento jurí-

<sup>3</sup> Frequentemente, ao longo de todo o texto, faz-se uso do recurso das aspas. Este é um mecanismo o qual se lança mão tendo em vista alguns objetivos. Na esteira de NIETZSCHE, a palavra era concebida como metáfora, como transposição arbitrária. As aspas, assim, apenas querem marcar a distinção entre palavra e coisa, ou melhor, entre linguagem e contra-linguagem. Quer-se dar uma abertu-ra maior ao encerramento semântico, fugir da simples nomeação, jogar com metonímias. Decolar-se de uma “moralização” ou interpretação única do real, na direção de uma realidade múltipla e trágica: *narrar o intraduzível não-isomorfo*. BLONDEL, Eric. As Aspas de Nietzsche: filologia e genealogia. In: MAR-TON, Scarlett (org.). *Nietzsche Hoje?* Colóquio de Cerisy. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 122.

<sup>4</sup> MARTON, Scarlett. Foucault leitor de Nietzsche. In: \_\_\_\_\_. *Extravagâncias: Ensaio sobre a filosofia de Nietzsche*. São Paulo: Discurso Editorial e Editora UNIJUI, 2001, p. 205.

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, a genealogia...*, p. 26.

<sup>6</sup> Idem, p. 30.

dico chamado Uso Alternativo do Direito, as forças e contingências que possibilitaram sua emergência no cenário jurídico-político, bem como o desdobramento atual da matriz garantista.

Utilizando-se dessa postura, pretende-se examinar dentro das ditas ciências criminais duas vertentes de pensamento crítico de íntimas relações: o *Uso Alternativo do Direito* e a *Teoria Garantista*. Para isso, necessitamos trazer à baila elementos marcantes tanto relacionados às suas premissas e as relações de ambas, quanto, sobretudo, às delimitações temporais nas quais elas emergiram num cenário dogmático dominado pelo conservadorismo. Assim, estudar o conjunto de forças – pensamentos e práticas – que ajudaram a constituir um sólido arcabouço teórico de matriz garantidora dos direitos fundamentais no âmbito penal.

## 2.2. “Uso Alternativo del Diritto”<sup>7</sup>

### 2.2.1. Magistratura Democrática: antecedentes, surgimento e crítica alternativa

De início, prudente consignar que a também denominada *jurisprudência alternativa*,<sup>8</sup> nascida nas décadas de sessenta e

setenta junto à *Magistratura Democrática*, uma das associações dentro do judiciário italiano, eclodiu diante de um quadro extremamente delicado que o país atravessava naquele momento. Fruto da esperança destruída frente à falência do modelo industrial-consensualista juntamente com as freqüentes manifestações estudantis frente à crise econômica, a estratégia das chamadas esquerdas – ressalte-se aqui o PCI (Partido Comunista Italiano) – transformaram-se completamente no continente.<sup>9</sup> Adotando a tática gramsciana de “tomada de posições”, o então eurocomunismo aspirava chegar ao poder.

Antes mesmo de se adentrar na elucidação genealógica do *Uso Alternativo del Diritto*, é adequado fazer uma explicação da estrutura organizacional de classe dos magistrados italianos. Diferentemente do que ocorre na dinâmica nacional, onde, até bem pouco tempo, a associação nacional e as estaduais possuíam uma atividade gremial, há até a presente data uma prática política assumida dentre as diversas correntes ideológicas internamente organizadas nas entidades.

Inicialmente, com o fim do regime fascista em 1945, foi instituída unicamente a *Associação Nacional de Magistrados*

<sup>7</sup> Quase em qualquer lugar da Europa apareceram revistas e estudo dedicados à crítica do direito na época: *Critica del diritto* (Itália), *Jueces para la democracia* (Espanha), *Kritische Justiz* (Alemanha), *Kritick van Recht* (Holanda), *Politica del diritto* (Itália), *Procés* (França), *Qualegiustizia* (Itália). Como temos dito desde o princípio, nossa proposta de investigação, de maneira sumária, centrar-se-á no caso italiano e no desdobramento espanhol, iniciativas que maior influência e dimensão tomaram à época. De forma alguma está a se olvidar das expressivas contribuições críticas que se desenvolveram nos demais os países europeus, a destacar em França com a *Association Critique du Droit*. Movimento este que nasceu em torno de Lyon, Grenoble, Montpellier e Nice e que teve como singularidade os “contra-manuais”, coleção de livros que propunham novas bases à Teoria do Direito e com elas os instrumentos para um novo ensino da ciência jurídica. Vale destacar obra que obteve enorme êxito principalmente na América do Sul, MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

<sup>8</sup> Expressão cunhada por COSTA, Pietro. La alternativa ‘tomada en serio’: manifestos jurídicos de los años setenta. In: **Derecho y soberanía popular** – Anales de

la Cátedra Francisco Suarez, Universidade de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 30, 1990, p. 179. Já de início importa colocar que, para os italianos, o termo *jurisprudenza* denota os aspectos da chamada Ciência do Direito (dogmática jurídica) e não propriamente os “julgados”, como transparece em língua portuguesa.

<sup>9</sup> O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos oferece indispensável contribuição ao tema em seu livro **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortês, 1995: *como sabemos, o movimento estudantil dos anos sessenta foi o grande articulador da crise político-cultural do fordismo e a presença nele, bem visível, de resto, da crítica marcusiana é a expressão da radicalidade de confrontação que preconizava* (p. 90). Mais especificamente acerca dos reflexos do ano de 1968 para o desenvolvimento do Direito Alternativo na Europa, bem como seus antecedentes, ver LOSANO, Mário G. La Ley y la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo en Europa y en Sudamérica. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 60-65.

*Italianos* (ANMI). O perfil eminentemente “apolítico” e corporativo desta, concomitante ao ambiente de interpretação ampliativa das antigas leis fascistas, anteriores à Constituição que entrara em vigor em 1º janeiro de 1948, culminou com o racha ocorrido em 1961.

Os magistrados de 2º grau abandonaram a ANMI emergindo a *União de Magistrados Italianos* (UMI), mantendo-se a mesma postura ideológica de a-sindicalidade, de elogio ao positivismo, à certeza e à segurança jurídicas, bem como à defesa da função simplesmente exegética do juiz.

De acordo com Treves, a magistratura italiana perdeu sua “inocência política” e ficou dividida em três concepções distintas sobre sociedade e a própria função judicial. A primeira, mais moderada, era composta pela União de Magistrados Italianos e pode ser identificada como de concepção “estrutural-funcionalista”. No segundo viés, referente à Associação de Magistrados Italianos, de tendência crítica reformista, prevalecia as idéias de mudança social, mobilidade, implantação progressiva de justiça, possuía uma concepção de “conflito pluralista”. A terceira, considerada a mais radical, defendia o predomínio da justiça sobre a segurança jurídica, a função criadora do juiz e era formada pela Magistratura Democrática, com uma concepção referente ao “conflitismo dicotômico de tipo marxista”.<sup>10</sup>

Cria-se, então, em 1964 a Magistratura Democrática, corpo dissidente de enorme contundência no discurso e seio de uma magistratura renovada e desarraigada aos horrores de Mussolini. Dividiu-se, assim, o mecanismo de formação dos

chamados *Magistrati del dissenso* em duas etapas distintas: antes e depois do período crucial de 1968. No lapso inicial, tiveram uma atitude mais cultural e menos política, prevalecendo uma linha liberal-democrática. Já num segundo embate, assumem plenamente o conteúdo socialista, sendo a primeira vez que num chamado Estado burguês um grupo de magistrados declara-se contrário ao grupo dominante.

Através de duas revistas periódicas (*Quale Giustizia* e *Magistratura Democrática*) e vários seminários, elevavam toda sua luta à sociedade civil, demonstrando seu forte caráter engajado e convicção ideológica. Teimavam em persistir, por assim dizer, com sua lógica independente mesmo diante de tamanha violência impetrada, tanto pela cúpula da magistratura, como pela imprensa ligada aos ranços fascistas.<sup>11</sup>

Os membros da Magistratura Democrática colocavam como algo crucial à independência, não só a desvinculação do Poder Judiciário em relação ao Executivo, mas a liberdade interna dentro do próprio Poder Judiciário. Atacavam a intrínseca burocratização e hierarquização existente que fazia emergir o exercício de poderes ditatoriais como a escolha de juízes para determinados casos, afastamento de outros por não afinidade de pensamento pelos inferiores e a constante punição dos que se rebelassem em face do instituído. Apenas juízes com forte caráter não eram acometidos da pior das conseqüências: a

<sup>10</sup> TREVES, Renato. **El Juez y la sociedad**: una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia. Madrid: Edicusa, 1974, pp. 12-13. Os estudos italianos sobre a ideologia da magistratura nunca tiveram como pedra de toque o comportamento decisional dos juízes (como no caso americano), mas antes os documentos públicos, manifestos, discursos, estatutos organizativos em que os magistrados, individual ou coletivamente, definiam o perfil da função judicial e de suas interações com o poder político e com a sociedade em geral. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice...**, pp. 172-174.

<sup>10</sup> TREVES, Renato. **El Juez y la sociedad**: una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia. Madrid: Edicusa, 1974, pp. 12-13. Os estudos italianos sobre a ideologia da magistratura nunca tiveram como pedra de toque o comportamento decisional dos juízes (como no caso americano), mas antes os documentos públicos, manifestos, discursos, estatutos organizativos em que os magistrados, individual ou coletivamente, definiam o perfil da função judicial e de suas interações com o poder político e com a sociedade em geral. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice...**, pp. 172-174.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi; SENESE Salvatore; ACCATTATIS, Vincenzo et al. **Política y justicia en el estado capitalista**. Barcelona: Fontanella, 1978.

postura de convivência e conformismo com a elite judiciária, para que, assim, pudessem ascender na carreira.

Essa emulsão de debates, anterior ao próprio surgimento do movimento no início da década de setenta, segundo Barcellona:<sup>12</sup>

(...) si se consideran con más atención las cadencias del discurso, en realidad, se ve que se anuda en tres momentos esenciales: de las dificultades encontradas en el terreno de la investigación y de la enseñanza se ha pasado al reconocimiento de los signos de una crisis más general de los papeles de mediación jurídica, para llegar finalmente al tema de la transformación de los aparatos institucionales.

Esse movimento de juristas, não obstante, possuía duas linhas de tensão bem nítidas. A primeira era dotada de um caráter preliminar que dizia respeito à valoração do papel do Direito e do Estado burguês no processo de transição (onde se incluía mesmo o questionamento sobre a possibilidade de um ‘uso alternativo’ do Direito). A segunda corrente referia-se à identificação dos entes societários externos e as maneiras de articulação desejada.<sup>13</sup> Com isso, organizou-se entre 1971 e 1972 – Congresso de Roma e de Catania – o *Uso Alternativo del Diritto*, uma vertente criteriosa formada por um grupo de intelectuais orgânicos<sup>14</sup> alinhados sobre um forte embate face o aparato judicial fascista vigente à época e com energética vinculação aos princípios constitucionais democráticos.

O Uso Alternativo do Direito vinha, assim, desvendar a crise do modelo jurídico que foi oferecido e desenvolvido pela

cultura burguesa do ocidente, respondendo à crise que sofriam (sofrem) os modelos de ciência jurídica. Como escreve Barcellona,<sup>15</sup> *estamos en presencia de un hecho social paradójico consistente, por una parte, en el incremento de la demanda ‘pública’ de justicia y, por otro lado, en una proporcional pérdida de función de los instrumentos jurídicos.*

Não mais se poderia enclausurar a ciência do direito na simples prática atrelada ao manejo “neutro” da realidade jurídica, fruto da concepção generalizadora cientificista do século XIX. A jurisprudência alternativa propunha um freio às pretensões práticas cientificistas (mantenedoras, na índole, apenas de um modo a mais de dominação e injustiça das classes dominantes) através da recondução às contradições do próprio Direito.

Afirma Ferrajoli<sup>16</sup> que:

(...) aquellos jueces que sostienen que la función judicial ‘debe’ ser apolítica, hacen política en el ejercicio de sus funciones, consciente o inconscientemente; y (que) por lo tanto, el compromiso deontológico de la apoliticidad del juez es, en realidad, un postulado ‘ideológico’ detrás de cual se esconde una determinada política de la justicia.

Barcellona<sup>17</sup> vai além e chega a escrever sobre o desenvolvimento de uma cultura jurídica alternativa, fazendo, contudo, a ressalva para que não se cometesse o equívoco de pensar na construção de uma dogmática alternativa.<sup>18</sup> Chegar-se-ia, ao

<sup>12</sup> BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Guisepe. **El estado y los juristas**. Barcelona: Fontanella, 1976. Libros de confrontación, filosofía 8, p. 18.

<sup>13</sup> COSTA, Pietro. La alternativa ‘tomada en serio’..., p. 184.

<sup>14</sup> Expressão de MADURO, Otto. O Profissional da Classe Média e as Lutas Populares. **Cadernos do CEAS**, n. 91, [s.d.], pp. 53-61.

<sup>15</sup> Apud LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valência: Fernando Torres, 1978, pp. 11-12.

<sup>16</sup> Idem, p.52.

<sup>17</sup> BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Guisepe. Op. cit., p. 255.

<sup>18</sup> Do contrário pensa Clèmerson Merlin Clève, quando sustenta acerca do desafio que tem o Movimento Alternativo na construção de uma “dogmática constitucional emancipatória”, uma “teoria constitucional da efetividade integral”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: \_\_\_\_\_. **Uma vida dedicada ao Direito** – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 37.

final, a uma categoria de totalidade, como produto universal da utilização dialética da sociedade política e forma jurídica, havendo a reinserção do Direito no interior das relações sociais. Nesses termos, nasceria uma nova relação entre juristas e sociedade, sempre visando à instauração de mecanismos que promovessem novas práticas coletivas.<sup>19</sup>

O almejado “poder alternativo” seria alcançado a partir de dois campos de luta: um interno (atrelado ao exercício da função jurisdicional, fulcro na hermenêutica de emancipação das classes silenciadas) e um externo (decorrente da aproximação da magistratura à sociedade civil). O impulso precípua, por óbvio, era a atuação no corpo do Poder Judiciário, mediante as ‘inovadoras’ decisões apoiadas no marxista *principio de la constitución*.

Identificada intensamente a relação Direito/Política e instrumentalizados pelas contradições, ambigüidades e lacunas do ordenamento – estas na esteira da real autenticidade<sup>20</sup> existente quando da verificação de ‘possibilidades’ dentro da lei. Elementos estes tão numerosos, conforme Kantarowicz,<sup>21</sup> quanto as próprias palavras do texto legal – maximizavam a interpretação em prol da classe obreira. Entendiam a Constituição como convergência de inúmeros princípios, muitas vezes antagônicos, os quais necessitavam ser tensionados para que se tornassem realidade. Privilegiavam, em suma, aqueles aspectos representativos das conquistas dos trabalhadores até então confinados à letra morta do texto legislativo.

Em contrapartida, tinham como objetivo também, atitude que reiteradas vezes é levada ao esquecimento pelos autores nacionais, fomentar o que se chamou de um terceiro nível: a elaboração de mecanismos de modificação do modelo de desen-

volvimento vigente, atuando através de dois vieses – o primeiro teria como vetor a determinação dos fins sociais, ou seja, dos objetivos atinentes ao sujeito público considerado como ente exponencial do interesse comum; o segundo se referia à apropriação das instituições pelo movimento operário, mediante a criação de novas maiorias para a gestão, tanto nos poderes locais autônomos, quanto nos poderes centralizados.

Em ambos, estava implícito o pressuposto da fungibilidade dos instrumentos existentes, enquanto o terceiro patamar tratar-se-ia da criação de ferramentas novas a serem utilizadas. Neste, sim, havia maior caráter de novidade, pois concernente à modificação das estruturas que se desenvolviam os processos de produção e distribuição.<sup>22</sup>

Cientes estavam, não obstante, que

(...) la liberación de las clases oprimidas y la construcción de una sociedad sin clases no tiene precisamente su apovatura más importante en el derecho. El uso alternativo del derecho se inscribe dentro de la actuales tendencias neo-marxistas que saben bien de como han evolucionado las estructuras de los sistemas capitalistas avanzados y concluyen, bajo principios estrictamente marxistas, que no cabe mantener los mismos análisis ni las mismas estrategias que en otros tiempos ya muy lejanos.<sup>23</sup>

Ao fim, é no Congresso de Rimini (1977) que verte na Magistratura Democrática uma mudança de postura, emergindo pela primeira vez alusões às práticas garantistas. Em verdade, o Uso Alternativo do Direito terminou mais pelas atitudes de seus membros do que por alguma flagrante derrota imposta

<sup>19</sup> BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Guiseppe. Op. cit., p. 264.

<sup>20</sup> ZITELMANN, Ernest. *Las Lagunas del Derecho*. Traduzido por Carlos Posada. Buenos Aires: Lousada, 1949, p. 312.

<sup>21</sup> KANTAROWICZ, Germán. *La lucha por la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 337.

<sup>22</sup> BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Guiseppe. Op. cit., p. 269.

<sup>23</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Sobre el uso alternativo...*, p. 19.

pelos opositores. Houve, sim, uma supervalorização das virtualidades do movimento sem, todavia, poder-se pormenorizar a relevante e importantíssima prática efetuada.<sup>24</sup>

### 2.2.2. A Vertente Espanhola: “Justicia Democrática” e “Jueces para la Democracia”

A Espanha, assim como a Itália, foi submetida a um terrível período ditatorial (1936 – 1975), a cargo do General Francisco Franco Bahamonde. Nas ciências jurídicas, alheio permaneceu o país a todo o embate, principalmente italiano, acerca da desmistificação de postulados da ideologia burguesa, fato que provocou profundo retrocesso no desenvolvimento jurídico nacional. Dentro desse panorama, surge em 1971, óbvio, sem a realização de um prévio debate e sob o regime de exceção, a “Justicia Democrática”. A organização *Jueces para la Democracia*, entretanto, influenciada pela similar italiana, formou-se em 1983, já oito anos após a transição democrática.

Franco, à época, era a única fonte donde emanava a legalidade, a própria administração da justiça era posta em condições subalternas e de estrita dependência ao aparato franquista, carecendo profundamente de significação política autônoma.<sup>25</sup> Sob este quadro, um grupo de funcionários da Justiça de várias ideologias começou, na década de setenta, a atuar na clandestinidade fomentando discussões sobre a problemática política em diversas localidades espanholas.<sup>26</sup> Surge, com isso, a figura inédita do chamado juiz delinqüente, caráter largamente assumido por estes magistrados militantes.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 273.

<sup>25</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Justicia/conflicto**. Madrid: Tecnos, 1988. p.17.

<sup>26</sup> CHIAMORRO, Jesús Vicente. Antonio Carretero y Justicia democrática. **Jueces para la Democracia**, Madrid, vol. 8, nº 12, 1989, p. 07.

<sup>27</sup> JUSTICIA DEMOCRÁTICA. **Los jueces contra la dictadura**: justicia y política en el franquismo. Madri: Tucur, 1978, p. 274.

Ainda sob intensa repressão, houve, em 1977, o I Congresso Nacional da Justiça Democrática, onde apareceu a primeira menção direta ao Uso Alternativo do Direito como proposta de ação. Afastavam-se, por certo, do conteúdo revolucionário oriundo do italiano. Aspirando a efetivação de um Estado Democrático de Direito, cunhavam como primordial

(...) limpiar al Estado español de las adherencias y hábitos fascistas; reconocer las libertades individuales tanto tiempo sofocadas, (...) buscar e encontrar soluciones políticas y sociales sin dictados ni exclusiones arbitrarias tanto en cuanto al cuadro constitucional como en lo que respecta a la vida económica y cultural;(...) rechazar y castigar las prácticas policiales vejatorias y opresoras tan favorecidas por el Régimen; luchar contra toda mediatización de la justicia e impedir que los tribunales se presten a cubrir abusos y que se premie a los jueces y magistrados que se avienen a ellos, y, para terminar, aunque en nuestro ánimo debe ir antes que todo lo demás, abrir las prisiones a tantos y tantos hombres condenados por su amor a la libertad, es decir, promulgar la amplia amnistía que reclama el país.<sup>28</sup>

Já no alvorecer da década de oitenta, fortalece-se o intenso processo de formação das associações territoriais espanholas de magistrados, sobressaindo-se a A.P.M. – “Asociación Profesional de la Magistratura”. Foi com a ulterior possibilidade de adoção de correntes internas que se fez surgir os “Jueces para la Democracia”, de notória identidade política com as esquerdas, tendência que ganhou autonomia em 1981.

<sup>28</sup> Idem, p. 299.



### 1.2.3. “Uso Alternativo del Derecho”: Teoria, Hermenêutica e Práxis

O empenho invejável, tanto nas discussões dentro da “Justiça Democrática” como nos “*Jueces para la Democracia*”, levou três figuras, incontestavelmente, a merecer maior destaque. Perfecto Andrés Ibáñez, Nicolás López Calera e Modesto Saavedra López tornaram-se nomes referenciais quando se cogita falar sobre alternatividade na Espanha.

O alcance teórico da alternatividade na Espanha, em muito, favorece o entendimento das diretrizes do original italiano. Sistemáticamente vê-se a recolocação da essência política no Direito, desvendando-o como um ato de vontade de classe erigida momentaneamente à forma de lei, dotado da virtude de poder resumir, ambivalentemente, as conquistas das classes subjugadas e o próprio instrumental para a opressão desses mesmos indivíduos.

Utilizavam-se, para isso, de uma nova relação com os ícones marxistas da estrutura econômica e superestrutura político-jurídica, onde se reconhecia a possibilidade de que o Direito também fosse um campo válido para a então luta de classes e não um terreno a ser esquecido à pura dominação de uma classe burguesa.<sup>29</sup>

Sem abandonar a análise frente à base economicista, claramente, não se atribui ao Direito um caráter secundário nos processos dialéticos da história social. A partir, sim, da generalidade do ordenamento jurídico, com a sua conseqüente ambigüidade, a eficaz atuação prática dar-se-ia nas falhas e contradições atingindo o ideal emancipatório obreiro.

De outra parte, o Uso Alternativo do Direito é posto, sobretudo, como proposta política para a transição visando a um sistema social superior mais democrático, autônomo e autogestionado. Entretanto, não se intentaria *despojar al legislador de su fun-*

*ción ni liberar al poder judicial de su sumisión al derecho escrito, sino más bien promover una política jurídica o judicial permitida ya por las posibilidades del mismo ordenamiento jurídico.*<sup>30</sup>

O terreno discursivo de rompimento com a dogmática em curso, por certo, fruto da matriz marxista, é o materialismo histórico. Partindo dessa gênese, enuncia-se uma exigência metódica que, por um lado, dispõe, como assevera López Calera, um pressuposto subjetivo ou epistemológico, atinente à atividade de conhecimento do sujeito-objeto: *el uso alternativo del derecho presupone, en ese sentido, como punto de partida, un conocimiento, comprensión o interpretación alternativa del contenido del ordenamiento jurídico*. De outro lado, como pressuposto objetivo, repele necessariamente a concepção acerca do reducionismo economicista-determinista do Direito.<sup>31</sup> Jamais se deixando olvidar da real insuficiência judicial de suas vias para as almejadas transformações, apregoa-se, sim, um embate na totalidade dos múltiplos aspectos do sistema capitalista.<sup>32</sup>

Contudo, é imperiosa a descrição peculiar das especificidades do caso espanhol. Visto o Uso Alternativo do Direito pelo viés de Andrés Ibáñez – como um empenho tático de reconverter politicamente os instrumentos jurídicos a uma orientação progressista, de modo que pudessem atuar como fator de mudança social<sup>33</sup> –, o ambiente crítico interno fora tornado imensamente dificultado pelo caráter conservador e complacente do magistrado nacional.

Em oposição à Itália, onde o problema do *Uso Alternativo del Diritto* foi conseqüência do vivo dinamismo da realidade política, aumentados estavam ainda os obstáculos em proceder a

<sup>29</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Sobre el uso alternativo...*, p. 22.

<sup>30</sup> Idem, p. 41.

<sup>31</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Sobre el uso alternativo...*, p. 43.

<sup>32</sup> Idem, pp. 59-60.

<sup>33</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Para una práctica judicial alternativa. *Derecho y soberanía popular* – Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Universidade de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 16, pp. 155-175, 1976.

um novo programa democrático, visto não serem tão acusadas as contradições sistêmicas do ordenamento hispânico *que ha sido, y aún es, más coherente o, si se quiere, más coherentemente represivo*,<sup>34</sup> reduzindo-se as possibilidades alternativas. Em suma, talvez se pudesse resumir o âmago dessas doutrinas sobre o *Uso Alternativo del Derecho* se diria, na esteira de López Calera, que elas se dispuseram, mais do que proporcionar um mera alternatividade ao ordenamento, a *replantear viejas y profundas cuestiones sin solucionar que siguen existiendo bajo todo proceso revolucionario, que precisamente no termina tan sólo en el grito de desesperación de una clase oprimida ni en un voluntarismo utopista y sonador de una sociedad sin clases. Por otra parte, dichas doctrinas se han convertido en efectiva praxis y han contribuido modestamente a hacer avanzar el proceso de liberación de la clase trabajadora*.<sup>35</sup> Constatava-se, conseqüentemente, no discurso dos *Jueces para la Democracia* um tom diferente e mais ameno comparado à estirpe revolucionária dos italianos. O espírito revolucionário, por certo, estava presente entre os intelectuais, entretanto a conjuntura político-social fazia com que essa visão, no momento, tivesse sido afastada, esforçando-se na preocupação em garantir as conquistas democráticas já introduzidas na Constituição. Alinhavam-se, sem dúvida, às ações garantistas últimas do movimento italiano.

#### 2.2.4. A visão ampliada da proposta brasileira<sup>36</sup>

Após o fim da ditadura militar e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, claramente se colocava a seme-

<sup>34</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre el uso alternativo...**, p. 90.

<sup>35</sup> Idem, p. 31.

<sup>36</sup> Por óbvio, não é a pretensão do estudo se aprofundar no esgotamento da temática nacional, ainda porque nos afastaríamos do objeto proposto. Somente, sim, pretende-se vislumbrar a extensão obtida pelo pensamento oriundo da corrente européia na dinâmica brasileira.

lhança com o ambiente vivenciado pelos italianos no pós-guerra. Inegável, entretanto, que o Movimento do Direito Alternativo – MDA – evoluiu em terras brasileiras para uma atuação mais complexa que os originais europeus. Nada mais fiel do que adotar, segundo a tipologia proposta por Carvalho,<sup>37</sup> um dos mais destacados “alternativos”, os três<sup>38</sup> alcances fundamentais que envolveriam o pensamento brasileiro.

A primeira face representaria o próprio “Uso Alternativo do Direito”. Nesse momento, a atuação ocorre dentro do sistema positivado, no já instituído. Consiste, em outras palavras, na utilização das contradições, ambigüidades e lacunas do direito numa ótica democratizante; e na busca, via interpretação qualificada, diferenciada, de espaços possibilitadores do avanço das lutas populares e da democratização cada vez mais dos efeitos da norma por meio da crítica constante. Os atores principais, nessa época, são aqueles que colocam a determinação na norma, extraindo dela um novo texto, fazendo sua leitura e nela atuando. Outra parte seria a “Positividade Combativa”. Aqui se trava propriamente o embate, tanto no campo jurídico, como na sociedade em geral, para que as conquistas que já foram erigidas à condição de lei tenham efetiva concretização, ante a crescente tendência do descumprimento das normas de representam vitórias populares.

Por derradeiro, concebe o denominado “Direito Alternativo em sentido estrito” que emerge do pluralismo jurídico. Há

<sup>37</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo: teoria e prática**. Porto Alegre: Síntese, 1998, pp. 55-61.

<sup>38</sup> Pelo seu viés, voltado para a sua formação sociológica, Edmundo Lima de Arruda Júnior elabora outra forma de se verificar os braços do MDA, que ele prefere chamar de “uso do direito”: “1º) Plano do Instituído sonogado; 2º) Plano do instituído relido e 3º) Plano do Instituinte negado. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares** In: \_\_\_\_\_. (org.). **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992, pp. 174-175.

o reconhecimento do direito paralelo, vivo, atuante, rebelde, insurgente, emergente, achado na rua, não-oficial, que coexiste com aquele provindo do ente estatal. Aqui a ação tem por atores principais os movimentos sociais, sindicatos, partidos políticos, corporações, setores das igrejas. Frise-se que não se pode incorrer no equívoco de se ter por democrático qualquer ‘sujeito alternativo’, motivo para profundas discussões dentre os estudiosos acerca dos limites dessas manifestações.<sup>39</sup>

Depreende-se claramente que o Uso Alternativo do Direito representa tão só um dos instrumentos deflagrados pela corrente do Brasil. Estaria situado em um dos três níveis de discurso jurídico de Entelman<sup>40</sup> que englobariam: o patamar (normativo) do discurso produzido pelos órgãos sociais no primeiro deles, sobre o qual se apoiariam os restantes; o posterior está integrado pelo produto daqueles que trabalham sobre o primeiro; e o terceiro nível do discurso é onde se joga o imaginário de uma formação social.

Assim, do cruzamento de ambas classificações seria cabível aduzir que o “Uso Alternativo do Direito” estaria situado principalmente no primeiro nível do discurso jurídico, enquanto o “positivismo de combate” não só seria parte do nível normativo, mas paralelamente se produziria no primeiro e segundo níveis, mediante a atividade profissional tendente à efetivação das conquistas positivadas.

Juntamente, no segundo nível, encontraríamos as atividades dos serviços legais tidos como alternativos, apesar de que, mediante suas atividades formativas, estariam entrando na conformação do último dos níveis, o imaginário social.

<sup>39</sup> Para o pensador argentino Diego Duquelski, à classificação proposta pelo iurista filósofo gaúcho, poderia ser agregada uma quarta acepção: os chamados “serviços legais alternativos”. GOMEZ, Diego J. Duquelski. **Entre a Lei e o Direito: Uma Contribuição à Teoria do Direito Alternativo**. Traduzido por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

<sup>40</sup> ENTELMAN, Ricardo. Discurso Normativo y Organización del Poder. In: **Materiales para una crítica del derecho**. Buenos Aires: A Perrot, 1991, p. 307.

Por derradeiro, a denominação “direito alternativo em sentido estrito”, ou pluralismo jurídico, situar-se-ia, abertamente nesse terceiro nível: o discurso dos súditos, com um grau de independência ou protagonismo muito maior do que o imaginado por Entelman ao formular sua análise.

Os níveis de radicalidade, enfim, que se conduziram os movimentos europeu e brasileiro são diferentes, muito em função das diversas realidades sociais em que ambos se depararam. Assevera Losano que *los brasileños aspiran a alcanzar una fractura más fuerte: pretenden salirse de los confines del derecho vigente y crear un derecho distinto: un derecho paralelo de origen popular*.<sup>41</sup> Em suma, da interseção das construções teóricas postas, retira-se indubitavelmente o caráter mais amplo e elaborado das práticas alternativas transpostas à nossa realidade.

### 2.3. As razões de uma Teoria Garantista

Podemos afirmar, alijados de qualquer possibilidade de erro, que Luigi Ferrajoli, com a publicação, em 1990, do livro *“Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale”* – e principalmente com a primeira edição espanhola em 1995 –, foi responsável por um dos maiores impactos na cultura jurídica nos últimos tempos. O professor italiano, ademais, foi articulador desde seus primórdios e membro destacado do aclamado *Uso Alternativo del Diritto*, motivo da essencial pertinência com a temática aposta.

Evidente estarmos longe de ambicionar o esgotamento de obra de singular erudição; presente, sim, a ousadia de traçar linhas gerais que apresentem essa teoria de impressionante profundidade conceitual, arquitetada em um livro de quase mil páginas e já desenvolvida, revista, discutida e ampliada pelo pró-

<sup>41</sup> LOSANO, Mário G. **La Ley y la Azada...**, pp. 80ss.

prio iurisfilósofo de Camerino posteriormente através de inúmeros trabalhos em quantidade e qualidade de igual expressão.

De início, necessário dar contornos precisos à multifacetada crise de grande alcance no Direito hoje em seus diversos patamares. Ferrajoli traz à baila, primeiramente, a crise da legalidade que se exprime na fenomenologia da ilegalidade do poder com a *degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos*.<sup>42</sup>

Localiza, para além, a problemática inadequação estrutural das formas de Estado e de direito às funções do *Welfare State*, salientando o evidente déficit na elaboração de um complexo funcional regulativo e de controle dos direitos e garantias sociais, visto que, na esteira de Bobbio, *i diritti sociali, como è noto, sono più difficili da proteggere che i diritti di liberta*.<sup>43</sup>

Por fim, liga à crise do Estado Social, a tendência no deslocamento dos lugares de soberania para fora das fronteiras dos Estados nacionais – fato que deve apontar para a primordial importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU como um *auténtico pacto social internacional histórico e no metafórico*<sup>44</sup> – e a alteração dos sistemas de fontes imerso na ausência de um constitucionalismo de Direito Internacional, que propõe mecanismos de reforma na atual jurisdição, principalmente, da Corte Internacional de Haya.<sup>45</sup> Delineia-se, efetivamente, então, como elementos de uma teoria geral do garantismo,

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*: La Ley de Más Débil. Madrid: Trota, 1999, p. 15.

<sup>43</sup> Apud CARVALHO, Salo de. *Garantismo e Sistema Carcerário*: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil. Curitiba: UFPR, 1999. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 1999, p. 141.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*..., p. 145.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*..., pp. 153-154.

el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel interior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia e validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él.<sup>46</sup>

Face, então, à iminente deterioração e deturpação jurídica vigente, a Teoria Garantista propõe a tentativa de se estabelecerem novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais e da democracia, a partir da avaliação dos três planos tradicionais da prática jurídica (planos da teoria do direito, da teoria do Estado e da teoria política) enquanto parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade do sistema.<sup>47</sup>

### 2.3.1. Garantismo como crítica teórica do Direito

O alicerce da construção teórica garantista, certamente, não é concebido fora do horizonte do positivismo jurídico, conformador do moderno de monopólio estatal da produção juntamente com as também recentes elaborações da forma jurídica do Estado e da forma estatal do direito. Pacífico, portanto,

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trota, 1995, p. 854.

<sup>47</sup> Inscreva-se ainda a inviabilidade de pintarmos um quadro perfeito desse modelo ideal, pois toda formulação sobre a teoria geral do direito e da política, portanto, não passa de especulação inicial e projetiva de modelos vindouros. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 103-104. Firma-se esta idéia no artigo FERRAJOLI, Luigi. Expectativas e garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. *Doxa*, Madrid, v. 20, 1997, p. 235, nota 1.

apontar o tamanho progresso que a positivação (estatização) do direito representou para o progresso jurídico evolutivo frente à experiência pré-moderna caracterizada por um direito jurisprudencial e doutrinal.

Funda-se, assim, a legalidade como postulado juspositivista sobre o qual descansa a função garantista do direito frente ao arbítrio. Entretanto, fez surgir consigo o dogma que Gianformaggio chamou de “presunção de regularidade dos atos do poder”, *presunzione che è stata chiamata ‘il premio superlegale al processo legale del potere legale’*,<sup>48</sup> identificador da validade normativa com sua reles existência.

Não se torna difícil apontar algum progresso que a positivação (estatização) do direito representou para o progresso jurídico, muito mais considerando os instrumentos criados para frear os impulsos policiais do Estado. A experiência pré-moderna, caracterizada por um direito jurisprudencial e doutrinal, possuía fontes reguladoras difusas, não organizadas unitariamente. A consequência era a pluralidade de ordenamentos que coexistiam face ao conflito, gerando falta de coerência, falta de plenitude e, sobretudo, arbitrariedade da primitiva espécie jurídica estatutária. Assim, antes da idade moderna – fase do monismo jurídico estatal –, não existia uma distinção real entre direito como sistema de normas objetivo ou positivo e a ciência do direito. Ambos eram constituídos pela elaboração dos sábios, desde os jurisconsultos romanos até os juristas do direito canônico mais tarde. Adotava-se como fórmula de legitimação a *veritas, no auctoritas facit legem* jusnaturalista em virtude da falta de um sistema formalizado de legitimação do direito e da ciência jurídica.

Uma teoria garantista de direito parte, então, da distinção da vigência das normas, tanto da sua validade quanto da sua efi-

cácia, cânone para a compreensão da estrutura normativa do Estado de Direito.<sup>49</sup> Atitude esta ignorada pelo *iuspositivismo dogmático* representado pelas categorias contemporâneas do normativismo e realismo jurídicos.<sup>50</sup> Vê-se, alhures, como um positivismo crítico, imerso no intenso questionamento político (crítica externa – *de iure condendo*) e jurídico (crítica externa – *de iure condito*) do direito positivo vigente dirigido aos institutos da validade e eficácia do sistema jurídico.

<sup>49</sup> Ferrajoli esclarece que al principio dell’onnipotenza del legislatore corrispondeva l’idea dell’onipotenza della politica e del suo primato sul diritto – essendo la legislazione di competenza appunto della politica – e correlativamente, una volta che il legislatore si è democratizzato nelle forme della rappresentanza parlamentare, una concezione tutta politica, formale e procedurale della democrazia, identificata con la volontà sovrana della maggioranza. FERRAJOLI, Luigi. Sul Ruolo Civile e Politico della Scienza Penale nello Stato Costituzionale di Diritto. **Questione Giustizia**, Milano: FrancoAngeli, anno XVI, v. 4, 1997, p. 666. No mesmo sentido, CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 78.

<sup>50</sup> Contudo, do assentamento do virtuoso positivismo, decorreram duas orientações teóricas em que se divide a teoria do direito contemporânea – normativismo e realismo jurídicos –, as quais ignoram o conceito de vigência das normas com as categorias independentes da validade e eficácia. Na realidade, ambas são modos de ver o fenômeno jurídico que acabam por ser parciais e tementes de complementaridade. Fala-se, com isso, no *iuspositivismo dogmático*, pois a orientação fincada no *direito como norma* assume como vigentes apenas normas válidas, limitando-se, em função disso, a contemplar o direito válido esquecendo-se da sua possível ineficácia; enquanto a faceta que entende o *direito como fato* tem como vigentes somente as normas efetivas, bitolando-se ao exame do direito efetivo ignorando sua possível invalidez. Por serem ontologicamente deficientes, unidimensionalizados, fica aquele fechado na crítica à inefetividade das normas válidas e efetividade das inválidas; em contrapartida, analisa este a invalidez das normas eficazes e a validade das ineficazes. O gene que desvirtua ambos os enfoques relaciona-se à descrição acerca do *ser* e *dever ser* da ciência jurídica. Aproximando-se da visão normativista (visão acrítrica e edificante da imagem legal), permite-se vislumbrar o *dever ser* simplesmente, mas jamais o *ser* efetivo. Inversamente, sob o prisma realista (constatação acrítrica e resignada dos modos de funcionamento real), limita-se ao conhecimento de como *é* efetivamente e não como normativamente *deve ser* o fenômeno jurídico.

<sup>48</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: \_\_\_\_\_. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p. 28.

No interior do modelo paleopositivista, como diz Serrano,<sup>51</sup> falar de norma vigente acaba por se tornar um pleonasma, visto que determinar sua vigência equivale a constituí-la. Nesse contexto, o problema da vigência é um problema de existência, resultando na legitimação ideológica do direito inválido vigente.

A postura a ser incorporada tem reflexos principalmente em dois dogmas daquele iuspositivismo dogmático: (a) a obrigatoriedade de se aplicar a lei e (b) a atitude avaliativa frente à ciência jurídica. É evidente que se desfaz esse conceito, ao menos quando tratamos de Estados de Direito que possuem constituição rígida. Ao contrário deve-se ter que, ao juiz impõe-se não aplicar a lei diante de seu formulado de invalidade decorrente de seu contraste com o texto constitucional.

Segundo Senese,<sup>52</sup> a constituição ao conferir ao juiz o poder de expurgar a inconstitucionalidade, conferiu-o um papel institucional de *crítico das leis*, apenas está o produto do poder legislativo envolto numa presunção de validade, pressuposto relativo e sensível à valoração do magistrado ao objetá-la inválida.

Por segundo, assumida a doutrina política clássica kelseniana excludente de qualquer juízo subjetivo de valor, impedida estará a tarefa cívica e política de crítica do direito, tanto sob o ponto de vista de justiça (externo/político) como da própria validade (interno/jurídico).

Com isso, a teoria de direito garantista impõe uma profunda reformulação – e conseqüente separação – das esferas de validade e vigência. Como ressalta Ferrajoli, trata-se de dois conceitos assimétricos e independentes entre si: a vigência guarda relação com a forma dos atos normativos, é uma questão de correspondência das formas dos atos geradores de normas sobre sua formação; a validade, ao se referir ao significado, é opostamen-

te uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com o caráter substancial de sua produção.<sup>53</sup>

Assim postula Ferrajoli:<sup>54</sup>

Insomma, la nostra distinzione – che ho voluto radicalizzare con l'uso di due termini diversi, in luogo della coppia 'validità formale' / 'validità sostanziale' – è essenziale per intendere la forma positiva del diritto moderno congiuntamente alla disciplina costituzionale dei suoi contenuti. Essa non vale, infatti, solo se si considera la prima ignorando la seconda: il che è possibile solo se di fatto la seconda manchi, come avviene negli stati assoluti, in cui vige solo il principio di mera legalità ('quod principi placuit legis habet vigorem') e vigore e validità coincidono. Ma questo vuol dire che la distinzione tra vigore e validità, come ha rilevato Eligio Resta, è il tratto distintivo dello stato di diritto, coincidendo in ultima analisi con quella tra legalità mera (o condizionante) e legalità stretta o (condizionata), di cui proprio Jori ha sottolineato con forza il valore di fondamento del 'garantismo moderno': il quale, a differenza del 'legalismo antico', egli dice, 'non può evitare di scendere nei dettagli', che altro non sono che la rete complessa dei contenuti garantisti cui dalle leggi (superiori) è condizionata la validità delle leggi (inferiori).

Vai além Cademartori<sup>55</sup> e salienta que a dissociação entre validade e vigência depende do fato de que o controle sobre a

51 SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999, p. 23.

52 Apud FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 873, nota 23.

53 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**..., p. 22.

54 FERRAJOLI, Luigi. Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p. 468.

55 Teríamos, então, uma norma vigente quando estivesse despida de vícios formais, ou seja, emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito. Já uma norma válida existiria quando imunizada de vícios materiais – ausente de contradição com nenhuma norma hierarquica-

legitimidade constitucional das leis é posterior e eventual, o que ao cabo tornaria impossível, sob o aspecto legislativo, a identificação das normas válidas do ordenamento, já que todas as normas que não foram submetidas ao controle de constitucionalidade, não se pode dizer que sejam válidas, mas apenas que são vigentes. O que se pode colocar é que são inválidas as normas assim declaradas pela Corte Constitucional.<sup>56</sup>

De fato, percebe-se como função primordial do lidador do direito a inclusão de valores sobre a forma de limites e deveres ao ordenamento para que, com isso, não se reduza o juízo de validade ao encadeamento de atos atinentes à constatação da mera vigência da lei.

Historicamente, o Estado de Direito possui uma enorme carga de poder ilegítimo – antinomias e lacunas – que podem ser reduzidas pelo desenvolvimento de instrumentos de auto-correção do ordenamento, requerendo, para isso, a crítica – sem prejuízo da lei e configuradora da principal tarefa cívica da jurisprudência e da ciência jurídica –, dirigida a assegurar a efetividade dos princípios garantistas.

A dogmatização de uma pretensa coerência e plenitude do ordenamento jurídico não se mantém a partir dessa base crítica que desmascara as verdadeiras propriedades do sistema. Não se admite, porém, o abandono destes postulados como metas, como já indicava Bobbio,<sup>57</sup> há mais de quarenta anos,

mente superior. Por fim, uma norma é eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação). CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p. 80.

<sup>56</sup> Evidentemente o controle constitucional, seja ele feito no caso concreto por cada magistrado seja efetuado de forma concentrado pela corte constitucional (exercício em que ambos agregam-se, não ficando aqueles à mercê do entendimento desta) não deve ser o único critério de legitimação substancial de validade da norma, caso em que ficaríamos encastelados num estéril monismo estatal, esquecendo do pluralismo de forças sociais que devem interagir nesta dinâmica.

<sup>57</sup> Apud FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**..., pp. 33-34.

(...) com a condição clara, que esta unidade, coerência e plenitude realmente não existem. (...) Mas o fato destas qualidades não existirem e de talvez nunca poderem vir a existir integralmente não significa que não constituam objetivos, mesmo que nunca totalmente realizáveis, da ciência jurídica.

Reside nessa perspectiva, do tipo crítica descritiva (de denúncia) e prescritiva (de sua auto-reforma), a tarefa do jurista, e não em apresentar construções deturpadas e elaboradas com o simples afincamento de plantar o engodo da dita coerência e completude do sistema.

### 2.3.2. Garantismo: Estado de Direito e Democracia

Estado de Direito, sabe-se, é conceito que possui variadas ascendências ao longo da história do pensamento humano, desde o “governo das leis” de Aristóteles e Platão, chegando até ao normativismo pregado por Kelsen.

Para Bobbio,<sup>58</sup> Estado de Direito quer designar um governo submetido às leis (*‘sub lege’*), em sentido débil, relativo ao exercício das formas estabelecidas (aqui incluso os Estados totalitários) e em sentido forte, atinente às limitações de poder também em seu conteúdo (vislumbram-se os Estados constitucionais) – e também um poder mediante leis genéricas e abstratas (*‘per leges’*).

À associação de significado dos termos é imediata a noção do princípio da legalidade elaborado pelo viés garantista: validade formal (legalidade em sentido amplo) e validade substancial (legalidade em sentido estrito).<sup>59</sup> O sentido de Estado de Direito recepcionado pelo segundo critério de ambas denota-

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 156-158.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 857.

ções – substancial – é aquele apto a se apresentar como sinônimo de *Garantismo*.

São essas circunstâncias de validade que conformam as regras da democracia política sobre *quem* pode decidir, *como* deve fazê-lo (forma de governo, por exemplo, democrático, monárquico, oligárquico ou burocrático) e *o que* deve ou não decidir (estrutura de poder mais ou menos de direito).

Acarreta a violação *destas*, disciplinadoras da soberania popular, a inexistência e falta de vigência do ato, enquanto, nas premissas do outro tipo, a decorrência será mais grave relacionada à invalidez das normas produzidas. Assim, esse núcleo essencial às cartas fundamentais – deveres positivos de fazer – não só cronologicamente, mas axiologicamente, com a transposição do contrato social a pacto constitucional, precede à fundamentação democrática representativa.

Ferrajoli<sup>60</sup> ressalta que

I diritti fondamentali sanciti nelle costituzioni – dai diritti di libertà ai diritti sociali – operano in tal modo come fonti di delegittimazione e d'invalidazione, oltre che di legittimazione o validazione. È in questo senso che possiamo affermare che nessuna maggioranza, in uno stato costituzionale di diritto che includa tali diritti, può decidere la soppressione della vita di un uomo o della sua libertà, o non decidere le misure necessarie ad assicurare la sussistenza, o la salute, o l'istruzione o simili. Lo stesso principio di Bovero secondo cui ciascuno 'è dal punto di vista democratico, l'unico interprete autorizzato del proprio interesse', mentre non contraddice il ruolo garantista a tutela di 'tutti' esercitato dai diritti fondamentali incluso questo medesimo diritto, in tanto non è un semplice principio etico-politico ma un principio di diritto positivo in

quanto sai garantito, contro possibili tentazioni dispotiche o paternalistiche della maggioranza, da regole sostanziali sui diritti di libertà e sui correlativi divieti d'interferenza.

Formam-se, com isso, as ditas *garantias* do cidadão contra maioria: tutela dos direitos individuais ou de minorias que carecem de poder em face à utilidade geral.<sup>61</sup> Coliga, a teoria garantista, teleologicamente e processualmente Estado Liberal e Estado Social, o que seria uma forma de *liberal-socialismo, perché non contrappone, ma combina e concilia entro un medesimo paradigma diritti e garanzie liberal-individuali e diritti e garanzie sociali*,<sup>62</sup> ultrapassando, por certo, o liberalismo clássico ao incorporá-lo os direitos sociais e transindividuais, entendido numa espécie de *liberalismo sui generis*.<sup>63</sup>

Nessa perspectiva, Justifica-se o rasgo estrutural, no viés garantista, de uma redefinição do conceito de democracia. Chamar-se-ia *democracia substancial* ou *social* o Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto sociais quanto libe-

<sup>61</sup> Nesse sentido, Ronald Dworkin sustenta o caráter anti-utilitarista dos direitos fundamentais (entendida aqui *utilidade* como *utilidade geral*). DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Madrid: Ariel, 1997, pp. 286-288.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Note Critiche ed Autocritiche...**, p. 509.

<sup>63</sup> Observa GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. pp. 59-60, que o liberalismo de Ferrajoli é um liberalismo *sui generis*, pois, por um lado, *le preferenze di Ferrajoli vanno a quello che egli chiama uno 'stato sociale di diritto', ossia ad un ordinamento che conferisce e garantisce non solo diritti di libertà, ma altresì diritti sociali (cosa estranea alla tradizione politica liberale, insomma al liberalismo classico)*. Aduz ainda outro aspecto salutar a ser compreendido, condizente à extensão da proposição garantista, na medida em que incorpora facetas do liberalismo clássico, entretanto despreza e afasta de pronto outro ícones basilares desta corrente de pensamento. *il garantismo de Ferrajoli è, per così dire, monco, poiché non si estende al diritto di proprietà, e neppure quindi alle libertà economiche (di scambio, di iniziativa economica) che lo presuppongono*. No mesmo sentido, RESTA, Eligio. La Ragione dei diritti. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. pp. 432-433.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Note Critiche ed Autocritiche...**, pp. 506-507.



rais; e *democracia política* (normas relativas a *como* e *quem* decide) seria o Estado representativo, ou seja, baseado no princípio da maioria como fonte de legitimação.<sup>64</sup>

Conseqüência clara dos dois tipos de Estado referidos, os modelos de democracia são, igualmente, independentes, visto que são possuidores de sistema de garantias que, por um lado, visa a proteger a manifestação da vontade da maioria (mera legalidade) e, por outra parte, dotado de esquemas que regulam o que deve ou não deve ser matéria de decisão, qualquer que seja o sujeito chamado a decidir e sua vontade.

Com uma fórmula sumária, podemos representar a busca constante por: um Estado (e Direito) mínimo(s) na esfera penal a partir da diminuição das restrições às liberdades públicas e a correlata imposição de limites às atividades repressivas; por outro lado, um Estado (e Direito) máximo(s) na esfera social, graças à maximização das expectativas dos cidadãos e a análoga expansão das obrigações públicas em satisfazê-las.<sup>65</sup>

Por certo, reclama o *Garantismo*, como base de uma democracia substancial, de um desenvolvimento da complexidade institucional que hoje se conforma o Estado moderno, visto, no âmbito dessas reflexões, como uma maneira de fazer democracia dentro do *Direito* e a partir *dele*.<sup>66</sup>

### 2.3.3. Garantismo: Filosofia do Direito e Crítica Política

Parte-se, agora, a uma análise da Teoria Garantista sob o prisma de uma doutrina filosófico-política de justificação externa, garantidora da crítica de deslegitimação, base na separação direito/moral – validade/justiça, das instituições conforme um

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías...*, p. 23.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 865.

<sup>66</sup> STRECK, Lênio Luiz. O Trabalho do Jurista na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: Da Utilidade de uma Crítica Garantista. *Doutrina*, Rio de Janeiro: AID, v. 5, p. 48, 1996.

prisma ético-político externo ao ordenamento.<sup>67</sup> De início, vê-se perfeitamente o estado problemático quando se trabalha com as categorias de utilitarismo e eticismos políticos. Desvendado é o enlace pela análise, como ensina o mestre de Camerino, das culturas e modelos penais realizados, já que, sem dúvida, é no campo penal onde se confrontam com enorme clareza e intensidade a força punitiva estatal e a liberdade individual, ou seja, onde o conflito Estado e cidadão, autoridade e liberdade é mais direto e elementar. Tem-se naquela (utilitarismo) uma idéia auto-refencial da ciência penal<sup>68</sup> como valor em si mesmo donde diretamente se retira sua justificação ontológica e, nesta (eticismo), um instrumental construído a partir de uma hetero-justificação representada pela tutela dos interesses vitais do cidadão.

Utilizando-se da “autopoiesis” luhmanniana, nasce então a denominação das chamadas doutrinas autopoieticas (abarcadas por fonte de legitimação *desde cima* que baseiam a soberania do Estado em entidades metafísicas ou históricas e detentoras da legalidade como princípio jurídico interno e axiológico externo) e heteropoieticas (donde a legitimação política do Direito e do Estado provém da sociedade heterogeneamente entendida), onde naquelas o Estado é um simples fim, impregnado por um caráter supra-individual/social e cujo reforço e

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 880.

<sup>68</sup> Observa ainda Zaffaroni que as concepções auto-referenciais é a volta atualmente, através de um funcionalismo sistêmico, do antidemocrático organicismo social: *O paradigma de maior vigência temporal é o do organicismo: o discurso jurídico-penal fundamentado na idéia de sociedade como organismo imperou teocraticamente, restabeleceu-se como o positivismo e volta agora com o funcionalismo sistêmico. A idéia de “organismo social” é, por sua essência, antidemocrática, pois o que interessa é o organismo, e não suas células. As decisões são tomadas apenas pelas células preparadas especialmente para decidir e não pela maioria indiferenciada delas. O paradigma organicista é idealista, não suscetível de verificação, e sua adoção pelo positivismo não foi mais do que um recurso do poder para ‘mostrar como científico’ aquilo que sempre constituiu uma metáfora antidemocrática.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 49.

conservação é tarefa desempenhada pelo Direito. Já nestas, enxerga-se a figura do Estado-meio somente legitimado como garantidor dos direitos fundamentais. Enquanto o ponto de partida é unicamente interno nas de primeiro tipo, a visão é, sobretudo, nas da segunda espécie, externa à sociedade e às pessoas que a compõem.

Todavia, Ferrajoli vai além e inverte o esquema interpretativo rousseauiano da “onipotência da vontade geral”, visto que o arcabouço apenas daria resposta a um raciocínio voltado à democracia política. Peca, assim, na esteira garantista, ao auferir valor exclusivo e absoluto a este âmbito de legitimação, suscetível de se sacrificar as demandas substanciais do cidadão.

A mais, a equação relativa à legitimação substancial é objeto das doutrinas liberais-contratualistas, porém destaca-se o *Garantismo* da circunscrição aos direitos burgueses, utilizando como base apta a todos os direitos vitais (sobretudo e incluso os sociais), redundando em uma teoria geral da democracia substancial. Passa à *negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumental del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.*<sup>69</sup>

Está posto o valor contrário às doutrinas autopoieticas vistas que, de fato, concebem uma visão finalista do “poder como bom”, dotado intrinsecamente de valor ético, contudo pressupõe o Garantismo a aceção do “poder como mau”, com iminente potencial de se degenerar em despotismo.

É política a dimensão axiológica em que se deve trabalhar o plano jurídico, confirmando-se o Estado de Direito num modelo com fins justificantes e completamente externos que

podem vir declarados nas cartas fundamentais, sem, entretanto, virem-se satisfeitos pela simples enunciação e, tampouco, redutíveis ao denotados como constitucionais.

O primado garantista, do ponto de vista externo (análise meta-teórica), significa principalmente a luta por um modelo centrado no pluralismo axiológico, ou seja, na tolerância, critério justificador inclusive da desobediência do cidadão frente ao ato desmesurado do Estado ou da sociedade civil.<sup>70</sup> A base em que se constrói a moderna tolerância é expressa pela variedade e pluralidade de pontos de vista externos oriundos da própria primazia axiológica da pessoa confluindo estes elementos no que Ferrajoli denomina de “moderno princípio da igualdade jurídica”, ditame complexo que deve incluir as diferenças pessoais e excluir as desigualdades sociais.

Serve a igualdade, no primeiro caso, para localizar os limites da tolerância (dever de tolerar), ou seja, a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo como todas las demás.<sup>71</sup> Já quanto à complementação segunda, o princípio igualitário radica-se, agora, no desvalor associado a outro gênero de diferença, seja privilégio ou discriminação social, deformadora da identidade humana. Aqui se dá o delineamento dos confins do princípio da igualdade atinente ao dever de não-tolerar.

Precisamente, Ferrajoli<sup>72</sup> sustenta a tese que:

a) che il ‘principio (o dovere) di tolleranza’ vale a fondare l’insieme dei diritti di libertà; b) che accanto ad esso deve parlarsi di un ‘principio (o dovere) di non tolleranza che vale a fondare l’insieme dei diritti sociali; c) che i due prin-

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 884.

<sup>70</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia...*, p. 116.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 906.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. Toleranza e Intollerabilità nello Stato di Diritto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo. *Analisi e Diritto: Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 289.

cipi valgono a configurare il paradigma dello ‘stato di diritto’, nelle due forme dello ‘stato di diritto liberale’ e dello ‘stato di diritto sociale’; d) che in entrambi i casi tale paradigma si risolve nell’identificazione di ‘ciò che è giuridicamente intollerabile’, nel senso che il principio di tolleranza di X equivale alla prescrizione della non tolleranza (o intollerabilità) dell’intolleranza di X, mentre il principio di non tolleranza di X equivale alla prescrizione della non tolleranza (o intollerabilità) della tolleranza di X.

Desenvolvendo as duas formas, respectivamente, chegar-se-á à igualdade formal (política) e substancial (social), onde aquela prescinde do fato das diferenças pessoais, ao passo que na substancial igualdade torna-se inafastável a consideração das disparidades sociais e econômicas dos indivíduos, imputando que estes devam ser feitos iguais tanto quanto seja possível.

Ademais na matriz garantista, Finca-se a afirmação da tolerância para além da relação histórica com a liberdade de religião, ampliando-se o objeto, a metodologia e a justificativa acerca da tolerância ao se inserir, no rol dos direitos fundamentais, os direitos sociais e transindividuais.<sup>73</sup>

Sobre outro contraponto feito às tradicionais doutrinas vigentes atualmente na academia, Ferrajoli traz à baila questão pertinente à obrigação moral de obediência às leis sob a égide do Estado de direito. Coloca da impropriedade quanto à referência de tal dever de forma incondicionada e conformada aos cidadãos, arcabouço que é da concepção ética (totalitária) do Estado e sabidamente excludente da autonomia moral do indivíduo.

Alude ele dois problemas a serem encarados inafastavelmente para o deslinde da questão. O primeiro tem a ver com a efetividade do ordenamento e obrigação político-jurídica de se obedecer à norma legal; e, mais, o conexo propósito da validade

moral e a legitimidade política dessa obrigação, incluindo aí o oposto, por certo, que será a desobediência às leis injustas.<sup>74</sup>

A tese moral de que o bom cidadão deve obedecer às leis, obrigado não só juridicamente, mas moral e politicamente advém do pressuposto, lembrado por Bobbio, de que a falta de tal imposição acarretaria o não funcionamento de qualquer ordenamento. Visto sobre os olhos de Hart, isso se daria com ênfase naquelas ordenações de índole democrática, baseadas no consenso da maioria, onde se pressupõe uma aceitação política e uma obrigação moral.

Discute o professor italiano – de encontro à construção (ordenações baseadas no ‘consenso das maiorias’) – alertando para a confusão entre adesão *espontânea* e *moral*. Para a matriz garantista, ainda que se admita, em certa medida, que a adesão moral dos indivíduos é necessária para que o ordenamento se sustente, não se poderá coligar a *obrigação* de prestar tal atitude a cada pessoa.

Sendo assim, no viés garantista, não se deve exigir dos cidadãos nenhuma obrigação política, apenas uma obrigação jurídica de obedecer às leis. Não se exige adesão, enfim, ainda quando estimemos que mereça.<sup>75</sup> Aufere que a obediência moral aos ditames legais torna-se incompatível com a democracia pelo simples fato de não se conceber que se exija, ancorado nesses patamares, a transmutação em princípios morais (cabíveis de universalização) do sentimento prestado normalmente por nós aos outros membros do Estado.

A mesma postulação, todavia, deve ser colocada às avessas correlata ao princípio normativo da desobediência. A sustentação contrária, principalmente kantiana, acaba por cair na falácia normativista que toma novamente a idéia do *ser* pelo do *dever ser* (o fundamento efetivo por seu modelo ideal), expli-

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantia**..., p. 117.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 928.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**..., p. 931.

cando o caráter original dentro da normatividade e não o considerando no local onde a opção moral de resistência deve ser exercida: o plano da efetividade do direito.

Nas ilações garantistas, o baldrame moral e político reside, sem dúvida, no dever (aqui moral) de desobediência quando do conflito com valores universais, e não no alienado e descompromissado fundo justificante supostamente moral de obediência.<sup>76</sup>

#### 1.4. Elementos (des)identificadores: herança do Uso Alternativo do Direito?

Mister, no presente momento, que se elabore o desenvolvimento de uma reflexão acerca da mudança nas teses alternativas, que fizeram história nos anos sessenta-setenta, até à teoria garantista, firmada como novo paradigma nos anos oitenta-noventa. A problemática a ser enfrentada circunda o fato de, ainda que as duas fontes tenham os mesmos protagonistas, possuem uma aparente contradição. Outra questão não é senão a postura de investigar e defrontar se um ideal político-jurídico de raízes marxistas gerou conexamente outra linha principiológica que adota como vertedouro axiológico a tradição iusfilosófica iluminista.

Viu-se, então, ser a principal alegação que transparece nas construções alternativas a conclusão de que o sistema jurídico tradicional representa apenas um dissimulador da verdadeira gênese classista do direito, condensador da vontade dominante.<sup>77</sup> Partiu ele, assim, para uma denúncia ao formalismo positivista, indo na busca das aporias internas passíveis de ser mane-

<sup>76</sup> Vê-se com clareza em BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1993. pp. 27-30, quando disserta sobre a “fecundidade do antagonismo” e o “elogio à variedade”.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi; SENESE, Salvatore; ACCATTATIS, Vincenzo et al. Op. cit., pp. 127-128.

jadas jurisprudencialmente para uma perspectiva radicalmente libertária e igualitária.

Entretanto, o *Garantismo* individualiza no iluminismo<sup>78</sup> sua mais destacada matriz histórica e assume aculturações informadoras peculiares do positivismo jurídico. Nesse sentido, há um resgate funcional do princípio da legalidade, agora sob uma égide substancial reforçadora do sistema de garantias presumindo que *el Derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la Política, sino que, por el contrario, es la Política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho*,<sup>79</sup> configurando, assim, o direito como um sistema de garantias, chave para o novo Estado Constitucional de Direito. Configura-se como objetivo, nesse momento – transposta a pretensão de medir e sopesar as propostas – reproduzir

<sup>78</sup> Pietro Costa, noutro local, escreve que o próprio Ferrajoli individua nell'illuminismo la principale matrice storica del modello 'garantismo' che egli viene elaborando, le capacità esplicative del modello nei riguardi di quel contesto storico, l'essenziale requisito della 'distanza' da esso, vengono messi a dura prova perché costretti a muoversi entro un inevitabile circolo ermeneutico. Ciò non impedisce certo all'autore di dar prova della sua consueta sensibilità storiografica anche nei riguardi di un filone di pensiero al quale pure il suo 'modello garantismo' esplicitamente e fondatamente si richiama. E semmai riterrei ancora aperta la discussione non tanto sul contenuto quanto sul 'tono' della rappresentazione, che sceglie talvolta di attenuare piuttosto che enfatizzare le tensioni e le contraddizioni interne al secolo dei Lumi. Afirmo adiante também: È in sostanza questo lo schema che anche Ferrajoli sembra ritrovare al fondo della vicenda della moderna penalistica, nel momento in cui analizza con grande lucidità gli apporti 'garantistici' dell'illuminismo, il contributo di un Carrara, l'affermarsi dei 'cattivi' utilitarismi della Scuola Positiva (non ogni utilitarismo è necessariamente 'progressivo'), poi ancora le scelte consapevolmente autoritarie del legislatore fascista e infine la brusca discontinuità intradotta dal costituzionale, ma faticosamente recepita dalla cultura e dalla prassi politico-giuridica degli anni Cinquanta e Sessanta. COSTA, Pietro. Un modelo per un'analisi: la teoria del 'garantismo' e la comprensione storico-teorica della 'modernità' penalistica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. pp. 17-19.

<sup>79</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Introducción. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías...**, p. 10.

os sinais de consonância e divergência mais evidentes nos dois paradigmas.

Prévia e precipitadamente, poder-se-ia ver um rompimento paradigmático diante da desenrolada troca de estratégia dos *alternativos* frente a uma alteração no quadro histórico com relação ao marco projetado inicialmente. Num contexto melhormente apanhado, enxergar-se-á não uma real ruptura, mas *una alteración requerida por la mutación del cuadro histórico y frente a los nuevos y graves problemas del presente. Un intento de hacer coherente unos presupuestos práctico-teóricos que el cambio de los tiempos convertía en perjudiciales, desventajosas y nocivos para los propios objetivos fijados de antemano.*<sup>80</sup>

Cabível agora que se expliquem os fatores sociais, econômicos e políticos implicadores presentes naquela dinâmica. Como aludido anteriormente, no encontro de Rimini (1977), a *Magistratura Democrática* pôs em tela uma rigorosa exposição autocrítica.<sup>81</sup> Dividiam-se os membros entre os defensores de um prosseguimento da atuação política de praxe social e aqueles apologistas de um exercício desvinculado e autônomo do conjunto. Contudo, foi a multiplicidade e variedade de fatores externos que alavancou, de fato, as causas das transformações ocorridas. Imerso neles está a efetiva consolidação do processo democrático, fazendo com que houvesse razoável interferência na *jurisprudência alternativa*. Naquele momento, a necessidade de reformulação representava, pontualmente, a tática um perigo maior do que um benefício ao próprio sistema de garantias legais asseguradas pela democracia.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> LOURDES SOUZA, María de. Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica. *Anuário de Filosofia del Directo*. Sevilla: Nueva Época, 1998. tomo XV, p. 234.

<sup>81</sup> COSTA, Pietro. *La alternativa 'tomada en serio'*..., pp. 176-177.

<sup>82</sup> Zolo vai afirmar no texto *Cittadinanza democratica e giurisdizione* publicado em "Giudici e democrazia: la magistratura progresista nel mutamento istituzionale", p. 80: si la racionalidad del derecho moderno es una racionalidad frágil y

Veio ainda agravar os problemas alternativistas o enfrentamento entre os *alternativos* e as forças político-sociais da esquerda. Dirá Senese<sup>83</sup> que os antigos campos de luta divididos entre eles desvanecerem-se, aniquilando-se o movimento como hipótese de combate, relação esta fundamental e essencial para a existência da *Magistratura Democrática*. De outro lado, a circunstância percebida de a esquerda ter alçado o poder tomou forma como ponto central da discussão. A anterior instrumentalização político-partidária defendida cede lugar ao dilema de os *alternativos* terem naquele estado papel de cúmplices da força governante.

Fértil o terreno estava para o desenvolvimento de uma atuação judicial que considerasse irrenunciável no processo de modificação da sociedade, ainda que fosse ela socialista, a manutenção das garantias institucionais nas relações entre cidadãos e aparatos de coerção do estado. Estritamente ligado aos fatos supracitados e de fundamental destaque em todo processo está a afloração dos fenômenos de ilegalidade e corrupção no exercício do poder político, fulcro na chamada *cultura della emergenza*,<sup>84</sup> não só na Itália, como também presente na Espanha.<sup>85</sup>

---

expuesta a riesgos, la primera tarea de un magistrado y de un jurista 'democrático' es, en mi parecer, la de empeñarse en una 'lucha por el derecho'. Interpretar y aplicar el derecho a la luz de sus valores fundamentales heredados de la tradición iluminista (...) es su verdadero modo de ser democrático y, por así decir, 'alternativo'. Apud SOUZA, María de Lourdes. Op. cit., p. 237.

<sup>83</sup> Apud LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 238.

<sup>84</sup> Explica Pellegrini (*Crisis política ed economica, tutela della legalità, compiti della magistratura* In "Questione de Giustizia", nº 4, pp. 985-987): La crisis político-institucional que sigue a la ruptura de la izquierda ha acentuado la separación entre sistema de legalidad y estado de legalidad. (...) La sanción penal resulta, así, el único instrumento utilizable en el intento de gobierno de la sociedad, se hace a ella un recurso cada vez más amplio; (...) [ocasionando] un proceso de expansión de la función y del área de incidencia de la norma penal en nuestra organización social. Apud SOUZA, María de Lourdes. Op. cit., pp. 239-240.

<sup>85</sup> De outra parte, Andrés Ibáñez resalta que o mesmo fenômeno ocorreu na Espanha no tocante à multiplicação de los casos en los que acude a la justicia penal para denunciar a sujetos políticos por posibles delitos cometidos en actos de su oficio, ha sido frecuente la contradenuncia de una supuestamente intolérable 'judicialización de la política'; a la que trataría de asociarse el protagonis-

O jogo instrumental realizado com a legislação de emergência em matéria penal<sup>86</sup> supôs uma elevadíssima restrição nos níveis de garantias e direitos individuais, despertando, dentre os alternativos, o sentimento de que as técnicas utilizadas prestavam-se (direita ou indiretamente) a reforçar as distorções e alimentar posturas profissionais desviantes.<sup>87</sup> Assim, a adaptação aos novos desafios fez-se imperativa, face o comportamento exposto não mais resistir ao transcurso do tempo. Vislumbrando apenas como questão de coerência a conversão viável ao *Garantismo*, tais atitudes constituíram-se numa recuperação frente aos incipientes contingências do presente.

Melhor deduzidas algumas partes elementares dos modelos, ficam aparentemente exteriorizadas diferenças gritantes

---

mo de los o de algunos jueces. Y es verdad. En estos años se ha producido una sensible judicialización de la política; y puede que no hayan faltado jueces con veleidades estelares. Pero es pueril pretender por esta vía reductiva una ‘explicación’ de lo sucedido. En el caso de la judicialización de la política, porque es bien evidente que la misma – que, por la incidencia de la ya aludida ‘cifra oscura’, deja seguramente fuera del circuito de la jurisdicción a muchos supuestos que merecerían entrar en él – ha ido precedida de una sensible previa degradación criminal de momentos significativos de aquélla. Esa degradación criminal de momentos significativos del actuar político; la crisis de los controles preventivos internos a los aparatos; la ausencia de controles políticos externos eficaces y el vacío de responsabilidad política (que se contrae a la simple conjugación del verbo ‘asumir’ con tono de jaculatoria de cínico aire penitencial), es lo que ha llevado a la revalorización de la jurisdicción penal como instancia de control. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Para una practica judicial...**, pp. 107-108.

<sup>86</sup> O fenómeno, basicamente, deu-se em três tipos de processos penais, segundo García Pascual, C., **Legitimidad y poder judicial**, pp. 223-224: 1) Los procesos contra los terroristas de izquierda; 2) Los procesos contra la criminalidad organizada; 3) Por último, los procesos contra los políticos por crímenes de corrupción y por posibles vinculaciones con organizaciones criminales. Apud LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 240.

<sup>87</sup> A ponto de, em certo local (“Per una storia delle idee di Magistratura Democratica” in *Giudici e democrazia: la magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, pp. 61-63), Ferrajoli, ambicionando dar relevo aos postulados garantidores, aponta para o abandono do rogar alternativista afirmando que o uso alternativo do direito foi fruto de uma vulgarização feita entorno de uma certa posição antiformalista da Magistratura Democrática. LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 240, nota 17.

que trazem, a um primeiro juízo, a impressão de um vácuo insuperável entre ambas as matizes. Debruçando-se um pouco mais demoradamente no aprofundamento da questão, não obstante, verá que se estabelece uma comunicação muito mais estreita do que de plano se poderia pensar.

Foi dito, em momento próprio passado, que trata o viés garantista de redimensionar os elementos da cultura positivista numa empreitada mais dinâmica, voltada para a promoção de programas normativos insatisfeitos e irrealizados utilizando-se para isso da legalidade como meio apto a dar efetividade formal e substancial às expectativas individuais e coletivas.

Evidente está a afinidade com o Uso Alternativo do Direito, pioneiro na defesa da constituição como ponto confluyente de qualquer tipo hermenêutico utilizado. Anota Andrés Ibáñez que a consciência e a denúncia do desolador déficit de realizações relativo aos imperativos constitucionais nos níveis normativos ordinários, que atualmente são bandeiras inafastáveis dos ditos “intelectuais progressistas”, já eram, a algum tempo, apontadas por esses juizes e teóricos do direito.<sup>88</sup>

Contudo, é forçoso reconhecer as diferenças nas táticas argumentativas e operativas. Marcado está o desnivelamento quanto ao papel dos direitos constitucionais: para aqueles, mecanismo de desestabilização da ordem vigente; enquanto para estes, instrumento de defesa e integração de um estado garantidor. De acordo em se encontrar essa diferença, por razão dos contornos fáticos serem amplamente antagônicos. A contextualização sócio-jurídica que circundava o Uso Alternativo do Direito estava fortemente ancorada no totalitarismo, motivo do comportamento antitético a ele. Já na projeção garantista, o quadro dessa relação claramente se inverte.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Introducción. In: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías...**, pp. 10-11.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías...**, p. 21.

Uma metáfora vem bem a calhar nesse ponto. Utilize-se da figura do pêndulo para que se entenda a constatação. Ainda que fixado num mesmo ponto, ou seja, numa mesma idéia da prevalência dos direitos mínimos inerentes a cada indivíduo, resultou o Uso Alternativo do Direito, por ter sido vivenciado em época diversa, no repúdio aos mecanismos edificados, representantes da instrumentalização ideológica de um sistema desigual, opressor e excludente. Na práxis atual garantista, força-se a mudança do movimento (preso ainda pelo mesmo ponto, todavia, no momento, com o impulso do pêndulo em sentido oposto), uma vez que os mecanismos principiológicos para a proteção do mais débil estão postos e são conquistas estruturais contra os poderes onipotencialmente autoritários. Adiante, ainda, trata-se de um tipo ideal fincado no resguardo dos direitos e garantias fundamentais na esfera penal.

A ambigüidade comparativa permanece quando vem à tona o tema acerca da função atribuída aos juízes. Em definitivo, o Uso Alternativo do Direito negava a objetividade científica da prática e do conhecimento jurídico por serem condicionados pelo campo econômico-capitalista, fazendo-se com que a atividade jurisdicional tivesse carregada função política. O Garantismo, porém, ao propor uma mudança na tarefa resguardada à jurisdição, prega um reforço à posição institucional do juiz. Sob uma sujeição coerente com o nível substancial de validade, incorpora o magistrado a função de garantidor dos direitos fundamentais e dominador do arbítrio da maioria.

A convergência, todavia, entre as teses torna-se cristalina por defenderem as duas vertentes uma prática judicial alheia ao caráter puramente lógico-formal, rechaçando os dogmas arcaicos que reservam ao juiz uma ação descritiva e avaliativa. Primam, ao invés disso, pela execução de princípios calcados em níveis superiores, bem como por uma atividade denotativa-cognitiva para a apreensão do direito.<sup>90</sup> Todo o delongado,

<sup>90</sup> LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 252.

enfim, não se pode perder do relevo histórico-contextual em que se realizou/realiza as duas teorias, visto que apenas pautando-se essa concepção, concluir-se-á que os dois movimentos detêm um mesmo núcleo programático de realização efetiva e real. Mesmo recorrendo a caminhos distintos, têm igual meta de maximização de uma sociedade radicalmente democrática.

O próprio Ferrajoli referiu o nexos aduzido neste trabalho, no ano de 1992 em Madri (Espanha), durante as jornadas sobre “La Crisis del derecho y sus Alternativas” organizadas pelo “Consejo General del Poder Judicial”:

Esto y no otra cosa – dicho sea incidentalmente – es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión ‘jurisprudencia alternativa’, recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibañez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes invalidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.<sup>91</sup>

Indiscutível poder se tomar a idéia de estreita afinidade, dentro da dogmática penal, entre as teses alternativas e garantistas, apesar de certos desníveis discursivos pormenorizados anteriormente. A sustentação do arrazoado acerca dos câmbios paradigmáticos havidos estão na simples constatação do desenvolvimento de uma racionalidade própria vinculada ao direito penal, especificamente – após ampliada para uma teoria geral do direito, bem como uma troca estratégica diante da realidade

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías...*, p. 26.

jurídica, política e, principalmente, social diferente daquela que algum dia dava sentido aos pressupostos teórico-práticos logrados nas décadas de 60 e 70.

Ninguém poderia ir de encontro à afirmação de que a teoria alternativa aspirava à defesa de uma sociedade mais justa, donde os direitos fundamentais estivessem protegidos, garantidos e realizados; e, em especial, que buscava um sistema radicalmente democrático. Em virtude disso, nada mais coerente e fiel a sua meta fundamental do que a metamorfose, impressa no futuro, para um aparato teórico melhor condizente com o campo de luta que passou a se deparar. São as presentes forças libertárias do Uso Alternativo do Direito que seguem alimentando implícita e sub-repticiamente os ideais garantidores frente a uma conjuntura prenhe de novos obstáculos a serem superados.

Dito de outra forma mais direta: possível, sim, ter ocorrido uma destacada transformação a respeito do poder político, na esteira do que Souza tem denominado de “perda da ingenuidade utópica”. Na opinião da iurisfilósofa, o *Garantismo* aperfeiçoou-se ao lateralizar desígnios instrumentais oriundos de lógicas libertárias profetizadas por plataformas político-partidárias adotando uma desconfiança permanente e inarredável diante dessas articulações.<sup>92</sup>

Em suma, nenhum paradoxo é encontrado na transposição de uma tese em outra, senão que tenha na realidade, um sentido e uma idéia justificante. Assim, se a presença de uma marca mais formalista percebida sobre o *Garantismo* do que com relação ao *Uso Alternativo do Direito* pode constituir-se em acerto – vista sua imprescindibilidade quando se fala de direito penal e processo penal como instrumento de garantias – isso somente pode ser considerado tomando-se em mente o lecionado por Bobbio: formalismo e antiformalismo não são valores ou desva-

<sup>92</sup> LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 254.

lores em si mesmos e, afirmativamente, seus valores e desvalores dependerão da ideologia a qual servem e das idéias que aceitamos ou rechaçamos.<sup>93</sup> Conduzem-se, nesse sentido, as duas tendências para o objetivos equivalentes, quais sejam: *una, lucha para conseguir la democratización de la sociedad y la plena afirmación y vigencia de los derechos constitucionales, en cuanto la otra, pelea para que no se desvirtúen los derechos constitucionales y el nivel de democracia felizmente existentes en su realidad.*<sup>94</sup>

Apuração técnica. Este foi o gigantesco contributo transportado pela teoria garantista. Usa-se, perfeitamente, das palavras do magistrado Amilton Bueno de Carvalho: (...) *aprendi que a técnica pode fornecer elementos destruidores de injustiças, com a menor agressão possível à sensibilidade positivista [dogmática].*<sup>95</sup> O esforço dos tidos *alternativos* europeus estava apto, como ninguém antes, a desnudar o diagnóstico da crise da dogmática tradicional.<sup>96</sup> Todavia, com o advento da tese garan-

<sup>93</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 144-146 e pp. 220-222. Nas mesmas linhas, segue Bobbio referindo que o termo ‘formalista’ denotará duas estirpes totalmente adversas. O ‘formalista’, em geral, quer dizer estar simplesmente contra as mudanças; se essas modificações virem-se no sentido do progresso, ele será conservador. Entretanto, quando as transformações encontram-se na esfera da reação, da restauração, o ‘formalista’ passa a ser progressista.

<sup>94</sup> LOURDES SOUZA, María de. Op. cit., p. 255.

<sup>95</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit., p. 34.

<sup>96</sup> A dogmática opera, via matriz positivista da ciência, segundo Salo de Carvalho, uma visão artificial no âmbito jurídico impossibilitando a valoração do objeto e desqualificando toda atitude crítico-interpretativa efetuada. O autor expõe sobre uma manifesta crise do modelo dogmático visto sob duas formas: intrínseca e extrinsecamente. A partir de um prisma intra-sistemático, denuncia o desrespeito estrutural às noções de hierarquia e normatividade constitucional, enquanto num momento de crítica extra-sistemática, localiza a problemática na esfera epistemológica, no que diz respeito à identidade da dogmática enquanto ciência e, no plano sociológico formal, relaciona as disfunções de aplicabilidade e a proveniência do material legislativo. Percebe ele duas assertivas insolúveis no nascedouro da ‘pretensa ciência’: “(1º) a fragilidade do seu objeto e o seu comprometimento distante do plano teórico, e (2º) a diafonia entre o material



tista, os apologistas do pensamento dissonante encontraram um estrado doutrinal sólido para utilizar a ciência jurídica como um caminho também viável para se chegar à democracia substancial. O Garantismo soube dar contornos teóricos e com sistematicidade àquilo que representou o ímpeto reformador do Uso Alternativo do Direito.

Nas palavras de Salo de Carvalho, inevitável, pois – ainda que ele se refira especificamente ao MDA brasileiro, como já referido, de maior profusão teórica, cabe plenamente ao escopo da matriz européia – que com o passar dos anos, cada corrente que conformava o movimento fosse buscar, com o intuito de instrumentalizar sua prática, um arcabouço teórico de base. Em alguns casos, inclusive, os aportes que sustentaram as mais diversas práticas acabaram naturalmente se chocando, criando algumas incompatibilidades (por exemplo, no interior da própria ciência penal, a diafonia entre abolicionismo e garantismo). Na área do direito e do processo penal, a matriz teórica que melhor demonstrou capacidade para realizar os direitos fundamentais foi o ‘garantismo penal’. Tem-se, portanto, que o garantismo, ancorado na busca de efetividade aos preceitos constitucionais, deu o sustentáculo teórico à práxis alternativa penal.<sup>97</sup>

Ambos traduzem tentativas de se romper com a dogmática tradicional imposta no jurídico como modelo de (re)produção do senso comum teórico. Um, primeiramente, expondo-se mais à pragmaticidade trazendo a reboque uma teoria (marxista) que poderia servir à causa; depois, já presente um arcabouço hábil a responder potencialmente e com maturidade à nova consolidação dos fatos. Em definitivo, *O Uso Alternativo do Direito* e o *Garantismo* carregam consigo um mesmo sentido:

legislativo, as promessas do modelo e a aplicabilidade na realidade social.” CARVALHO, Salo de. *Direito Alternativo e Dogmática Penal: Tópicos para um diálogo*. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 4, 1997, pp. 69-73.

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, prefácio (“Em Nome do Pai”), p. xvii.

professar o *reinventar da democracia*<sup>98</sup> tendo como base emancipatória da organização jurídica da vida social os direitos fundamentais. São duas formas de uma mesma luta pelo direito<sup>99</sup> ou, se preferir, de se tomar o *derecho en serio*.<sup>100</sup>

Em suma, procurou-se deixar claro até aqui que, quando falamos de reflexos, pormente na área penal, de impulsos alternativos, por óbvio não se está a remontar esquemas puramente causalistas. Evidente que não necessariamente quem outrora cerrou fileiras com essas idéias marginais tenha se transformado em defensor de um garantismo penal. O recorte que se pretende fazer aqui é de transversal e incisivo, numa direção que se considera potencialmente mais virtuosa, ou seja, onde se pensa poder retirar maiores frutos às concepções agora garantistas. Sendo assim, o garantismo que – não se esquece é uma teoria de direito penal e processo penal – é apenas um viés que tem suas identificações com os movimentos dos anos 60-70 com o qual se resolveu tratar para desenvolver a pesquisa.

Se hoje fosse possível, assim, inventariar aquelas concepções, seria o garantismo um bom instrumento para tal? Crê-se que sim. Talvez não haja atualmente melhor uso a ser feito do direito senão aprofundar e fazer efetivo os mecanismos de minimização do poder de punir do Estado, tendo-se como escopo uma dogmática crítica capaz de contribuir para complexidade institucional e principalmente procedimental, ao ponto de propor alguns freios aos excessos jurisdicionais. Importante dizer que não se está a reduzir de maneira irresponsável qualquer manifestação de direito à esfera estatal, contudo, resultaria um erro rechaçar em bloco o papel garantista do Estado e as conquistas consagradas constitucionalmente.

<sup>98</sup> Expressão título do livro de SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reinventar a Democracia*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1998. Cadernos Democráticos nº 4.

<sup>99</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit.

Se as questões de fundo acerca da limitação do poder punitivo permanecem candentes, todavia algumas conquistas democráticas, sobretudo na esfera do princípio da legalidade, tornaram um valor em si. Como já auferido no trabalho, perdeu-se o sentido de se falar em alternativas globais, totais, auto-suficientes, capaz de oferecer argumentos incontroversos. Assim, o que se poderia falar, nas palavras de López Calera, é de um *uso alternativo razoável*, respeitador da legalidade e tendente à ampliação da aplicação efetiva dos direitos e garantias fundamentais. Desenhada está mais do que nunca a *vocação garantista* que conecta fortemente às propostas ferrajolianas.<sup>101</sup> Não se equivocava, enfim, quem utiliza aquele pensamento provocador dos anos sessenta, hoje, a partir de um uso garantista do direito, uso democrático do direito ou simplesmente garantismo jurídico.

<sup>101</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolas. Morreu o Uso Alternativo do Direito? In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 28-29.

## Capítulo 3

### Limite à Violência: Aproximação desde as Garantias Processuais Penais

Chega-se talvez ao ponto culminante desta pesquisa. Se em algum momento foram percorridos caminhos aparentemente tão díspares foi para alcançar maior detalhamento do ponto nodal das preocupações do trabalho: as virtuosidades de um modelo garantista de limitação do poder punitivo. Aprofundado será, em perspectiva, o viés processual penal da teoria que se crê ser a faceta que melhor pode contribuir como mecanismo de minimização de violências das agências judiciais de controle penal.

Na medida em que outrora, no capítulo inicial, buscou-se lançar mão da prospecção das estruturas de “por que limitar”, desde uma perspectiva antropológica do cotidiano da violência, sem jamais esquecer do “como limitar” – preocupação do segundo apartado – ver-se-á, agora, a depuração de alguma “instrumentalidade” garantista, relativa ao processo penal.

#### 3.1. O Poder de Punir (Menos): a contenção das pulsões inquisitoriais

##### 3.1.1. “O Rei está nu e a sua Guarda está à beira de uma crise de nervos”:<sup>1</sup> sobre o local de fala

Inicialmente, nenhum fragmento de saber jurídico-criminal pode se descolar de uma clara percepção de história. A esta

<sup>1</sup> NEGRI, Antonio. **Kairós, Alma Vênus e Multidão**: nove lições ensinadas a mim mesmo. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

altura já pôde ficar clara que se abdica radicalmente de ideários ‘a la Fukuyama’ de um “fim da história”. Estamos, sim, atrelados à articulação dos dois espíritos que têm pesado sobre nossa civilização: o ser e o devir. Frente a uma socialidade permanentemente excitada pela perspectiva de mudança e perplexa pela falta de estabilidade, os estilhaços estão postos e não há mais condições de buscar alguma narrativa salvadora.

As exigências cotidianas gritam pela transposição de dois planos diversos; melhor, pela amálgama saudável entre o *devir* e o *ser*.<sup>2</sup> O Primeiro é aquele que permite a crítica constante e a possibilidade de novas formas criativas, ou seja, jamais se fecha à irrupção do novo; já este proporciona a continuidade, dá a direção, leva a considerar sempre os pedaços do real que nos desafiam dia a dia.

Enfim, deve-se dar uma abertura à compreensão lingüística do outro, ou seja, dotarmo-nos de uma consciência ético-crítica frente aos acontecimentos. E aqui não se está a reeditar um debate estéril entre moderno e pós-moderno que apenas reproduz uma lógica linear que retoma as velhas periodizações da história cultural. Se há ou não ruptura, isso pouco importa, cabe aos “futurologistas” ou aos interessados daqui a algum tempo fazer uma análise retrospectiva. Futilidades que simplesmente esquecem de resolver a posição do agora<sup>3</sup>... Tenta-se – a partir de uma postura política de rechaço peremptório ao inumano e da noção de um futuro aberto, afirmativo da vida – resistir e (re)escrever o saber jurídico, mormente o penal – que dentro de uma realidade conflitiva entre “O” ser atomizado (cidadão) e “Um” ente todo poderoso (Estado) ganha contornos genocidas – e onde, ainda, o processo penal, com vida concreta e com dinâmica peculiar, toma lugar privilegiado.

2 BAUMER, Franklin. **O Pensamento Europeu Moderno**. Vol. I (séculos XVII e XVIII), p. 40.

3 LYOTARD, Jean-François. **O Inumano...**, p. 33.

As opções e as referências são postas às claras. O saber jurídico deve dizer-se a que serve. Ainda que se saiba das falácias de um sistema que se pretende harmônico e coerente, no quadro de uma Constituição Republicana, cabe velar por mecanismos que proponham o poder de controlar, limitar, reduzir a força das agências jurídicas de criminalização. Longe estamos de retornar à “ilusão da segurança jurídica”<sup>4</sup> inerentes a um Estado policial, entretanto se trata de defender uma resposta minimamente segura no quadro de um Estado Constitucional de Direito. Não se pretende ser politicamente neutro, mas definir de antemão algum método construtivo e limitador aos impulsos arbitrários do poder de punir. Resumindo, o que se trouxe até aqui ao analisar os dois tópicos anteriores do trabalho foi a necessidade de não nos submeter à servidão<sup>5</sup> de um Estado legal dogmático.

4 ANDRADE, Vera Regina. **A Ilusão da Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

5 Boétie, com seu *Discours de la Servitude Volontaire* – redigido quando o autor tinha 18 anos de idade em 1548, e publicado completamente em 1557 – já colocava as raízes de uma aceção garantista do poder como tendentemente “mau”, referido no capítulo segundo, na medida em que, submetido a um senhor, nunca se pode certificar completamente que seja “bom”, uma vez que sua posição lhe possibilita ser “mau” quando quiser. O pior é que este “mau encontro” – nascimento do Estado – (*que mau encontro foi este que pôde desnaturar tanto o homem, o único nascido de verdade para viver francamente, e fazê-lo perder a lembrança de seu primeiro ser e o desejo de retomá-lo?*) faz o homem esquecer que é livre, trata-se de uma servidão consentida, consente-se o seu “mal”, e o mais insensato é que *ele* parece não mais senti-lo. BOËTIE, Etienne la. **Discurso da Servidão Voluntária**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, pp. 16 e 19. Antecipando a decadência e a alienação, depois retomadas por pensadores como Nietzsche e Marx, é que o autor põe esta “questão trans-histórica” – pois escapa à tentativa de resguardar seu pensamento no seu século – de como o homem foi desnaturado, querendo além de obedecer, servir. Querer servir a “Um”. Assim, o amor cego à lei, ou se quiserem, o medo da liberdade, *faz de cada um dos súditos um cúmplice do Príncipe: a obediência ao tirano exclui a amizade entre os súditos*. CLASTRES, Pierre. Liberdade, mau encontro, inominável. In: \_\_\_\_\_. **O Discurso da Servidão Voluntária**, p. 122.

A deslegitimação do sistema penal<sup>6</sup> é um dado da situação operativa inafastável e leva à consideração de que o poder punitivo é sempre exercido de modo irracional. Assim deve-se trabalhar com as diretrizes de um direito penal ético e garantidor assumindo plenamente esta realidade de poder. O direito penal,

6 A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais, não apenas esporádicas, de qualquer sistema penal. Nas palavras de ZAFFARONI, diz-se que essa postura trata de uma referência teórica sincrética que se chama *realismo marginal*. Primeiramente, que renuncia a qualquer modelo ideal em virtude da urgência em se colocar em marcha a redução da violência punitiva, por outro lado, nunca perde de vista o nosso viés – de país que passou por um simulacro de modernidade – que releva mais nitidamente as características estruturais do sistema penal ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas...**, p. 174. Já dentro desse local crítico (“a margem”), emergem algumas questões que ganham importância nesse contexto e devem ser examinadas. Indagações levantadas por Martins que fazem ranger justamente o local crítico da “margem”: *não dará a pensar o facto de a presente optimização das margens, vertida na revalorização de algumas categorias periféricas (...), ser hoje promovida por esses mesmos centros?* (MARTINS, Rui Cunha. **A Fronteira Antes de sua Metáfora: Cinco Teses Sobre a Fronteira Hispano-Portuguesa no Século XV**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000. Dissertação (Doutoramento em História). Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2000, p. 441). Há que se atentar, como faz o autor português, que a própria crítica pós-moderna permitiu que o “centro” fosse o primeiro a conscientizar-se de sua própria crise de centralidade, a aperceber-se do potencial de zonas de ensaio das “margens”. Quer dizer, em tempos de irrupção paradigmática, acaba por haver um (re)investimento, um reforço e a cristalização das centralidades dominantes exatamente nas margens. É o *paradoxo da demarcação emancipatória*: o centro aprendeu a esconder-se nas fronteiras, quer travestido de margem, quer multiplicado numa pluralidade centros. (MARTINS, Rui Cunha. O paradoxo da demarcação emancipatória. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 59, fev. 2001, pp. 37-63). Exatamente é o que deve se dar conta o discurso que se propõe “marginal”, ou mesmo de fronteira – aqui o discurso da transdisciplinaridade desempenha o mesmo papel como alternativa à “crise da ciência moderna”. Enfim, ver-se em que medida não se está a reincorporar o fantasma “normalizador” que se pretendia afugentar. Um olhar complexo impõe que se invista além das dicotomias, “centro” e “margem”, sob o preço de não se enxergar as influências e reciprocidades, bem como as contradições internas existentes no interior de cada um dos pólos; senão *nunca se perceberá que aquilo que serve para oprimir também pode ser utilizado como instrumento libertador* (CATROGA, Fernando. Op. cit., p. 156).

e desde sua realidade dinâmica – o processo penal, deve sim conviver, tragicamente, com os transbordamentos do Estado de Polícia (exceção) contido em cada Estado de Direito. Nas palavras de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia,<sup>7</sup> deve-se programar o exercício do poder jurídico como um ‘dique’, levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Procuram-se filtrar essas pulsões irracionais reduzindo os danos causados com uma “contra-pulsão jurídica” ao poder punitivo do Estado policial, ou seja, como um claro limite, presente nas sucessivas situações processuais. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter trágico,<sup>8</sup> sempre resistindo ao poder punitivo.

Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito, a seleção penal

7 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I, p. 156.

8 A figura do trágico é novamente trazida à tona, vez mais ressaltando sua atualidade indicadora, não atrelada à presença de “finais felizes” redentores e idealizados de sistemas totalitários, mas reveladores da limitação do humano e a humildade de suas empreitadas. Há que se estabelecer uma diferença básica, através de uma leitura psicanalítica, entre a compreensão *nietzschiana* do trágico (o *pathos* dionisíaco) e a compreensão *negativa* do trágico (o *pathos* dialéptico). Vias trágicas que expressam duas formas de se pensar o desejo. A moral da negatividade trágica diz que o desejo é *falta*. A ética da afirmação trágica pensa o desejo como *vontade de poder*. É a tese de Bruno, desde Deleuze, que coloca este “sim” afirmativo do “acaso”, como componente da construção de uma ética da produção da diferença: *uma forma é a concepção negativa, que pressupõe uma releitura da tragédia à luz da dialética; a outra é a afirmação nietzschiana, dionisíaca, do trágico. Acreditamos que a ambigüidade da tragédia ática torna pertinente duas leituras. Trata-se de um confronto de interpretações que podemos nomear como o ‘sim contra o não’. De um modo simplificado, é, por um lado, o ‘sim’ da leitura de Nietzsche, propondo um conceito de trágico para além dos gregos, já que eles, com exceção de Heráclito, não foram suficientemente trágicos; por outro, o ‘não’ da dialética que estava presente no mundo grego e ganhou uma dimensão planetária a partir do ‘pathos’ cristão*. BRUNO, Mário. **Lacan e Deleuze: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 215.

deve ser racional, para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva.<sup>9</sup> É a pluralidade de atitudes, nos mais diversos momentos potencializados no acerto caso penal,<sup>10</sup> segundo a idéia de salvaguardar a jovem experiência do Estado Constitucional de Direito.<sup>11</sup>

Assim, o discurso que se aposta vai no sentido de construir um feixe de elementos que permita às agências jurídicas um

9 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 162.

10 Ainda que a dogmática tradicional (Frederico Marques, Tourinho Filho, Ada Pellegrini Grinover, Hélio Tornghi e outros) se incline para a o conceito de lide carnelutiana (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita) com algumas alterações, difundida no Brasil por Liebman no pós-guerra, como conteúdo do processo penal, dividimos o entendimento de Coutinho que vê a jurisdição com função de fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não. Caso penal que denota dúvida, incerteza quanto à aplicação da sanção. Foi ao sustentar a noção de lide, no início, que Carnelutti plantou a semente de uma malfadada teoria geral do processo, na medida em que o processo penal passou a ser raciocinado desde uma natureza patrimonial, mercantil, enfim, civilista. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo...** *Por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de conseqüência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre DPP e DPC o princípio unificador, o sistema e o conteúdo são distintos, resultando daí uma TGP plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no DPP naturalmente. Urge, portanto, uma teoria geral do direito processual penal arredia à falta de ensanchar a teoria geral do direito processual civil, pelo menos para poder-se ter uma base mais coerente no momento de uma reforma que pretenda não ser só de verniz.* COUTINHO, Jacinto. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

11 Sem prejuízo do já escrito no capítulo passado e de um necessário aprofundamento da temática, o que se quer passar fundamentalmente é o sentido novo adquirido no Estado Constitucional de Direito, com características estruturais próprias, de inúmeros conceitos jurídicos básicos, que tomam vulto renovado ao serem (re)contextualizados. O fator constitucional impõe uma lógica diversa do então Estado Liberal que o precedeu; põem em cheque as estruturas legais oficiais oriundas de um pensamento descompassado que não encontra mais justificação senão naqueles retrógrados modelos herdados de sistemas totalitários. Por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1997, p. 09.

exercício de contenção ao ilimitado, arrasador e estrutural poder punitivo estatal, com o cuidado de que o próprio discurso não ofereça argumentos puramente políticos, assistemáticos e conjunturais – como em algum momento poderia aparentar as incipientes práticas alternativas vistas antes. Dessa maneira, devem se articular o máximo de dados de realidade que se possa angariar, longe dos “metafisicados homogenizantes” – se quiserem, chamemos de esfera do “ser” – com um discurso progressivamente redutor das violências punitivas com base nos princípios constitucionais e internacionais limitadores – âmbito programático do “dever”.

Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que, através do ideário de reduzir danos, é possível minimizar o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valorizará o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade.<sup>12</sup>

Não se busca, de forma alguma, dar novo fôlego a nenhuma teoria da pena – empreender novo esforço na doentia tentativa de legitimá-la, mas encará-la de maneira agnóstica. Por certo, deve-se retomar o debate do liberalismo penal interrompido pela “polícia positivista” – evidentemente não como uma (re)visita ao museu – contudo, para extirpar o germe antiliberal do discurso.<sup>13</sup> Há mais de um século, já colocava Tobias Barreto

12 Cf. GUINDANI, Miriam. **Violência e Prisão: Viagem em Busca de um Olhar Complexo**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

13 Il grande pericolo del ritorno al diritto penale liberale è quello di tornarvi dimenticando quei germi che esso conteneva: cosa che non va fatta. Assumiamo daí vecchi liberali i principi liberali, ma teniamo accuratamente da parte i germi di illiberalismo contenuti nelle loro teorizzazioni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. p. 386. Em outras palavras, o que se deve evitar é o germe da ideologia da defesa social, nó teórico e político fundamental

o caráter eminentemente político de qualquer conceito de pena, e em suas clássicas palavras: *quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*.<sup>14</sup> Nega-se, assim, o viés declarado e não cumprido das inúmeras teorias de justificação da pena – *vizio ideológico e meta-ético*,<sup>15</sup> uma vez que é a pena uma manifestação fática afastada de qualquer fundamentação jurídica racional, fator que se agrava e contribui para a total deslegitimação do sistema penal, ainda mais quando tratamos da realidade latino-americana<sup>16</sup>.

Traz-se novamente o papel do direito como limite da política, na medida em que o discurso penalístico afasta-se da (re)condução/(re)legitimação de alguma teoria da pena, e como numa guerra, a programação deve obedecer uma estratégia de salvar vidas humanas, similar à tarefa da “Cruz Vermelha”<sup>17</sup> – que evidentemente não tem poder para acabar com os conflitos bélicos. Não mais uma teoria justificante do direito de punir,

do sistema punitivo que passou a compor tanto a filosofia comum nas ciências jurídicas quanto às every day theories. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, pp. 41-48.

- 14 Este é o ponto capital. O defeito das teorias usuais consiste justamente no erro ao considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundamentada. BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe: 1926. Obras Completas. t. V., p. 149 e p. 151.
- 15 FERRAJOLI, Luigi. **Note Critiche ed Autocritiche...**, pp. 498-499. Não apenas possuem um vício ideológico e meta-ético, mas antes há uma pura confusão entre os esquemas de explicação de porque se aplicam as penas (por que existe a pena?), com os modelos normativos de justificação (por que deve existir a pena?), ou seja, a assunção da explicação como justificativa e vice-versa. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, pp. 324- 328.
- 16 SILVA FILHO, José Carlos da. Da ‘Invasão’ da América aos Sistemas Penais de Hoje: o discurso da ‘inferioridade’ latino-americana. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez/TEC, nº 7, pp. 103-135, 2002. Nesse sentido, conferir BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico-penale di lingua ispanica: In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993. pp. 191-198.
- 17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La rinascita del diritto...**, p 393.

mas um apanhado teórico-normativo capaz de impor certos limites, com fins específicos de evitar mais sofrimento. Esse deve ser o objetivo imediato das agências judiciais de acordo com um discurso que estabelece limites máximos de irracionalidade tolerável. Em certa medida, essa será a tarefa do discurso jurídico-penal, mais especificamente quanto ao modelo processual penal de garantias.<sup>18</sup>

### 3.1.2. As pulsões inquisitoriais

Já no processo penal, nossa preocupação de debate,<sup>19</sup> afirmou-se uma preferência entre alguns saberes em luta, ou seja, saiu-se vencedor um paradigma metodológico que, surgido na Europa no século XII, abarcou todo o mundo e obscureceu o pensamento dialógico: a *inquisitio*.<sup>20</sup>

Foi o processo de acumulação do poder punitivo inquisitorial ou de investigação que ajudou a desenvolver o valor instrumental da verdade (o útil é o verdadeiro), tornando mais do que nunca nebulosa a separação entre verdade e poder. Daí ao rebaixamento do ser humano à categoria de objeto dominado não tardou nada. *Onde a ‘inquisitio’ prepondera, o perigo permanece oculto e é o perigo extremo, onde o ser humano assu-*

18 CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: \_\_\_\_\_. (coord.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

19 Diferentemente do Direito Civil, o Direito Penal tem um poder de coerção direta reduzido, visto que depende primordialmente do Processo Penal. Este princípio de necessidade do processo penal deriva do fato de que a realidade concreta (principal) do direito penal – a pena – é efeito do cometimento de um desvio, processualmente apurado, ou seja, impõe-se que a pena deva ser infringida por intermédio do processo. Cf. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 10 ed. Madrid: Ageda, 1987.

20 CARVALHO, Salo de. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico-Inquisitorial. [s.l.]: [s.ed.], 2005. Mimeo.

me a figura de senhor da terra e de todos os seres – inclusive os humanos que, desse modo, se tornam artefatos do ‘dominus’.<sup>21</sup>

Veja-se que a visão policial-vigilantista do saber tem sua retomada atrelada à própria estatização da justiça penal na ditadura média. Nos séculos XII e nos XIII, vê-se uma espécie de segundo nascimento do *inquérito* com o reaparecimento do Direito Romano<sup>22</sup> e a decadência do Direito Germânico (feudal).<sup>23</sup> Neste imperava o sistema de prova – *épreuve* – onde o litígio se resolvia (quem tinha razão) por uma série de desafios onde se media a força do indivíduo – rompida ou não a inércia por uma intervenção externa,<sup>24</sup> não uma pesquisa sobre a verdade: provas de importância social, provas do tipo verbal, provas mágico-religiosas, provas físicas (ordálias) etc. Caracterizava-se por ser uma estrutura binária, onde se aceitava ou não a prova, havia simplesmente a vitória ou fracasso (ausência de sentença); sobretudo, ainda, por ser automática, não existia a necessidade de um terceiro além dos adversários, senão para garantir a regularidade do procedimento.

Contudo, esse sistema de práticas judiciárias dá lugar, com a mudança da sociedade feudal européia ocidental, a uma con-

dição de possibilidade de saber capital para os séculos seguintes: o *inquérito*. Antes é imperativo que se tenha presente que, na sociedade feudal, a circulação dos bens se dava principalmente pela rivalidade militar e contestação belicosa, onde a riqueza era o meio pelo qual se exercia tanto a violência quanto o direito. Por outro lado, havia também os litígios judiciais que eram uma outra forma de “circular” bens. Com os mais poderosos tentando controlar essa sistemática – destaque-se o maior deles, o monarca –, a conseqüente concentração das armas e do poder judiciário incipiente da época nas mãos dos mesmos personagens fica de fácil visualização.

Consolida-se, assim, esse processo com a formação das grandes monarquias medievais do XII, onde emerge uma justiça que vai impor-se do alto, em que todos os indivíduos deverão submeter-se a um poder exterior; aparece o procurador, representante do soberano, que vai dublar a vítima, com poder de apossar-se dos procedimentos judiciais; e, sobremaneira, a noção de ofensa de um homem a outro é substituída pela idéia de infração ao soberano, dano à própria lei do Estado que agora exige reparação. Abandona-se a *épreuve*, pois afinal o Rei/Procurador não poderá arriscar sua própria vida e bens em todas as provas a que for chamado. Daí a necessidade de (re)adoção do modelo do *inquérito* que já tinha existido no Império Carolíngio. Modelo este de gerenciamento para as questões tributárias que a igreja manteve para a gestão de seus próprios bens. É a chamada *visitatio* que consistia no trabalho do bispo em percorrer a sua diocese instituindo: primeiro a inquisição geral (*inquisitio generalis*) perguntando a todos os que deviam saber sobre faltas, crimes e etc. o que teria acontecido na sua ausência; se necessário se passava à inquisição especial (*inquisitio specialis*) exatamente para apurar os ocorridos. Evidentemente se coloca em destaque a tese de Foucault acerca da dupla origem do *inquérito*: uma origem administrativa ligada ao surgimento do Estado e a outra religiosa, eclesial. A

21 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 505.

22 Las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio por los ‘delicta publica’, comenzando por los ‘crimina laesae maiestatis’ de subversión y conjura, en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el estado. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 565.

23 Para que não reiteremos exaustivamente as citações à obra, frise-se que o apinhado histórico feito aqui tem como fonte principal FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003. Ciente se está que quando Foucault refere “*inquérito*”, diz respeito ao procedimento inquisitorial, o que não afasta a grande contribuição para a análise relativa à construção desse saber policialesco que, sem dúvida alguma, transportou-se para o processo penal. Nesse sentido, ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 497.

24 Molto praticata ai bassi livelli sociali, l’ordalia è una scommessa contra la constanza delle serie casuali. CORDERO. Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 40.

Igreja como único corpo coerente à época tem, então, seu modelo facilmente incorporado pela nascente figura estatal.

O Modelo – espiritual e administrativo, religioso e político, maneira de gerir e de vigiar e controlar as almas – encontra-se na Igreja: inquérito entendido como olhar tanto sobre os bens e as riquezas, quanto sobre os corações, os atos, as intenções, etc. É esse modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador do Rei vai fazer o mesmo que os visitantes eclesiásticos faziam nas paróquias, dioceses e comunidades. Vai estabelecer por ‘inquisitio’, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu.<sup>25</sup>

Dessa forma, é oferecido ao olhar um procedimento impregnado de categorias religiosas que supostamente seria resultado do progresso de racionalidade, entretanto que em correto era uma maneira exercício de poder e de transmissão do saber. Identifica-se agora crime-pecado (lesão à lei e falta religiosa), e mais ainda, estabelecida estava uma forma geral de saber que fez aumentar o poder real até o fim da idade média (XVII e XVIII) enormemente.

Este intróito coloca os traços determinantes do que se poderia chamar de revolução inquisitória, elemento importantíssimo quanto tratamos de garantias no processo penal. Ela serviu, como se viu, para satisfazer as exigências comuns a dois mundos: eclesiástico (heresia) e civil (criminalidade). Seu automatismo repressivo foi, assim, fomentado por um lado por uma tecnocracia (vertente laica) e por outro lado pela vertente eclesiástica representada pela ordem dos dominicanos.

As complexas estruturas assim, segundo Cordero, emergiram paulatinamente, contudo é com o Concílio de Latrão (1215) que a revolução se anuncia organicamente. Antes houve o Concílio de Verona (1184) e a união do Lúcio III com o Imperador Frederico Barbaroxa; a Bula *Vergentis in Senium* (1199) de

Inocêncio III – a qual preparava o terreno para a repressão canônica e as modificações processuais equiparando heresia e crime de lesa majestade. Ainda houve a estabelecimento das bases jurídicas efetivas realizadas pelo *Constitutio Excomuniamus* (1231) do Papa Gregório IX – ano em que se institui o Tribunal da Inquisição; entretanto é com a Bula *Ad extirpanda* de Inocêncio IV (1252) que a tortura é institucionalizada como meio de prova e o aparato assume figuras definitivas.<sup>26</sup>

Discurso este que tem sua fundação em dois escritos principais: o *Mallus Maleficarum*<sup>27</sup> ou Martelo das Feiticeiras de 1487 e o Manual dos Inquisidores<sup>28</sup> de 1376 (re)elaborado em 1578. Aquela obra, conforme Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, com uma incrível sofisticação racionalizante, foi o primeiro complexo interdisciplinar de uma ciência total do direito penal – três teorias perfeitamente integradas: a criminológica, a penal e a processual penal. Nada estranho não se examinar rotineiramente a fundo tal texto no contexto acadêmico, na medida em que é fundador do moderno saber jurídico-penal e *não se pode mostrar, como obra fundacional, um trabalho que postula e legitima as crueldades e as racionaliza com argumentos baseados em disparates finissimamente veiculados*<sup>29</sup>

Evidentemente que no *maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece*, nas palavras de Coutinho,<sup>30</sup> o que

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas...*, p. 71.

<sup>26</sup> Le strutture emergono lentamente: prima inquisiscono dei legati papali; poi vengono sulla scena i domenicani; apparizione precoce a Firenze, 20 giugno 1227; quando Innocenzo IV emette la bolla ‘Ad extirpanda’, 15 maggio 1252, l’apparato há assunto figure definitive. CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 46.

<sup>27</sup> KRAMER, Heinrich & SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 8. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

<sup>28</sup> EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 511.

<sup>30</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz...**, p. 18.



conta é o resultado. De expectador o magistrado torna-se amplo protagonista e o investigado, culpado ou não, sabe algo importante (nessa semiótica tudo se torna importante) e está obrigado a dizê-lo. De um elemento impassível na contenda, torna-se um ilimitado órgão ativo na alimentação do aparato, que se move a partir do estímulo de fluxos verbais, onde *concepita un 'ipotesi, vi edifica cabale induttive, l'assenza del contraddittorio apre un vuoto lógico aperto al pensiero paranoide, trame lambiccate eclissano i fatti*.<sup>31</sup> Dessa forma, como um rito fatigante e ausente de qualquer formalidade, é que o catedrático italiano trilha a identificação desse estilo: privilegiam-se as imputações em razão da prova num explícito exercício de “psicoscopia”.<sup>32</sup>

O imputado torna-se um mero objeto da investigação, daí a desnecessidade, a partir dessa construção “pura”, de partes processuais. Tudo se resume a buscar sinais do delito e fazê-lo dizer, mirando a extração de uma verdade histórica.<sup>33</sup> A *buli-*

31 CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 25.

32 La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidei. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestire stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sono, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole. Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediano come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato. Ma vengono anche in ballo delle controproiezioni: se l'esito dipende dalle sue parole, il confessante non è poi tanto inerme; giocandole bene, esce indenne o almeno lucra sconti; quando superi l'antagonista in acume (come Stefano Baruello a Milano), gli detta lui le mosse. All'economia verbale tipica del formalismo agonistico accusatorio l'inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a un dato punto non tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, perché ha mano libera. CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**, p. 51.

33 CORDERO, Franco. **Procedura penale**..., pp. 594-595.

*mia inquisitoria*, empreendida, como dito, portava-se indiferente a qualquer limite legal, tinha apenas que multiplicar *il flussi verbali: bisogna che l'imputato parli; il processo diventa sonda psichica*.<sup>34</sup>

Saliente que a assunção da expressão “estilo” é dada em virtude da impossibilidade de conseguir ver minimamente a maneira inquisitorial como um verdadeiro processo. Ainda que não seja algo determinante na diferenciação entre “processo” acusatório e inquisitivo, não se pode descuidar da importância do *actus trium personarum*. De toda forma, apresenta-se a expressão “processo inquisitivo” numa *contraditio in terminis*, visto que não há um juiz imparcial e duas partes (parciais, é importante que se diga) enfrentando-se entre si. A essência do processo – se assim se queira – está na existência de um magistrado que não seja acusador ao mesmo tempo e que não transforme o acusado em objeto do procedimento. Portanto, ao mesmo tempo, dizer-se “processo acusatório”, tornar-se um pleonasma.<sup>35</sup>

O auge da dinâmica inquisitiva é alcançada com o *Code Louis XIV – Ordonnance criminelle* de 1670. Tal sistema fora visto como perfeito (e ao que se propunha, o era), enriquecido pelo tecnicismo inquisitivo, a sua obsessão chega a uma pureza quase metafísica. Esse monumento do engenho inquisitorial, frise-se, era um modelo de partes: a ação pública competia aos procuradores do rei (Tit. III, art. 8). Vê-se inquestionavelmente o caráter secundário desse elemento de diferenciação quanto ao modelo acusatório.<sup>36</sup> Com a revolução francesa, a antiga

34 *Lo stille inquisitorio implica macchine monologanti*. CORDERO, Franco. **Procedura penale**..., pp. 333 e p. 373.

35 MONTERO AROCA, Juan. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. pp. 106-107. Em outro local ainda, MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 28-30.

36 CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**..., p. 47. Por certo, novamente se diga, que não estamos a desdenhar o caráter essencial da separação entre juiz e acusação como um importante elemento constitutivo do modelo teórico

maquinaria experimentou algumas reformas, entretanto manteve-se a figura do juiz-ator, ou seja, a instrução seguia a lógica do magistrado trabalhando sozinho, fora de todo debate na elaboração da matéria processual, arquetipo este de fundamental influência nos modelos europeus continentais seguintes.

Mesmo que eliminada entre 1790 e 1800, a Ordenança Criminal Francesa é reencarnada em 1808 no *Code d'instruction criminelle* – Código Napoleônico, fonte que irão remontar os sistemas processuais do XIX e XX. Nomenclatura esta – instrução – que nada tinha referência ao debate diante de jurados por exemplo, no entanto desenhava os atos realizados pelo juiz instrutor. Era o procedimento dividido em duas fases: instrução e debate; havendo, não obstante, uma escancarada desigualdade de peso efetivo entre elas. De um momento ao outro, passava-se da obscuridade à luz plena, da inquisição ao espetáculo acusatório, tudo isso travestido em aparente igualdade: *là um labirinto scritto e segreto, 'tourné tout entier du côté' degli interesse repressivi, come voleva l'Ordonnance; 'ici tout est publicité, débats oraux, libre défense et pleine discussion'*.<sup>37</sup>

Predominantemente inquisitiva na primeira fase: escrita, secreta, dominada pela acusação pública, excluída a participação do imputado e de sua defesa; com uma fase sucessiva de processamento oral, pública e adversativa, todavia destinada a converter-se numa mera repetição da primeira etapa. Assim surgiram os monstruosos sistemas mistos compostos de larga instrução em perfeito estilo inquisitório; um preço razoável a ser pago pelos defensores da *Ordonnance criminelle*, uma vez que os debates seriam até suportáveis em contrapartida à extensa restauração instrutória.<sup>38</sup>

acusatório, na medida em que representa a condição para a *terzeità* – imparcialidade – e é um pressuposto para que a carga da prova recaia sobre a acusação.

<sup>37</sup> CORDERO. Franco. *Procedura penale...*, p. 66.

<sup>38</sup> Cf. MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX...*, pp. 108-112.

Para que se tenha delineamentos mais ou menos precisos, imperativo caracterizar o sistema inquisitório, enfim, como faz Coutinho,<sup>39</sup> fundamentalmente a partir da *gestão da prova* confiada ao magistrado – que amplamente vai ao encaço de todos os fatos mesmo que não colocados na acusação, guiado por sua visão particular do fato. Princípio este que desmarcara o ideário de um processo misto colocado pela dogmática tradicional. Não se pode falar em sistemas mistos, na medida em que todos hoje o são, em maior ou menor grau.<sup>40</sup> O sistema de inspiração napoleônica foi a conjugação de outros dois, porém não possui um princípio reitor próprio – pois é primário que não pode haver um princípio misto –, não é um terceiro sistema, senão formalmente. *Os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver 'não só porque a 'contaminatio' é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero'*.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz...*, p. 24.

<sup>40</sup> Na experiência prática, hoje em dia ambos os modelos teóricos (acusatório e inquisitivo), por óbvio, nunca aparecem em estado puro, apenas mesclados com outros. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 564.

<sup>41</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz...*, p. 39. É compreendida, segundo Cordero, a época do surgimento do processo misto como *garantismo criptoquisitório*. CORDERO. Franco. *Procedura penale...*, p. 284. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários, inclusive a existência de partes), que de um sistema são emprestados para o outro. Em nosso sistema, ainda que exista um arremedo de ônus da prova (art. 156 do Código de Processo Penal, em nova redação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes da ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observados a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”), opera-se que o próprio juiz pode sair à cata da prova, denunciando o caráter inquisitorial do nosso sistema processual. Eis aí o núcleo do sistema e a sua adequada forma de identificação: a gestão da prova. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: ITEC/Nota Dez, vol. 1, p. 29, 2001.

É o estilo acusatório<sup>42</sup> que, em contrapartida, determina um espetáculo dialético, um combate aberto, com normas claramente referentes, sobretudo, aos tribunais. Opostas as tensões em luta, desde um jogo limpo com alternância de discursos, têm-se como valor único o respeito (ético) às regras do jogo numa operação técnica, onde o processo deve ser insensível à sobrecarga ideológica, derivada da observação inquisitorial. Há, sim, um certo e necessário formalismo acusatório – invólucro do limite, da garantia à arbitrariedade –, já que se afasta o resultado obtido de qualquer modo: *quanto meno spazio occupa l'organo giudicante, tanto più pesano i riti*.<sup>43</sup> Em suma, o estilo acusatório implica controvérsia e inclusive as incentiva, enquanto o modo inquisitório possui automatismo perfeitos e nada fica ao acaso.

Em suma, ainda que não seja o propósito exaurir o tema acerca de ambos os modelos, o que deve ficar evidente é a opção, na esteira de Ferrajoli,<sup>44</sup> por uma determinada figura de juiz e de processo: um sistema processual acusatório em que se concebe um juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes, e um processo como uma contenda entre iguais, iniciada por uma acusação, sobre a qual recaia a carga da prova; um processo com contraditório, oral e público. Afasta-se, então, de qualquer idéia de um processo penal que possua um magistrado que proceda de ofício, ainda mais quanto na busca e valorização da prova; construído desde uma instrução escrita e secreta, de onde estão excluídos ou limitados o contraditório e o direito de defesa.

<sup>42</sup> Para tal, imprescindível a análise de PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>43</sup> CORDERO, Franco. **Procedura penale**, p. 99.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 564.

### 3.1.3. “Time is Money”: o processo penal e a lógica da eficiência

O discurso da ambição científico-penal que se trava aqui, capitaneada pelo fenômeno da velocidade,<sup>45</sup> no campo proces-

<sup>45</sup> Ainda que a aceleração do tempo possa ser detectada já aos finais do XVI, ela delineou-se clara a partir do XIX. Como quer Baumer, *a característica mais saliente da vida, nesta última parte do século XIX [1875], é a velocidade (...), e a velocidade, embora fosse excitante, restringia o lazer, que permitia que os homens refletissem sobre o valor e finalidade do que faziam* (BAUMER, Franklin L. **O Pensamento Europeu Moderno**, vol. II (séculos XVIII e XIX), p. 16). Assim, Virilio, um dos primeiros a levantar e aprofundar a questão do ‘dromos’ social (“corrida”, “curso”, “marcha”), afirma que hoje tal lógica foi tomada como referência absoluta, como equivalente geral. *A violência da velocidade tornou-se, simultaneamente, o lugar e a lei, o destino e a destinação do mundo* (VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.137). Passamos habitar o ‘não-lugar’ – negação do espaço pela “posse” do tempo que estreita as distâncias. O homem ocidental pôs-se superior em função da velocidade, ainda que isto nada tenha a ver com o que se convencionou chamar de progresso humano e social. Seja no genocídio colonial ou no etnocídio, o humano é efetivamente o ‘sobre-vivo’ (a palavra francesa ‘vif’ concentra ao menos três significados: velocidade, violência e vida). *De fato, não há mais “revolução industrial” e sim “revolução dromocrática”, não há mais democracia e sim dromocracia, não há mais estratégia, e sim dromologia* (VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**, p. 56-57). Aquela segurança buscada por todos, doravante, é comparável à ausência de movimento na medida em que, após a derrocada da distância-espaço, é a distância-tempo que acaba desaparecendo na aceleração crescente das performances veiculares. Nada mais translúcido que o salto dado pelas tecnologias de comunicação. É a ‘videoscopia’ – um direto em tempo real – que inaugura um novo espaço-tempo que participa ativamente da construção de uma localização instantânea e interativa (‘tele-presença’; ‘tele-realidade’). O resultado senão é a ‘ondização do real’, pois a imagem dos lugares sucede aos lugares das imagens (VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993, p. 12-13). *El Ciberespacio o, más exactamente, el “espacio-tiempo cibernético”, surgirá de esa comprobación cara a los hombres de prensa: la información sólo tiene valor por la rapidez de su difusión, más aún, ¡la velocidad es la información misma!* (VIRILIO, Paul. **La arte del motor: aceleración y realidad virtual**. Buenos Aires: Manantial, 1996, p. 151). É este espaço-velocidade que suplanta a realidade da presença e abole a noção de dimensão física dos objetos e lugares, dando lugar à “des-realização” generalizada, a ‘trans-aparência eletro-óptica’ do meio ambiente global. Dito de outra forma, a tradução do diferido, produto do tempo da imagem, suplanta a realidade tópica do acontecimento

sual, reflete-se no exercício de aceleração procedimental, tendo como pano de fundo ou pedra de toque a idéia da “eficácia pela eficácia”, que nada mais é do que a tradução neoliberal do “time is money”. A ninguém dentre os operadores jurídicos, como assevera Coutinho,<sup>46</sup> é dada a benesse de desconhecer essa temática em virtude da relevância que carrega em si, sob pena de levar à alienação que, não raro, alija.

(VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**, pp. 19-22). O horizonte trans-aparente, como visto, fruto das telecomunicações, dá azo ao cultivo de uma sociedade do “ao vivo”, sem passado ou futuro, sociedade que, sendo intensamente presente, torna-se a civilização do esquecimento. (VIRILIO, Paul. **O Espaço Crítico**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p.108). A aceleração do tempo que tem como última barreira a luz, ou seja, o ritmo furioso dos acontecimentos, favorece sobremaneira esse poder de olvidar, o que pode explicar o freqüente fluxo de revisão que afeta nossa memória. Dimensão esta escondida na revolução das comunicações que afeta a duração, o tempo vivido das nossas sociedades. Não apenas atinge a vivacidade do sujeito, mas atrofia e deixa sem razão de ser o trajeto ao ponto de deixá-lo inútil (VIRILIO, Paul. **O Espaço Crítico**, p.115). Assim, evidente que o imperativo da velocidade afeta toda a dinâmica do processo penal, o que poderia implicar na ausência de uma resposta, ou, o que ocorre, um resultado prenhe de inadequação. O tempo do real imediato é que põe abaixo o tempo cíclico das origens e o tempo linear de uma história cronológica. Sucede-se, então, o *‘tempo dromosférico’* (VIRILIO, Paul. **Velocidade e Libertação**, p. 165) da luz, um tempo subitamente continuado, superficial e dilatado. A súbita dilatação globalizada do presente tem o potencial de tornar-se uma catástrofe temporal. A velocidade, ainda que seja segundo o urbanista, a própria vida humana, pode configurar-se numa ameaça tirânica, simplesmente pelo grau de importância que é dada a ela. Corremos o risco de tudo se converter no presente, *lo cual es una amputación del volumen del tiempo*. A perda a se considerar é de proporções insondáveis, na medida em que o advento de um tempo mundial único elimina a multiplicidade (diferença) de tempos locais. Arriscamos a um acidente do tempo em que a ditadura do tempo real reduz a nada todos os trajetos: *al trayecto temporal en beneficio de un presente permanente* (VIRILIO, Paul. **El Ciber mundo, La Política de lo Peor**, Madrid: Cátedra, 1999, pp. 80-81). Terreno propício ao medo e principalmente ao distanciamento do outro. Apogeu último da evitação, encontrado em nossas sociedades até mesmo nas práticas sexuais virtuais. Repita-se. Isso carrega em si uma enorme ameaça de perda do outro, figurado na própria ausência do físico em benefício de uma presença fantasmagórica e imaterial (VIRILIO, Paul. **El Ciber mundo, La Política de lo Peor...**, p. 47). O *homem apressado*, enfim, fecha-se em si mesmo e torna-se um paralisado do tempo real. Concentra-se no seu ego (para além do individualismo ou do cúmulo do egoísmo) também por uma exigência cruel de uma temporalidade que o afoga.

46 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal...**, p. 139.

Esse movimento de matriz economicista que se vê hoje transformado em discurso oficial – fundamentalmente pela mídia – tem no chamado neoliberalismo a teoria que o sustenta. Da mesma maneira que nossas sociedades do risco desmesurado apenas elevam o capitalismo<sup>47</sup> a um novo patamar, como referido, a *‘sociedad de carreras’* também não o exclui, ou seja, utiliza-se dessa dinâmica. *La cara oculta de la riqueza y de la acumulación, es decir, la capitalización, es la aceleración.*<sup>48</sup>

Foi em 1947 na chamada Sociedade de Mont Pèlerin inspirada por Hayek – capitão da escola austríaca de economia – que foram preparadas as bases para um capitalismo duro e sem regras. Seguiu-se pela chamada “Public Choice” sob o comando de Buchanan e primordialmente mais tarde pelos teóricos da Escola de Chicago liderados por Friedman a substituição epistemológica do ideário causa-efeito pelo de ação eficiente.<sup>49</sup>

Conforme descreve Coutinho,<sup>50</sup> novamente, a premissa de que não podemos ter o domínio cognoscível integral dos resul-

47 Lyotard apresenta a questão desta forma: seria muito importante examinar o estatuto atual do capitalismo do ponto de vista do totalitarismo. Acomoda-se à instituição republicana, porém suporta mal o terror (que lhe destrói o mercado). Entende-se bem com o despotismo (como se viu com o nazismo). O declínio das grandes narrativas universalistas, incluindo a narrativa liberal do enriquecimento da humanidade, não o perturba mesmo nada. Dir-se-ia que o capitalismo não precisa de legitimação, não prescreve nada, no sentido estrito da obrigação e, por conseguinte, não precisa exibir uma instância que regule a prescrição. Está presente em toda a parte, entretanto mais como necessidade do que como finalidade. Creio que se pode perceber porque surge como a necessidade, analisando a fórmula canônica do gênero de discurso que é o seu. Veríamos que uma finalidade se esconde, no entanto, sob esta aparência: ganhar tempo. Será um fim universalmente válido? LYOTARD, Jean-François. **O Pós-moderno explicado às crianças**. Lisboa: Dom Quixote, 1993. p. 71.

48 VIRILIO, Paul. **El Ciber mundo, La Política de lo Peor**, p. 61.

49 HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1995. Vol. I

50 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o Discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, nº 4, pp. 31, 2001.

tados de nossas ações (não as podemos prever) – indo ao encontro do que até aqui colocamos, razão porque haveríamos de encampar um racionalismo efficientista, é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. Sendo impossível a correta previsão dos resultados, os centros de interesse voltam-se aos “meios”.

De fato, ao invés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de notória esperteza. No fundo, ao que parece, psicótico porque paranóico, donde o naturalismo do mercado é tomado, mesmo que imprevisível, como real possível e decisivo para apontar qual a ordem natural na miragem neoliberal. Em suma, a crença numa “verdade toda”, mercadológica, que não permite qualquer futuro, qualquer falta. Dessa forma, posto estaria um mundo aético em seus postulados e antiético em seus efeitos, com a consequência inevitável do desprezo do homem pelo homem.<sup>51</sup>

O ícone da deificação do mercado despreza, nesse sentido, o direito e propriamente o processo penal que se torna um mero empecilho, um entrave que impossibilita a tão almejada eficácia imprescindível ao mundo do “just in time”. Assim, menos burocracia para ganhar velocidade, ainda que *não se saiba bem o que ela quer dizer quando a questão é manter ou não regras de um instrumento tido, iniludivelmente, como mecanismo de garantia do cidadão*.<sup>52</sup>

O suposto eterno conflito “mais velocidade (eficiência), menos garantias (efetividade)”, dentro do campo processual penal, não raro, é mero subterfúgio falacioso. Maiores garantias não condizem apenas com o (des)respeito de direitos ditos individuais, todavia, resguardam o interesse coletivo que é absolutamente preponderante: não no sentido da condenação, mas

<sup>51</sup> Idem, ibidem.

<sup>52</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: \_\_\_\_\_. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 82.

naquele de se ter uma decisão substancialmente válida. Vez mais, nos dizeres de Coutinho,<sup>53</sup> efetividade reclama a análise dos “fins”, já a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos “meios”. Ferrajoli arremata que, *para o direito penal, há uma submissão da lei fundamental, e o sistema processual será eficiente se realizar a tutela dos direitos fundamentais (...)*.<sup>54</sup>

Voluntariamente ou não, a celeridade do processo (penal) camufla-se na busca de um “tipo ideal” – utilizando-me da linguagem weberiana – de “pena sem processo”, mascarando-se o processo como instrumento de impunidade. Os holofotes voltam-se ao paradigma das ações eficientes, quer dizer, processos curtos e rápidos, tudo a projetar “melhores fins”. O tempo do processo quanto mais curto melhor, ignorando-se (?) que a sua dinâmica é e deve ser outra, diferentemente do fluxo social acelerado.

Dirá Ost,<sup>55</sup> nessas hipóteses, a eficácia invocada poderia levar à erosão da ordem constitucional, no esquecimento completo de que o objectivo profundo de muitas regras jurídicas é atrasar a tomada de decisão, ora para permitir que se expressem todos os pontos de vista e que as paixões arrefeçam ora para proteger o próprio interessado (diversas regras instaurando prazos de reflexão).

Vendo-se o direito como estorvo, olvida-se que a eficiência pode ser sinônimo de supressão de direitos e garantias, mormente constitucionais, ou, pelo menos, mecanismo de redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica. Consolidado está no processo, assim, a *corrida ao “quero gozar mais”*.<sup>56</sup> Entre a ação delituosa e a concretização da pena,

<sup>53</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal...** pp. 143-145.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. Teoria do Garantismo e seus Reflexos no direito processual penal. **Boletim do IBCCrim**, nº 77, abr. 1999. Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14/12/1997, em Roma, p. 04.

<sup>55</sup> OST, François. Op. cit., p. 366.

<sup>56</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e Mundo Neoliberal. In: \_\_\_\_\_. **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: IBEJ, 1996. p. 56.

disse-se que deve haver a oportunização da dialética do processo, do palco da discussão com paridade de armas para que tenha a viabilidade de decidir de forma equidistante. É nesse contexto que o risco, o tempo e a velocidade travam o maior confronto com o processo penal.

Diante disso, é essencialmente recomendável que se retorne aos clássicos. Sobre o tema, Carnelluti segue atualíssimo mencionado que

cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, he ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que tendrá un desenvolvimiento rápido e seguro, plantea un problema análogo de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura nos es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, del proceso: quien va despacio, ya bien y va lejos. Esta verdad transcende, incluso, de la palabra ‘proceso’, la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro.<sup>57</sup>

Destaque-se. O tempo do direito (processual penal, sobretudo) sempre será outro por uma questão de garantia, o que não quer dizer que esteja completamente correto da forma como hoje se pratica. Exigem-se inúmeras modificações, a começar pelo ingresso de uma parcela de tecnologia que já permeia outros ramos do saber, num pleno descompasso do campo jurídico com as ciências naturais. Enquanto a ciência em geral alia à tecnologia explora o infinitamente grande e o incomensuravelmente pequeno, o operador jurídico assiste impávido às

<sup>57</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se Hace un Proceso*. Bogotá: Themis, 1994, p. 14.

transformações, mostrando-se apegado aos tradicionais meios de prova.

O crime sofisticada-se – nada mais bem retratado naquela pulsão de dar conta do fenômeno com o desenvolvimento de novas disciplinas específicas como o direito penal econômico. Todo aparato tecnológico, contudo, deve ser utilizado para produzir melhor prova desenvolvendo a confiabilidade no processo e não para acelerar seu ritmo.<sup>58</sup> Por outro lado, o sistema jurídico mostra-se refratário e canaliza as forças sobremaneira, quando sai da inércia contra o réu, quer na utilização, por exemplo, dos chamados detectores de mentira ou mesmo em mecanismos inquisitoriais como o interrogatório ‘on line’ (o juiz não quer ver o réu, nem acha relevante sua presença na instrução, porquanto assim é mais cômodo produzir a prova).

Deve-se fugir da lógica que reina em nosso ‘modus operandi’ de que cometido um crime e apontado o suspeito, o castigo deve ser imediato. O processo é esquecido como forma de resposta ao conflito. Nesse panorama, o utilitarismo processual reflete-se numa “eficiência antigarantista”.<sup>59</sup> É preciso tempo para processar e condenar. Tempo é movimento e o processo também o é. Inelutavelmente, o processo corre no tempo e contra o tempo. A velocidade no processo aqui destacada incrementará o risco nele existente e dirá qual a ideologia que o perpassa; quanto maior for a aceleração da resposta penal, mais autoritário (inquisitório) mostra-se o sistema. Atropelar o tempo tornando-o mais célere é tolher os direitos de defesa, da mesma forma que

<sup>58</sup> Sobre a hipótese proposta, cf. THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, dromologia, tecnologia e garantismo*. Porto Alegre: PUCRS, 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2001.

<sup>59</sup> LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 10-37.

procrastiná-lo demasiadamente também representa sofrimento desnecessário como forma de punição do réu.

É a evidência, com seu excesso, que contamina, enfim, o exame da própria prova. A preocupação aqui se volta para o momento do assentimento do juiz, o momento a partir do qual se julga pertinente que isso possa ocorrer e substitua a tramitação do processo. Retardar ao máximo para que minore a ativação de um mecanismo colocado sob suspeita.<sup>60</sup> No fundo, não estamos mais do que repisar o fundamento de existência do processo penal. *Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo. É preferível um sistema que falhe em alguns casos por falta de controle (ou de limitação da esfera da liberdade individual) a um Estado policalesco e prepotente, visto que falha existirá sempre. O problema é que nesse último caso o risco de inocentes pagarem pelo erro é infinitamente maior e esse é um custo que não podemos tolerar.*<sup>61</sup>

## 2.2. Fundamentos de instrumentalidade: garantias e formas processuais

### 1.2.1. Garantia e Estado de exceção

O surgimento do Estado é um vetor chave das sociedades históricas, misto de barbárie e civilização (emancipador e escravizador); é um elemento importantíssimo na composição da identidade social. Como aparelho instituído de comando da sociedade, conjugando uma coerção material – mais ainda uma possessão psíquica –, é evidente que sua emergência natural-

mente o torne paranóico, ávido por mais poder.<sup>62</sup> Entretanto, não há de se negar os tamanhos ganhos com o chamado processo civilizatório (ou quiçá processo de servidão em massa?). Não se está aqui, como nem seria cabível frente a uma complexidade tamanha do social, fazer tábula rasa a certas conquistas, fundamentos estes do nosso próprio escopo limitador do poder punitivo – o que não impede de exigir um nível menor de coerção do poder que potencialize um sentimento vivo de solidariedade, de comunidade e de coesão social.

Entretanto, na esfera específica do controle penal dos comportamentos, pode-se dizer, para amarrar as duas pontas do discurso, que antes da emersão das idéias fundacionais dos Estados-nação (teorias contratualistas), em época de práticas escancaradamente inquisitivas, tinha-se uma perspectiva de Defesa Social Ilimitada, ou seja, se preconizava a punição de forma desmesurada desde uma visão policalesca do saber. Já com o surgimento das idéias contratualistas (de Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e Pagano, todo pensamento ilustrado foi unânime em denunciar as práticas desumanas e despóticas inquisitivas),<sup>63</sup> mesmo que com conteúdo pensante infinitamente maior, foi colocada uma contradição que minou profundamente o pensamento da época: a Defesa Social Limitada, ou seja, uma contradição discursiva entre limitar e legitimar a pena que alimentou o futuro declínio do liberalismo penal. *Carregava em seu cerne o germe de seu fracasso, pois a legitimação do poder punitivo tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e a varrer qualquer limitação do poder.*<sup>64</sup>

<sup>60</sup> MARTINS, Rui Cunha. Modos de Verdade. *Revista de História das Idéias*, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, vol. 23, 2002, p. 26.

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR., Aury Celso Lima. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, p. 68.

<sup>62</sup> MORIN, Edgar. *Método 5*. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 179.

<sup>63</sup> Para se entender a recepção do contratualismo pelo direito penal, conferir CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, pp. 41-56.

<sup>64</sup> Por isso, a defesa social foi também uma racionalização que, como não podia ser de outro modo, trazia consigo um forte impulso para romper qualquer barreira.

Assim, o processo penal posto como disciplina impura até o XIX, embora sempre incrustado ao direito penal, sempre fora irredutível às categorias geométricas de um pensamento de ciência do direito privado. Rebeldia onde reside seu caráter de vitalidade e principalmente de termômetro dos elementos autoritários de uma Constituição.<sup>65</sup>

A suposta separação entre direito penal material e o direito processo penal apenas se dá de maneira superficial. Este é que dirá o modo como um caso penal deve ser produzido e quando ele pode ser considerado validamente realizado. Não é um simples prolongamento do direito penal material, mas um âmbito com problemas e instrumentos completamente diversos daquele. São duas categorizações distintas, porém intrinsecamente corresponsáveis na aplicação da coação penal, onde na primeira deve-se trabalhar com o binômio lícito-ilícito – bem localizados na teoria da norma penal e na teoria geral do crime; onde será lícita ou não a aplicação da norma penal no tempo e espaço, bem como a incriminação da conduta frente aos critérios descritivos do crime. Contudo, no processo penal, a preocupação irá recair na validade ou invalidade dos atos efetuados, marcando em definitivo as devidas diferenciações.

Por isso tem-se visto oportunamente o direito processual penal como indicador da respectiva cultura jurídica e política, ou mesmo, como o “Direito Constitucional Aplicado”.<sup>66</sup> Asseguram-se, com seus princípios, os modelos de *compreensão cênica*. *O possibilitar e o assegurar a compreensão cênica em*

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 550.

<sup>65</sup> Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição. GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71.

<sup>66</sup> Por todos, HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-HOc, 2003, p. 72.

*defesa dos direitos de todos os participantes do processo pode-se designar de modo sucinto como ‘formalização’ do processo.*<sup>67</sup>

É assim que se faz uma aproximação da idéia de garantia como um *macro-conceito*, inerente ao Estado Constitucional de Direito. Um elemento multifacetado que impede o fechamento de caráter formal ou monista ao sistema jurídico. Retrata exatamente a complexidade do fenômeno jurídico e resiste às simplificações, dando vazão a um modelo teórico flexível e plural, que oferece uma imagem multiforme adequada a sua natureza. Garantias, de acordo com Peña Freire,

son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional.<sup>68</sup>

A multidimensionalidade colocada pelo enunciado faz com que se ressalte a característica instrumental da função de *garantia*. Não é um bem abstrato, alheio aos valores a serem garantidos; incorpora, pois, um elemento finalista que lhe dá sentido, na medida em que busca o máximo grau de tutela dos

<sup>67</sup> Adentra aqui um conceito de compreensão psicanalítica que escapa aos anseios do trabalho, todavia que não retira sua enorme importância. *Designa ali a recordação concreta de fases e situações da própria vida. O poder de compreensão e as condições de compreensão cênica ultrapassam completamente as possibilidades de compreensão do texto, ele garante à psicanálise apenas a esperança na cura: não é a recordação cognitiva e emotiva da própria história, mas somente a representação de suas cenas que as tornam tão atuais e que podem ser trabalhadas.* HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2005, p. 178.

<sup>68</sup> PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta: 1997, p. 28.



mais importantes valores do sistema jurídico-constitucional. Sua única natureza possível é a contextual, vista nas próprias relações jurídicas; inexistente, assim, um conteúdo substancial concreto (essencial) de garantia, onde possa ser analisado internamente seu funcionamento e estudado seus elementos constitutivos básicos. Dessa forma, anuncia-se o caráter processual da garantia, *lo que convierte en un absurdo la pregunta que es garantía ¿que es la garantía?; solo procede formular esta otra: ¿Como se expresa o como funciona la garantía?*<sup>69</sup>

Ainda, ela será sempre gradual. Apenas poderemos arrogar graus de realização de garantias, não suas totais realizações. Jamais se falará em garantias perfeitas ou num perfeito sistema que lhas dê azo. Daí sua função como elemento de sistemas complexos, já que não é possível trabalhá-las no binário da aplicação “tudo ou nada”, como as regras jurídicas em geral; haverá, sim, expressões mais ou menos adequadas de concretização. Como afirma Ferrajoli,<sup>70</sup> por tratar-se o garantismo de um modelo limite, será preciso falar, mais do que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tourt court*, de certos “graus de garantismo”, sendo sempre necessário ter-se em conta a distinção entre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema. A perspectiva de análise, onde adentra o modelo garantista com enorme virtuosismo, tenta exatamente localizar parâmetros mínimos (sempre precários e instáveis) de atuação do operador do direito; reduzir os níveis de discricionariedade do poder judicante para que recaia o peso do procedimento sobre a dinâmica formal do processo.

A teoria garantista, como objeto de trabalho, tenta reconstruir crítica e propositivamente a complexa modernidade penalística. O modelo descrito ocupa-se de direito penal, por certo, todavia não só: ocupa-se evidentemente do desvio e da pena,

<sup>69</sup> PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. *La garantía en el Estado...*, p. 25.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 852.

porém antes se preocupa com as irrenunciáveis formas de garantir a aplicação da pena, ou seja, o processo penal.

Fica extremamente complicado pensar o garantismo desde uma “teoria geral”, como faz Ferrajoli, ou seja, como uma chave de leitura para todo o ordenamento – uma “Nova Teoria do Ordenamento Jurídico”, repisando Bobbio. Crê-se mais conveniente e adequado as suas próprias expectativas limitadoras, fio condutor do pensamento, perceber-se de que forma os freios aos arbítrios das agências judiciais ficam mais potencializados.

Na medida em que pretende analisar os mecanismos de intervenção penal do Estado, é fundamental que se destaque o caráter instrumental deste referencial, *il modello ‘garantismo’ fuziona come strumento di ordinamento, di tematizzazione e di narrazione di svariatissimi testi: esso può essere visto come la condizione previa di una operazione storico-ermeneutica*.<sup>71</sup> É a garantia, pois, proposta pelo modelo teórico – a qual se concorda ser no processo penal que ganha suas maiores projeções – que aparece como um mecanismo privilegiado de análise do sistema normativo-processual, renovando o debate em torno do valor ético da proposta democrática. Será a tarefa do discurso jurídico-penal, mais especificamente do processo penal, a visão das *garantias como limites máximos de irracionalidade*.<sup>72</sup>

Não obstante, o panorama agrava-se quando o cotidiano nos joga à face uma total inversão do discurso dos direitos humanos, contraditoriamente, em prol de sua própria defesa. Hoje em dia, conforme Hinkelammert, concebem-se os direitos humanos em nosso âmbito cultural ocidental desde o estabele-

<sup>71</sup> COSTA, Pietro. *Un modelo per un’analisi...*, p. 19.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas...*, p. 236. Para o estudo da inserção da teoria garantista em épocas de globalizada barbárie, cf. WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re) afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de.; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 01-54.

cimento de uma ordem hierárquica e, para “protegê-los”, atua-se na sua própria violação.<sup>73</sup> Tornou-se, em outras palavras, segundo Agamben,<sup>74</sup> o estado de exceção um evidente paradigma de governo.

**73** É sabido que a dimensão histórica e evolutiva dos direitos humanos faz com que seja impossível conhecer todos seus aspectos, ou mesmo o seu cumprimento cabal e pleno. Daí o desenvolvimento de uma ordem de preferência, fazendo-se com que os “inferiores” sejam sacrificados e relativizados. O que condiciona esta formatação é atualmente a forma de regulação do acesso à produção e distribuição dos bens socialmente produzidos. Em outras palavras, não há senão um ordenamento que realiza uma hierarquia ética e valorativa (HINKELAMMERT, Franz. **Democracia y totalitarismo**. San José: DEI, 1987, p.139). É através do questionamento desta via adotada que aparece então a inversão ideológica dos direitos humanos (HINKELAMMERT, Franz. *La Inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke*. In: HERRERA FLORES, Joaquín et al. **El Vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 19-78). Aquele que questiona a ordem dada acaba, não raro, perdendo sua própria condição de tutela pelos direitos humanos, estes transformados em estandarte de sua própria vulneração (HINKELAMMERT, Franz. **Democracia y totalitarismo...**, p.142). O criminoso, enfim, sob essa ótica, comete um crime de lesa humanidade. Não se analisa como aquele que violou uma norma, apurado num devido processo, mas como um inimigo que ameaça a própria existência dos “direitos humanos”; onde o processo penal é um entrave e no máximo deve servir como instrumento para maldadados conceitos de regimes totalitários como “segurança/ordem pública”. Sacrifícios humanos são plenamente justificados nessa lógica, e a política que se implementa, cada vez mais, é a de “defender” os direitos humanos a custo de violar a dignidade e a vida das pessoas que não se adaptam a lógica do “Império”. Segundo Negri e Hardt, essa categoria emergente vai além da pura identificação com algum Estado-nação específico. Não possui centro, é eminentemente global e exercida por meio das instituições políticas e aparatos jurídicos cujo objetivo é essencialmente a garantia da ordem global, isto é, de uma “paz estável e universal” que permita o funcionamento normal da economia de mercado (cf. NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001).

**74** AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11-49. Na mesma linha, Lipovetsky reconhece que uma das conseqüências de uma nova revolução individualista é a violência ilimitada do Estado sobre a sociedade, ou seja, o *terror* como um moderno modo de governar por arbitrariedades em massa: *es por el hecho que el Estado, conforme al ideal democrático, se proclama idéntico y homogéneo a la sociedad, por lo puede desafiar cualquier legalidad, desplegar una represión sin límites, sistemática, indiferente a las nociones de inocencia y de culpabilidad* (LIPOVETSKY, Giles. *Violencias Salvajes, Violencia*

Aliado a esse quadro, possuímos ainda um enorme déficit na análise do estado de exceção como um problema genuinamente jurídico, na medida em que o conceito encontra-se num limbo entre a política e o direito. O estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter tal configuração. O que ocorre nos modernos totalitarismos, como que numa profecia de Benjamim,<sup>75</sup> que não tardam em lançar mão do seu braço penal, é a instauração de uma situação de anomia jurídica permanente que possibilita até mesmo a eliminação física daqueles não “integráveis” ao sistema político. A tendência em se adotar essa técnica de governo faz transparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica, de forma ainda mais agravada que a tradição absolutista, já que mascarada de função democrática.

Nessa luta de ‘locus’, os anseios de Carl Schmitt de tornar possível a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica tomam vulto, onde se desenha uma doutrina a partir do lugar em que a oposição entre a norma e sua realização atinge

cias Modernas. In: \_\_\_\_\_. **La Era del Vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo**. Barcelona: Anagrama, 2003, p. 216).

**75** A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, percebemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX ‘ainda’ sejam possíveis não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável. BENJAMIM, Walter. Op. cit., p. 226. É nesta tese VIII que o autor advoga o abandono da doutrina “progressista”, que abordamos no capítulo inicial, em prol da perspectiva dos perdedores, ou seja, desde a análise da opressão, da barbárie e da violência dos vencedores. Essa é a melhora de posição na busca por um verdadeiro “estado de exceção” – fim dos poderes totalitários –, alheia à identificação do soberano com o estado de exceção, no sentido de Carl Schmitt. Cf. LÖWY, Michel. **Walter Benjamim: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005, pp. 83-86.

sua máxima intensidade. *Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa.*<sup>76</sup>

Contudo, para se ter uma devida noção do conceito que irá incidir de forma decisiva nos trâmites penais (processuais), deve-se trazer a idéia de “força de lei” de Derrida,<sup>77</sup> vista a partir de Benjamim, donde se pode extrair, finalmente, que o estado de exceção é pura violência sem logos. O conceito de “força de lei”, enquanto termo jurídico, define uma separação entre a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela quais meros atos administrativos arbitrários adquirem, entretanto, sua “força”. Agamben vê o estado de exceção a partir de um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, porém não tem “força” e, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”. Elemento este (“força de lei”) que flutua como algo indeterminado reivindicado pela autoridade estatal. *O que se está em jogo é uma força de lei sem lei,*<sup>78</sup> em que há uma pura realização de uma norma cuja aplicação foi suspensa.

### 3.2.2. A Instrumentalidade garantista do processo penal

Nesse contexto de mudança radical das regras do jogo, a função penal é que irá “disciplinar” a assunção da emergência /

<sup>76</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 58.

<sup>77</sup> DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el ‘fundamento místico de la autoridad’. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 69-140.

<sup>78</sup> Benjamim, segundo o autor, põe abaixo a concepção de Estado de exceção de Schmitt, em sua *Crítica da violência: crítica do poder* (1921), pois toda ficção de um elo entre violência e direito desaparece aqui: *não há senão uma zona de anomia em que age uma violência sem nenhuma roupagem jurídica. A tentativa do poder estatal de anexar-se à anomia por meio do Estado de exceção é desmascarada por Benjamim por aquilo que ela é: uma ‘fictio iuris’ por excelência que pretende manter o direito em sua própria suspensão como força de lei [sem lei]*. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 61 e p. 92. Interessante ver-se a íntima relação da temática para com a genuína tentativa que foi tratada de capturar a mais pura violência que é exercida no universo penal: as teorias de justificação da pena.

situação de exceção. Idéia que escancara a prevalência da “razão de estado” frente à “razão jurídica” como critério informador, principalmente dinamizado pelo processo penal. Isso equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva, ou seja, a uma *Grundnorm* de salvação do “soberano” pelo direito à emergência. Com efeito, afloram as legislações de exceção e fundamentalmente as jurisdições de exceção.

Legitimam-se arbitrariedades e atropelos processuais a partir de termos a que tudo se aplica, porque aludem a uma razão auto-fundada e não intersubjetiva.<sup>79</sup> Subordinam-se os “meios”, largamente indeterminados para a consecução de fins confiados aos titulares do poder estatal. O Estado como meio que se justifica por ter em seu escopo a tutela dos direitos fundamentais acaba por ser manipulado para tornar-se um fim em si mesmo. Formulado assim, como assevera Ferrajoli, *el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor del estado absoluto o totalitário: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es el estado valorado como ‘democrático’, ‘constitucional’ o ‘de derecho’.*<sup>80</sup>

<sup>79</sup> No Brasil, há um gradual processo de transferência do controle e regulamentação da atividade repressiva às agências administrativas que, embora sejam encarregadas de práticas penais, não possuem atribuição constitucional, atuando, dessa maneira, em detrimento do controle judicial previsto na arquitetura constitucional projetada pelo princípio do devido processo legal. CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: ITEC/Nota Dez, n. 14, 2004, pp. 122-130.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 814. Induz-se, como dito, um paradigma de “inimigo”. Assim, dirá Sánchez Rubio que *frente ao inimigo de todo o humano se suspende toda a humanidade* (SÁNCHEZ RUBIO, David. **Sobre o Direito Alternativo. Absolutização do Formalismo, Despotismo da Lei e Legitimidade**. In “Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu”. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 146) E, quando o qualitativo de “inimigo” adentra na esfera penal, os satanismos governam soltos e aparentemente o senso comum dos juristas se esquece de questionar: *¿quién individualizo siempre al enemigo o extraño? El poder coyuntural. ¿Como lo hizo? Como le convino. ¿A quién le*

Na seara processual, são potencializados os juízos de autor e o processo penal é transformado em mecanismo de luta contra a delinquência, ou seja, um processo ofensivo. Abrem-se macro-investigações contra centenas de imputados, onde delitos são sucessivamente deduzidos um dos outros, além de um prolongamento demasiado do procedimento. A tal estrutura, dá-se o nome de *gigantismo processual*,<sup>81</sup> terreno propício aos mais amplos abusos possíveis. Surge com todo este apanhado uma premissa: o dever, em matéria processual penal, de (re)interpretação das normas de instrumentalidade, ou seja, vislumbrando o processo penal não como um apanhado puramente normativo, mas um todo complexo em defesa dos direitos humanos e das garantias constitucionais.

Uma vez que se parte da concepção que é no processo penal, dentre o conjunto do direito penal, o setor do ordenamento em que maiores poderes se concedem ao Estado para a restrição dos direitos fundamentais abrigados constitucionalmente aos cidadãos – hipótese com que se trabalha –, faz enorme sentido ser a garantia processual nossa maior preocupação. Ainda mais quando é forçoso o reconhecimento de uma carência de uma formação madura de uma instrumentalidade garantista na esfera do processo penal.<sup>82</sup>

Existe uma forte relação biunívoca que deve ser destacada entre as normas que regulam a jurisdição, ou seja, entre as designadas como “substanciais” (penais) e a garantias processuais,

---

*aplico la etiqueta? A quien lo enfrentaba o molestaba, real, imaginaria o potencialmente.* A admissão, suma, dessa categoria de “direito penal de autor” no direito ordinário introduz o germe da destruição do Estado Constitucional de Direito, porque suas instituições limitantes passam simplesmente a serem um mero obstáculo para uma eficácia eliminatória (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los “extraños”. Ponencia apresentada no I Congreso Binacional de Derecho Penal y Criminología – Argentina-Peru. Universidad Nacional de Cajamarca. **Anais.** Peru: outubro de 2005).

**81** FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 823.

**82** LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 05.

também ditas “instrumentais”. A correlação funcional é que irá resguardar a recíproca efetividade dos valores da jurisdição.

A principal garantia processual é a jurisdicionalidade, representada pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*. Contudo ela tem, conforme Ferrajoli,<sup>83</sup> dois prismas: um sentido “lato”, que vem acompanhado por um conjunto de garantias penais – expresso completamente pela tese *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; e o sentido “estrito” que reclama todo um conjunto de garantias processuais – *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*.

A jurisdicionalidade “lata” diz respeito a qualquer tipo de processo, não necessariamente acusatório, são relativas ao juiz e a sua colocação institucional. Fala-se da formação do juiz com relação aos demais poderes e outros sujeitos do processo. Entretanto, o que nos interessa no momento analisar são as regras atinentes à formação do processo, ou jurisdicionalidade no sentido “estrito”. Tais garantias efetivamente processuais favorecem o estilo acusatório, na medida em que dizem respeito à coleta da prova, ao desenvolvimento da defesa e ao *cognoscitivismo* do órgão julgador.

O modelo processual garantista<sup>84</sup> ou de estrita jurisdicionalidade é o correspondente a um referencial de direito penal mínimo, onde os meios não se tornam justificados pelos fins e não ambicionam alcançar uma verdade máxima a qualquer custo. Afasta-se do mero *decisionismo*; prescreve, assim, tanto uma legitimação formal-interna (existência e o valor) das decisões para que sejam válidas e também uma fonte de legitimação

**83** FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 538.

**84** Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema ‘epistemológico’ de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 34.

externa, ético-política, presente no caráter cognitivo do fato e (re)cognitivo da qualificação jurídica exigindo a motivação dos atos jurisdicionais.<sup>85</sup> A jurisdição em matéria de direito punitivo diz respeito a uma “expressão de saber”, atrelando o binômio aplicação/explicação.<sup>86</sup>

Tem-se em consideração, ainda, a necessidade de não se submeter o poder judicial, o processamento ou a acusação, aos auspícios da maioria (administração de governo), esquecendo-se de preservar os espaços legítimos de desvio e as liberdades dos dissidentes. O processo penal, conforme colocado, alinha-se como técnica de minimização da violência e do arbítrio da resposta ao delito, uma postura de civilidade com a defesa do indivíduo debilitado nessa desigual relação com o Estado. Deve ser o preço pago pela imunidade dos inocentes ainda que para isso haja a impunidade de alguns culpados, *cada vez que um imputado inocente tine razón para temer a um juez, quiere decir que este se halla fuera de la lógica del estado de derecho*<sup>87</sup>.

A pena, como visto, não é efeito puramente do cometimento do desvio, contudo uma conseqüência que só pode dar-se passando-se pelo processo penal (exclusividade processual). Essa necessidade do processo penal em relação à pena – *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* – é que identifica, sobremaneira, o seu caráter instrumental.<sup>88</sup> O monopólio da justiça penal indica sem pudores a exigência do devido processo voltado à aplicação de uma pena, mesmo que o acusado não consinta, particularidade que levanta novamente a diferenciação radical com o processo civil. A instrumentalidade do processo penal é posto de forma ainda mais destacada do que em outros ramos, visto que diz respeito à tutela do acusado frente aos insuprimíveis

abusos do poder estatal, como assevera Rangel Dinamarco,<sup>89</sup> uma visão de equilíbrio entre poder e liberdade.

Esse meio retrata, enfim, o vetor ético do exercício da jurisdição, senão como conclui Lopes Júnior, é o fundamento de sua existência, todavia com uma principal característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, já que se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo.<sup>90</sup>

Mesmo que se tenha falado em garantias penais (substanciais) e processuais (instrumentais), essa metodologia dá-se apenas por critério didático, na medida em que “tudo é substantivo”. Assevera Andrés Ibañez, o processo penal ‘*sirve para*’ y ‘*mediante*’ *él se llega a la adopción de decisiones en las que toman cuerpo criterios de derecho ‘sustantivo’*.<sup>91</sup> Quer dizer, não é um mero meio para se atingir uma sentença condenatória, mas um pressuposto sem o qual não pode haver uma condenação justa, senão por intermédio da proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Inexiste uma fria relação instrumental (“neutra”) com o direito material, muito cara a uma concepção burocrática de processo penal; há sim um profundo privilégio das regras do jogo, da tomada a sério de uma experiência processual penal. Atitude que adote como central a percepção e administração do “saber-poder”<sup>92</sup> – a ineliminável dimensão coativa da decisão – e que no processo penal toma sua maior monta.

Mais concretamente, o que deve ser posto, partindo-se da pedra de toque de uma teoria garantista, é a análise aplicativa do

85 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*..., p. 540.

86 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, nº 2, 1999, p. 59.

87 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*..., p. 549.

88 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*..., p. 20.

89 RANGEL DINAMARCO, Candido. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 219.

90 LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Introdução Crítica ao Processo Penal*..., p. 10.

91 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Garantismo y Proceso Penal*..., p. 47.

92 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*..., p. 45.

*principio da legalidade e sua garantia processual.* Gonzales Cuellar Serrano<sup>93</sup> nos ajuda a avançar adiante do insuficiente enfoque tradicional acerca da garantia processual. Sabe-se que uma parte do princípio geral de legalidade tem sua face voltada especificamente ao princípio da legalidade processual penal; que reclama uma regulação por normas dos direitos que se exercitam no processo, como a autorização e disciplina também por *lex praevia, scripta et stricta* (prévia, escrita e determinada) de qualquer intromissão na esfera das liberdades do cidadão em ocasião do processo penal. Surge, assim, além das três garantias tradicionais – garantia criminal, garantia penal, garantia sobre a execução –, a que nos interessa, a chamada garantia processual.

Nessa perspectiva, mais importante do que se falar em *nul-lun crimen, nulla poena sine lege*, há que se falar das tipificações/condições de conteúdos acerca da intromissão do poder público no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos – *nulla coactio sine lege*, ou seja, da “tipicidade processual”. O que significa dizer que a tripla condição da lei *scripta, stricta e prae- via* não são exclusividades do princípio geral da legalidade, nem de aplicação restrita apenas ao direito penal.

Esses três pressupostos são estendidos e carregados para o processo penal exatamente para reforçar a sua “instrumentalidade substancial”. Como escreve o magistrado do Tribunal Constitucional espanhol, se por um lado é imperativa a ocorrência de uma lei escrita e vigente (mera legalidade), é requisito ainda que obedeça a um “mandado de determinação” para limitar a utilização de cláusulas gerais absolutamente indeterminadas (estrita legalidade). Por fim, a terceiro pressuposto, analisado com afinco, leva ao questionamento e a uma revisita a idéia de que as normas materiais devem estar em vigor na época do cometimento do delito, o que não seria necessário às

determinações processuais, como no caso do código de processo penal pátrio.

A doutrina tradicional, em geral, dispõe dessa forma, porém na esteira de Jiménez de Asúa, afirma o autor que

nada se opone a que los tribunales apliquen las normas procesales vigentes, aunque sean posteriores a la comisión del hecho enjuiciado, cuando la actividad judicial no consista concretamente en la limitación de los derechos reconocidos por la Constitución, pues en tal caso la aplicación de la norma no puede ser considerada retroactiva. Pero cuando la ley autorice y regule injerencias en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos ha de cumplir ciertas garantías que tienen a la protección de la seguridad jurídica y a la tutela de la libertad.<sup>94</sup>

Derrubam-se, em resumo, as barreiras formais que existem entre norma “penal” e “processual”, visto que ambas se subordinam ao mesmo princípio da legalidade e, sobretudo, pelo dever constitucional de outorgar prevalência à efetividade dos direitos fundamentais na interpretação legal ordinária.

Conforme se anota, o discurso da contenção deve sempre antecipar-se ao exercício de poder das agências jurídicas. A tipicidade processual, nesse diapasão, adentra com enorme importância para que se verifique o descumprimento das chamadas formas processuais penais. Não obstante, no estudo mais profundo acerca do descumprimento das formas processuais, o conceito ainda é insuficiente. Nesse viés, desenvolve BINDER, ao analisar a falácia de uma teoria unitária das nulidades: mais um reflexo – na tentativa de amalgamar a fórceps por analogias ou similitudes semânticas – de uma superficial teoria geral do

<sup>93</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 71.

<sup>94</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...**, p. 71.

processo.<sup>95</sup> As dificuldades em boa parte se espelham no empenho que se faz em construir um corpo doutrinário uniforme para tratar de diferentes casos de invalidade dos atos processuais, sem importar os interesses em jogo ou os princípios que se quer proteger.<sup>96</sup>

Prenhe de ritualismos e formas vazias, a preocupação fica alheia ao avanço do “tipo processual”<sup>97</sup> à integração com as normas constitucionais. A constitucionalização do processo é que traz consigo a função ou finalidade das formalidades especificamente processuais, o que faz com que a própria cultura de presunção de validade nas normas processuais seja suprimida.

A proibição de quaisquer nulidades processuais que não estejam expressamente previstas é um resquício de sistemas inquisitórios, já que na medida em que se está tratando de normas constitucionais de proteção às pessoas, instrumentalizadas no processo penal, estas não podem ter uma interpretação taxativa, fechada,<sup>98</sup> mas requer um entendimento ampliativo para tutela da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais. A nulidade dá-se em favor de um agravo (presumido) no caso con-

creto, não simplesmente em favor da lei, ou seja, a norma geral não pode ser outra que não uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo com uma interpretação restritiva, idéia de legalidade ou tipicidade das nulidades. Todos esses conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos direitos fundamentais.<sup>99</sup>

O sentido das formas coaduna-se, dessa maneira, com a clara idéia do limite<sup>100</sup> com seus mais diversos reflexos. Se por

<sup>95</sup> Não se quer dar aqui a uma visão pejorativa da teoria geral do processo, porque não se deve olvidar o conjunto de reflexões importantes, especialmente quando se procurou ligar as categorias processuais com a evolução do processo político, como fez GOLDSCHMIT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936. Entretanto, como escreve Binder, a teoria geral do processo, em suas versões ibero-americanas, abandonou esse pensamento original para converter-se numa *teoria geral do trâmite judicial*, sendo esta visão amplamente responsável pela degradação da reflexão. BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 14-15.

<sup>96</sup> BINDER, Alberto. *O Descumprimento das Formas Processual*: Elementos para uma crítica da teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 04.

<sup>97</sup> Como se verá, carrega o mesmo vício o conceito de “tipicidade constitucional”. PELEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNÁNDEZ, Antônio; MAGALHÃES GÓMEZ FILHO, Antônio. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 15-20.

<sup>98</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo il nuovo código – con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Terzo – Gli Atti Del Processo Penale. Torino: Unione tipografica – Editrice Torinese, 1932, pp. 76 ss.

<sup>99</sup> BINDER, Alberto. *O Descumprimento das Formas Processual...*, p. 17.

<sup>100</sup> À exaustão está posto no trabalho a categoria do limite, questão esta que extrapola os contornos do mero enunciado semântico. Nessa altura da pesquisa, o intuito é propor uma “abertura” à figura do *limite*. Fala-se aqui, pois, de uma palavra, ou melhor, arrisca-se a adentrar no nó conceitual da figura do limite, extensivo a todo corpo da pesquisa, mas que só agora se acredita possa tomar um perfil mais adequado. Limite é aquilo que demarca, evidentemente, que dará os contornos da fronteira. Identifica-se, a partir daí, a idéia de demarcação, inerente à própria identificação dos domínios do conhecimento. É a fronteira que carrega em si uma experiência de ordenação e de diferenciação, muito claro na configuração, por exemplo, dos diversos ramos do saber científico e da própria fixação das fronteiras de cada Estado-nação. Contudo a *metáfora atual* (MARTINS, Rui Cunha. *A Fronteira Antes de sua Metáfora...*, p. 18) da fronteira diz respeito ao seu caráter de transitoriedade e eferescência, ou seja, de emersão de novas subjetividades. Trazendo ao objeto de análise, vemos que os limites à intervenção punitiva do Estado podem ser vistos simplesmente como obstáculos contra as ingerências arbitrárias do sistema penal; entretanto, mudando-se de prisma, agrega-se uma nova visão: visto como um local também do “híbrido” – não podemos nos descolar do já explicitado no capítulo anterior que imediatamente remetemos à referência. Daí a dificuldade de desenvolvermos tal raciocínio limítrofe, pois não é redutível às dicotomias de outrora. A garantia é um conceito limite, ou seja, são “objetos de fronteira” que circulam em zonas de transação. Nesse local, que se dará *um pensamento crítico* que é, por definição, *um pensamento fronteiro*, *exerce-se, não para além das fronteiras, mas ‘na’ fronteira, isto é, mostra-se capaz de situar nos espaços de articulação* (RIBEIRO, António Sousa; RAMALHO, Maria Irene. Dos estudos literários aos estudos culturais? *Revista de Ciências Sociais*, n. 52-53, p. 76, nov. 1998/fev. 1999.). A demarcação do saber, seguindo Gil, como exigência da própria inteligibilidade, funda-se em si mesma e torna-se um *fundamento* pela *vertigem da evidência* (GIL, Fernando. Evidência e demarcação. In: *Modos de Evidência*. Lisboa: INCM, 1998. p. 397-407). Daí segue a tese de Rui Cunha Martins (MARTINS, Rui Cunha. *A Fronteira Antes de sua Metáfora...*, p. 26) colocando que a demarcação é o fundamento da *expectativa* que é preenchida pela *fronteira* – material com que trabalha o *limite*. O limite, assim, para Heidegger, é aquilo que a partir do qual algo

um lado deve haver minuciosamente um ordenamento escrito, prévio, específico sobre as ingerências estatais no âmbito das liberdades, quando da análise do (des)cumprimento das formas processuais, o referencial se amplia e se deverá analisar se no caso concreto houve o desrespeito ao preceitos constitucionais.

A visão culturalmente aceita atrelada aos ritos, rotina, burocracia judicial, em outros termos, apenas representa uma enorme confusão, visto que não está claro ainda o que as formas processuais devem proteger, recaindo num expediente enfadonho e desgastado. As novas bases, segundo Binder, devem ser (re)fundadas, enfim, sob um mecanismo de proteção ao imputado contra o uso abusivo do poder estatal (sistema de garantias): as formas são as garantias mesmas que permitem detectar a vio-

---

começa a ser: *la limite n'est pas ce ou quelque chose cesse, mais bien, comme les Grecs l'avaient observe, ce à partir de quoi quelque chose 'commence à être'* (HEIDEGGER, Martin. *Bâtir, Habiter, Penser*. In: \_\_\_\_\_. **Essais et Conférences**. Paris: Gallimard, 1958. p. 183). *Em suma, poderá se ver na linha do limite de um lado uma evidência ou, como por outro, uma transgressão. Essas imagens conduzem à seguinte conclusão: se o limite é material preparatório para a fronteira, esta reenvia sempre para o limite. Certo aí o caráter de complexidade do conceito que, entretanto não se pode perder de vista os ensinamentos de Agamben: O 'exterior' não é um outro espaço situado para além de um espaço determinado, mas é a passagem, a exterioridade que lhe dá acesso – numa palavra: o seu rosto, o seu 'eidos' (AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Lisboa: Presença, 1993. pp. 53-54). Aí adentra o "limite" da minha representação: o rosto do outro, a intangibilidade do outro por inteiro, a abertura ao "outro que ser", para além de nossas categorias redutoras. A ponte, como metáfora já utilizada no apanhado anterior, ajuda a entender a questão: é própria experiência do limite, não uma outra coisa em relação a ele. Com isso, o que se coloca é a dupla visão frente ao limite (material com que trabalha qualquer fronteira): transgressão e evidência (regulação). Evidência, entendemos, desde um anteparo que resguarde minimamente o "ser" da coisa – a própria idéia da garantia sem a qual não se mediatiza os direitos e garantias no contexto penal (processual) – contudo, não se pode perder de vista a necessária abertura ("transgressão") ao que não é ela mesma. Sabe-se do complicado equilíbrio que existe em se desenvolver um pensamento que veja o limite como local de mediação, mas que não recaia em ambições holísticas totalizantes (suficientes em si mesma), ou seja, difícil o equilíbrio entre um trabalho de diferenciação sobre o outro, e o próprio trabalho de identificação de si.*

lação desses princípios.<sup>101</sup> Todo Direito tem uma forma, isto é, *ele nada mais deve ser que a realização formal da justiça, a sua realização segundo certos meios e regras conhecidos da comunidade, onde a regularidade formal é sempre uma garantia diante do poder, uma limitação do arbítrio.*<sup>102</sup> O Estado não pode ter uma atuação razoável se com isso fere um princípio de proteção do imputado configurando, enfim, as formas processuais como condições de legitimidade da construção estatal.

### 3.2.3. O Eterno retorno do outro

Na reprodução desse microcosmos democrático (que não quer dizer a tirania da maioria, lembrando sempre Tocqueville),<sup>103</sup> instrumento político de diálogo, um processo penal antropológicamente fundado implica uma norma ética que respalde o poder a "exercício" do *Outro*. A eticidade como fundamento primeiro do convívio humano se impõe ao processo penal como consequência de um instrumento jurídico de contenção dos "estados de exceção", sob pena de perder sua razão de ser. Fala-se numa norma ética a serviço da pessoa, local em que entra o direito (processual) penal como marco para *expressar teoricamente que o que é não deve ser, e operar, atra-*

<sup>101</sup> BINDER, Alberto. O Descumprimento das Formas Processual..., p. 36.

<sup>102</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 36.

<sup>103</sup> Dirá em seu *Democracia na América*, I, 2ª parte, capítulo VII: considero como ímpia e detestável a máxima que diz que em matéria de governo a maioria de um povo tem direito a tudo. Ademais, a maioria não é mais do que um indivíduo tomado coletivamente que tem interesses contrários a outro indivíduo, ou minoria. O poder que se nega a um de fazer tudo, não se poderia outorgar à realização de muitos. Tocqueville enxergava com clareza que quando concede-se o direito e a faculdade de tudo fazer a um poder qualquer, seja do povo ou do rei (...): aí está o germe da tirania. Como dito no capítulo primeiro, as observações feitas têm como base os textos selecionados e apresentados por PIERRE, Gibert. Op. cit., pp. 52-53.



vés das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível.<sup>104</sup>

Cuidados que dizem respeito à dignidade do ser humano. O fundamento ético do processo penal condiz ao fortalecimento das garantias de um processo justo – alheia a uma mera eticização do Estado na persecução de juízos morais de cada indivíduo.<sup>105</sup> *É buscarmos na dignidade do ser humano, independente dos valores religiosos e filosóficos que se reconheçam ou não se reconheçam, a razão de ser dessas regras básicas que a necessária atuação do Estado, por seus agentes, diante das condutas desviantes, deve obedecer.*<sup>106</sup>

Não se pretende chancelar o discurso pondo a ética como fundamento por si só, exercendo-a como uma mera potência auto-explicativa. Averso à banalização e à manipulação conceitual, pretende-se colocar a ética como a própria condição de possibilidade de pensar o humano. E na especificidade do ato processual, a situação toma contornos extremos, uma vez que é exatamente ali onde se perdeu (em princípio) a condição de fala e escuta, e em que um parcial ético e dois imparciais também éticos devem se relacionar. A delimitação das regras, por óbvio, é necessária, no entanto é preciso que se saiba, para além delas, *qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo.*<sup>107</sup>

As instituições políticas, como a Justiça Penal, jamais podem por si construírem espontaneamente relações éticas

necessárias. O que se desdobram são estruturas anti-humanas que olvidam a ética como *crivo do sentido vital*.<sup>108</sup> O sentido de vida deve (se) tocar (d)a ética como filosofia primeira<sup>109</sup> no exame dos liames relacionais; longe, contudo, de neutralizações e equalizações de sistemas tautológicos.

Não se receia em dizer que a ética, nesse sentido, está no centro do tema da *justiça*, como anseio que é de qualquer pensar: ética como vontade de justiça em realização, justiça para com o “outro que nós”.<sup>110</sup> Outro que é o meu interdito, limite da minha representação, o estrangeiro<sup>111</sup> que rompe com minha tautologia de ser e segurança de mundo, aquele que tem a sua verdade e desafia meu intelecto. Apenas posso ousar enunciá-lo exatamente por aquilo que ele me se deixa determinar. Daí nasce

<sup>104</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 658.

<sup>105</sup> Ousa-se responder afirmativamente aos questionamentos de Zaffaroni: il diritto penale liberale non ha bisogno forse di cognitivismo etico per quanto attiene alla condotta dei giudici, dei professori, dei giuristi, e del potere in generale? Non abbiamo bisogno, per caso, di riconciliare con l'etica il diritto penale, di riconciliare con l'etica potere, con ciò imponendo ad esso l'obbligo di esercitare il controllo riduttore, e divenire autenticamente liberale? ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La rinascita del diritto...*, p. 395.

<sup>106</sup> SUANES, Adauto. *Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 82.

<sup>107</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz...*, p. 47.

<sup>108</sup> Tudo aquilo que se formaliza a tal ponto que não se encontra mais com sua origem, tudo aquilo que se transforma em uma espécie de máquina semovente que não se compreende a si mesma, de tal forma que não é capaz de legitimar a sua própria existência em função da vida, não passa de algum tipo de máquina de violência anti-humana ou de figuras de um futuro museu teratológico. SOUZA, Ricardo Timm de. In: \_\_\_\_\_. *A Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia: 2004, p. 33.

<sup>109</sup> A ética como filosofia primeira significa: todo contato com a realidade, toda interpretação dessa realidade e todas as possíveis interpretações desses fatos se dão eticamente, onde o contato e a ação éticos subsistem o conhecimento classificador tradicional e podem vir a fundamentar um conhecimento sobre bases absolutamente novas, com outro 'sentido'. Todo conhecimento é então necessariamente secundário a uma atitude ética primeira frente às mais diversas dimensões da realidade perceptível, a um nascimento compartilhado 'eticamente', talvez um retorno à origem da 'co-nascimento'. SOUZA, Ricardo Timm de. *Filosofia primeira e ética da produção*. In: \_\_\_\_\_. *Totalidade e Desagregação: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pp. 117-129.

<sup>110</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *A Ética como fundamento...*, p. 51.

<sup>111</sup> A questão do estrangeiro é uma questão 'de' estrangeiro, uma questão vinda 'do' estrangeiro, e uma questão ao estrangeiro, dirigida 'ao' estrangeiro. Como se o estrangeiro fosse, primeiramente, 'aquele que' coloca a questão ou aquele que 'a quem' se endereça a primeira questão. Como se o estrangeiro fosse o ser-em-questão, a própria questão do ser-em-questão, o ser-questão ou o ser-em-questão da questão. DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003, p. 05.

a irredutível diferença do Outro, que dá expressão a uma *não-indiferença ética*. Como estou disposto a ele e não posso explicá-lo, cabe relacionar-me com ele, a saber, uma *racionalidade ética*. O ético, assim, exige um pensar (construir sentidos) a partir desse encontro, para além da dimensão lógica do ‘logos’.

Se o mundo não é propriamente concebido e pensado desde princípios lógicos abstratos ou desde a articulação pura e simples de interesses de poder, e sim a partir de encontros humanos reais em sua infinita variedade, isso significa algo para além das retóricas: significa que é possível a concepção de uma outra racionalidade em meio às já existentes – a racionalidade ética. Assim, irracionais são, antes, as postulações de racionalidades que se promulgam únicas, ou unicamente legítimas ou possíveis, em meio à variedade extraordinária do mundo, dos mundos que se encontram.<sup>112</sup>

Pensando a realidade enquanto possibilidade de justiça,<sup>113</sup> está-se a *encontrar a diferença* nas diversas relações humanas desde uma *assimetria*, de uma *diacronia* irredutível. Justiça esta que não pode ser reconduzida ao conceito, apenas dela se pode falar de forma oblíqua. O direito é essencialmente desconstruível, já que fundado sobre capas textuais interpretativas. Já a idéia de justiça não: é indesconstrutível, porque devida ao Outro, como singularidade sempre outra.<sup>114</sup> Falar de diferença é falar de justiça, e falar de justiça é falar do também irredutivelmente outro. Em suma, o núcleo da diferença, ou seja, a ética é o que é indesconstruível de toda desconstrução, aquilo que a suporta.

112 SOUZA, Ricardo Timm de. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 125.

113 SOUZA, Ricardo Timm de. Justiça, Liberdade e Alteridade Ética. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 619-633.

114 DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley...**, p. 46.

## Considerações Finais

A esperança como presunção. – Nossa ordem social lentamente se dissolverá, como sucedeu a todas as outras ordens anteriores, quando sóis de novas opiniões brilharam sobre os homens com novo ardor. Pode-se desejar esta dissolução apenas na medida em que se tenha esperança: e ter razoável esperança é possível apenas quando se atribui, a si mesmo e a seus iguais, mais força na mente e no coração do que aos representantes da ordem vigente. Logo, normalmente esta esperança será uma presunção, uma superestimação.

(Friedrich Nietzsche,  
Humano Demasiado Humano)

*Studiare e stupire*, ou se quiser, estudo e espanto. Duas idéias que remontam às mesmas raízes. Segundo Agamben,<sup>1</sup> ao longo de sua obra *A idéia da prosa*, a palavra *studium* traz consigo uma raiz *st* ou *sp*, que designa o embate, o choque. Ou seja, aquele que se dedica a estudar se encontra, não raro, em estado semelhante ao de quem recebe um choque, estupefato por aquilo que o tocou. Mais ainda: incapaz, tanto de levar as coisas até o fim como de se libertar delas. À luz dessa idéia, nesse misto de perplexidade e lucidez, de descoberta e perda – que constitui o próprio estudo – é que se chega ao lugar de algumas palavras derradeiras (muito longe de um desfecho), contudo voltada às (in)conclusões oriundas naturalmente de

1 AGAMBEN, Giorgio. **Idea of Prose**. New York: SUNY Press: 1995.

um problema nunca totalmente dado como resolvido: a limitação da violência punitiva.

O texto, assim, pretendeu desenvolver-se por fragmentos, a partir de apostas em determinados caminhos, mais do que uma gestão contínua das idéias.<sup>2</sup> Fragmento visto como singularidade, talvez mais hábil a relacionar-se com o fracasso das utopias totalizantes. Ciente das próprias limitações, propuseram-se diferentes tonalidades à pesquisa que teve no intento transdisciplinar seu motor de popa.

A partir de um estilo aberto, pontual (e provisório sobremaneira) é que se colou o pano de fundo relativo ao multifacetado fenômeno da *violência*, pretendendo-se daí dar contornos mais restritos ao trabalho.

No conjunto inicial, foi-se na busca de uma formulação mais consistente quanto ao estudo da violência social na contemporaneidade. Ao passo que não se poderia esquecer, para dar conta minimamente do que se propôs a pesquisa, no segundo momento, vasculhar as emergências e forças que possibilitaram a formação de um pensamento jurídico penal garantidor. Ao final, mais claramente externando nossa perspectiva fundadora, atrelado foi o escrito às fundamentações e potencialidades de uma teoria garantista vinculada ao processo penal.

Dessa maneira, o caráter poliédrico do trabalho se expôs, desde um triplo diálogo. Diferentes direções, como dito, foram empreendidas. Primeiramente, fez-se um corte longitudinal que teve como ambição o exame de uma racionalidade totalitária nascida na modernidade que tentou suprimir o caráter híbrido, impuro do tecido social levando aos maiores extermí-

<sup>2</sup> O fragmentário acaba por abarcar certa vontade, não só de deixar de lado o conjunto, mas também de encarar certo residual que subsiste ao que foi perdido: *somos apenas fragmentos, mas, ao mesmo tempo, desempenhamos um papel essencial, o de estarmos aí, de nos determos na luz, no pensamento. Somos pivô, o 'punctum, o que nos dá um papel determinante.* BAUDRILLARD, Jean. **De um Fragmento ao Outro**. São Paulo: Zouk, 2003, p. 133.

nios de nossa época. Passando-se ao apanhado posterior, dissertou-se acerca da genealogia dos elementos de um pensamento garantista no âmbito penal, tendo como abordagem as raízes do chamado Uso Alternativo do Direito europeu. Na terceira parte, o horizonte define-se a partir da enunciação de mecanismos de atuação tópica, a partir de uma instrumentalidade garantista do processo penal, tendentes a minimizar a dor frente às pulsões inquisitórias, e agravadas pelos estados de exceção contemporâneos.

O empenho foi na direção de escrever sobre fragmentos de um saber penal limitador, contudo sem perder de vista um permanente “choque de humildade”, ou seja, da assunção da debilidade de qualquer discurso (processual) penal solitário. Reuniram-se, suma, num feixe<sup>3</sup> os diferentes enfoques, não simplesmente descrevendo uma história ou narrando etapas. Pretendeu-se uma aproximação como numa tessitura (não mosaico), onde distintas linhas (fios) de sentido se entrecruzam e formam uma estrutura de intrincação, sustentados pela vontade de limitação do poder punitivo.

É numa época de instabilidade que afeta todos os espectros de nossas sociedades que a ciência jurídica figura como um elemento fértil para a anamnese. Existem inúmeros cenários possíveis e extremos. Todavia uma prática de questionamento não desemboca necessariamente num cenário destruidor. As experiências em curso no campo jurídico traduzem as perturbações inerentes a qualquer mudança social e a verdadeira questão diz respeito a sabermos interpretar desde logo tais condições.

Sabe-se que a ambivalência, tratada como sintoma de nossos tempos, mata a idéia de progresso certo e definitivo. É a mesma ciência, viga mestra desse modo de pensar, que produz efeitos extraordinários e ao mesmo modo forças destrutivas. Diz

<sup>3</sup> Analogia empreendida desde DERRIDA, Jacques. A Diferença. In: \_\_\_\_\_. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papirus, 1991, p. 34.

Morin,<sup>4</sup> que a *palavra agonia em seu sentido originário quer dizer essa luta interior da qual não se sabe se é nascimento ou a morte que virá. (...) E a palavra agonia tem um acólito: crise.*<sup>5</sup> Nessa aliança da ordem com a desordem, parece plausível, como fala Gauer,<sup>6</sup> descrever o caótico e aprendermos a trabalhar com ele, *reescrever a complexidade e não eliminá-la em favor de uma verdade absolutizada.* O exercício, sem dúvida, passa por pensar novas alternativas de maneira inédita num exame radicalmente caleidoscópico, alheio à procura dos grandes relatos legitimadores referidos por Vattimo,<sup>7</sup> e *encontrar a consciência de que, apesar do desespero, ocorre o outro.*<sup>8</sup>

O momento é de viragem epistemológica, que dentro do oco contemporâneo é questão de sobrevivência. Encarar que, a despeito de todas as construções bem-pensantes, a razão ocidental nunca conseguiu suportar realmente a *diferença*, ou seja, sempre esforçou-se, de maneira incansável, em buscar a padro-

nização do diferente numa dimensão unívoca.<sup>9</sup> Isso se dá, sobremaneira, quando auferimos uma enorme crise de sentido, que suprime a diferença e todo seu potencial desestruturante. O medo do diferente, do Outro. Este é o medo real e original da humanidade, raiz de todos os delírios e de todas as evasões.<sup>10</sup>

Engolfado estamos no ‘pós-moderno’ (seja lá o que se queira dizer...) e este não deixa tempo para pensar. Não há mais tempo e, assim, também se perde o sentido: essa é a regra inclemente e fundamental. Diante disso, cumpre se vislumbrar um *pensamento da alteridade*, como fundamento possível de cognição desde uma pluralidade radical de realidades.<sup>11</sup> O foco para ‘além de si mesmo’ corrói minhas certezas e rompe com minha segurança no mundo. Uma atitude corajosa consiste em ultrapassar a razoabilidade dos “meios tons” intelectuais e de seu infinito corolário de razões, justificativas e legitimações.<sup>12</sup>

Toda a análise pretendida fala de uma relação social que não pode incorrer na indiferença-ética, num desrespeito à figura do Outro enquanto re-presentação e pro-jeção do *Mesmo*. Busca-se uma racionalidade que *aprenda finalmente a ousar ir além dele mesmo, para aceitar eticamente o que não é ele: eis a urgente tarefa que, a partir dessa constatação fundamental, se impõe na ordem do tempo.*<sup>13</sup> Todos os níveis de violência, inclusive a punitiva, com a qual se lidou aqui, repousam num

4 MORIN, Edgar. **Ninguém sabe o dia que nascerá.** São Paulo: Editora UNESP; Belém: Editora da Universidade Estadual do Pará, 2002, p. 65.

5 Por certo, conforme assevera Souza, não se de entender unicamente a “crise” sob o viés banal de pura catástrofe. Facilmente perceptível que sua etimologia (do grego “kríno”) envia muito mais à idéia de decisão/tensão do que à de decadência irreparável, ou seja, olvidamo-nos de seu potencial positivo. Nesse momento, *cria-se um círculo vicioso: temos medo exatamente dos momentos e situações que nos permitem, pela correta interpretação dos fatos, a tomada de posição frente à realidade que impediria que outras crises como aquela emergissem. Ao percebermos apenas o lado “negativo” da crise, fugimos das chances de superação de nossos medos e problemas da conscientização do sentido da crise’, porque, mal-entendendo, julgamos que estas chances sejam pura destrutividade.* (SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido** – o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2003, pp. 28-30).

6 GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: \_\_\_\_\_. (org.). **A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

7 VATTIMO, Gianni. **As aventuras da Diferença.** O que significa pensar depois de Heidegger e Nietzsche. Lisboa: Edições 70, 1980, pp. 161-187.

8 SOUZA, Ricardo Timm de. *Alteridade & Pós-modernidade* – Sobre os difíceis termos de uma questão fundamental. In: \_\_\_\_\_. **Sentido e Alteridade:** dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

9 SOUZA, Ricardo Timm de. Introdução – Reflexão e Vazio – A Virgem Epistemológica Contemporânea e sua Inteligibilidade. In: \_\_\_\_\_. **O Tempo e a Máquina do Tempo:** Estudos de Filosofia e Pós-modernidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, pp. 11-12.

10 SOUZA, Ricardo Timm de. O Novo e a Inversão da Ordem. In: \_\_\_\_\_. **O Tempo e a Máquina do Tempo...**, p. 157.

11 SOUZA, Ricardo Timm de. **Alteridade e Pós-modernidade...**, pp. 147-149. Falará o autor originalmente de *Metafenomenologia*. SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história** – Lévinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 71-78.

12 SOUZA, Ricardo Timm de. **Alteridade & Pós-modernidade...**, p. 182.

13 SOUZA, Ricardo Timm de. Como Conclusão. In: \_\_\_\_\_. **Sentido e Alteridade...**, pp. 237-238.

exercício de negação da alteridade, na tentativa de aniquilá-la e reduzi-la à posse do discurso do mesmo;<sup>14</sup> reflexos quiçá potencializados nas ciências criminais.

Conscientes de nossas limitadas forças, no entanto, escreve-se. E é nesse lugar limite, entre o desejo de dizer e a possibilidade ameaçadora de não saber como fazê-lo, que escrevemos. Local que, não obstante, carrega consigo um enorme caráter simbólico, de sutileza extrema, entre o dizível e o indizível; onde, enfim, a escrita torna-se ato.

<sup>14</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. Três teses sobre a violência. *Revistas de Ciências Sociais – Civitas*, ano I, nº 2, dez. 2001, p. 09.

## Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Traduzido por Iraci D. Poleti. Lisboa: Presença, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Idea of Prose**. New York: Suny Press, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Estado de exceção**. Traduzido por Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Para una práctica judicial alternativa. **Derecho y soberania popular** – Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Universidade de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, nº. 16, 1976.
- \_\_\_\_\_. **Justicia/conflicto**. Madrid: Tecnos, 1988.
- \_\_\_\_\_. Tangentopoli tiene traducción al castellano. In: \_\_\_\_\_. (ed.). **Corrupción y Estado de Derecho**: el papel de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 1996.
- \_\_\_\_\_. Garantismo y Proceso Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, n. 2, 1999.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares In: \_\_\_\_\_. (org.). **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos\Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

- BARCELONA, Pietro; COTTURRI, Guisepe. **El estado y los juristas**. Barcelona: Fontanella, 1976. Libros de confrontación, filosofía, 8.
- BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: \_\_\_\_\_. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe: 1926. Obras Completas. t. V.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Transparência do Mal**: ensaio sobre fenômenos extremos. Campinas: Papirus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **As Estratégias Fatais**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
- \_\_\_\_\_. **De um Fragmento ao Outro**. São Paulo: Zouk, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. **O mal-estar na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMER, Franklin L. **O pensamento Europeu Moderno**. Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990, vol. I (séculos XVII e XVIII) e v. II (séculos XIX e XX).
- BENJAMIM, Walter. Sobre o conceito da história. In: \_\_\_\_\_. **Magia e Técnica, arte e política**: Ensaios sobre literatura e história da cultura. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. Obras Escolhidas. v. 1.
- BETTELHEIM, Bruno. **Freud e a Alma Humana**. São Paulo: Cultrix, 1989.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- \_\_\_\_\_. **O Descumprimento das Formas Processual**: Elementos para uma crítica da teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BLONDEL, Eric. As Aspas de Nietzsche: filologia e genealogia. In: MARTON, Scarlett (org.). **Nietzsche Hoje?** Colóquio de Cerisy. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- \_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOËTIE, Etienne la. **Discurso da Servidão Voluntária**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- BRUCKNER, Pascal. Filhos e Vítimas: o tempo da inocência. In: \_\_\_\_\_. **A Sociedade em Busca de Valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.
- BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BRUNO, Mário. **Lacan e Deleuze**: o trágico em duas faces do além do princípio do prazer. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física**: Um Paralelo Entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental. São Paulo: Cultrix, 1983.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cómo se Hace un Proceso**. Bogotá: Themis, 1994.
- CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. Preâmbulo. **Revista de Estudos Criminais**, Editorial. Porto Alegre: Notadez/ITEC, nº 3, 2001
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo**: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Garantismo Penal Aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Salo de. Direito Alternativo e Dogmática Penal: Tópicos para um diálogo. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 4, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Garantismo e Sistema Carcerário**: crítica aos fundamentos e à execução da pena privativa de liberdade no Brasil. Curitiba: UFPR, 1999. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 1999.
- \_\_\_\_\_. As reformas parciais no Processo Penal brasileiro: crítica aos projetos de informalização dos procedimentos e privatização dos conflitos. **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Pena e Garantia**: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- \_\_\_\_\_. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: \_\_\_\_\_. (coord.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- \_\_\_\_\_. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: !TEC/Nota Dez, nº 14, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Tântalo no Divã**. Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro. [s.l.]: Mimeo, 2004.
- \_\_\_\_\_. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico-Inquisitorial. [s.l.]: [s.ed.], 2005.
- CATROGA, Fernando. **Caminhos do Fim da História**. Lisboa: Quarteto, 2004.
- CHIAMORRO, Jesús Vicente. Antonio Carretero y Justicia democrática. **Jueces para la Democracia**, Madrid, vol. 8, nº 12, 1989.
- CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**: ¿La nueva forma del Holocausto? Buenos Aires: Del Peurto, 1993.
- CIÊNCIA E TRADIÇÃO: perspectivas transdisciplinares para o século XXI. **Revista de Estudos Criminais**, Editorial. Porto Alegre: Notadez/!TEC, nº 6, 2002.
- CLASTRES, Pierre. Liberdade, mau encontro, inominável. In: \_\_\_\_\_. **O Discurso da Servidão Voluntária**. 3ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: \_\_\_\_\_. **Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Procedura penale**. 7ª. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- COSTA, Pietro. La alternativa ‘tomada en serio’: manifestos jurídicos de los años setenta. In: **Derecho y soberania popular – Anales de la Cátedra Francisco Suarez**, Universidade de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, nº 30, 1990.
- \_\_\_\_\_. Un modelo per un analisi: la teoria del ‘garantismo’ e la comprensione storico-teorica della ‘modernità’ penalistica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição, Psicanálise e Mundo Neoliberal. In: \_\_\_\_\_. **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: IBEJ, 1996.
- \_\_\_\_\_. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: \_\_\_\_\_. **Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

- \_\_\_\_\_. Atualizando o Discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, nº 4, 2001.
- \_\_\_\_\_. Introdução aos Princípios Gerais do Direito processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: ITEC/Nota Dez, vol. 1, 2001.
- \_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. Glosas a 'Verdade, Dúvida e Certeza' de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (coord.). **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DECLARAÇÃO DE VENEZA. A Ciência Diante das Fronteiras do Conhecimento – art. 02. **Revista de Estudos Criminais**, Editorial. Porto Alegre: Notadez/ITEC, nº 7, 2002.
- DERRIDA, Jacques. A Diferença. In: \_\_\_\_\_. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papirus, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Fuerza de Ley**: el 'fundamento místico de la autoridad'. Madrid: Tecnos, 2002.
- \_\_\_\_\_. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade. São Paulo: Escuta, 2003.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1990.
- DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

- \_\_\_\_\_. **Homo Aequalis**: gênese e plenitude da ideologia econômica. Bauru: EDUSC, 2000.
- DURAND, Gilbert. **As Estruturas Antropológicas do Imaginário**: introdução à arquetipologia geral. São Paulo: Martins Fontes: 1997.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Madrid: Ariel, 1997.
- EINSTEIN, Albert. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ELIAS, Norbert. **Humana Conditio**: Consideraciones en torno a la evolución de la humanidad. Barcelona: Península, 1988.
- \_\_\_\_\_. **A Sociedade dos Indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.
- ENTELMAN, Ricardo. Discurso Normativo y Organización del Poder. In: **Materiales para una crítica del derecho**. Buenos Aires: A Perrot, 1991.
- EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.
- \_\_\_\_\_. Toleranza e Intollerabilità nello Stato di Diritto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo. **Analisi e Diritto**: Ricerche di Giurisprudenza Analitica. Torino: Giappichelli, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Derecho y Razón**: Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trota, 1995.
- \_\_\_\_\_. Expectativas e garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. **Doxa**, Madrid, vol. 20, 1997.
- \_\_\_\_\_. Sul Ruolo Civile e Politico della Scienza Penale nello Stato Costituzionale di Diritto. **Questione Giustizia**, Milano: FrancoAngeli, anno XVI, vol. 4, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Derechos y Garantías**: La Ley de Más Débil. Madrid: Trota, 1999.



- \_\_\_\_\_. Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14/12/1997, em Roma, sobre a Teoria do Garantismo e seus Reflexos no direito processual penal. **Boletim do IBCGrim**, nº 77, abr. 1999.
- FERRAJOLI, Luigi; SENESE Salvatore; ACCATTATIS, Vincenzo et al. **Política y justicia en el estado capitalista**. Barcelona: Fontanella, 1978.
- FIGUEIREDO, Luís Cláudio. Psicanálise e Brasil: Considerações acerca do sintoma social brasileiro. In: SOUSA, Edson (org.). **Psicanálise e Colonização: Leituras do sintoma social no Brasil**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1999.
- FIKER, Raul. **Vico, o precursor**. São Paulo: Moderna, 1994.
- FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história. In: MACHADO, Roberto (org. e trad.). **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- \_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- \_\_\_\_\_. **História da Loucura: na idade clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- FREUD, Sigmund. **Mal-Estar na Civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1972, vol. XXII. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud.
- \_\_\_\_\_. **Porque a Guerra?** Rio de Janeiro: Imago, 1972, vol. XXII. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud.
- FROMM, Erich. **A Arte de Amar**. Belo Horizonte: Itatiaia, [s.d.].
- GAUER, Ruth M. Chittó. A Influência da Universidade de Coimbra no Moderno Pensamento Jurídico Brasileiro. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre: ESMP, vol. 40, jan/jun, 1998.

- \_\_\_\_\_. Alguns Aspectos da Fenomenologia da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999.
- \_\_\_\_\_. A construção do Estado-Nação no Brasil. Curitiba: Juruá, 2001.
- \_\_\_\_\_. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: \_\_\_\_\_. (org.). **A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. In: \_\_\_\_\_. **Le Ragioni del Garantismo: Discutendo con Luigi Ferrajoli**. Torino: Giappichelli, 1993.
- GIL, Fernando. Evidência e demarcação. In: **Modos de Evidência**. Lisboa: INCM, 1998.
- GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo: Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos**. São Paulo: Francis, 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.
- \_\_\_\_\_. **Princípios gerais do processo penal: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro e março de 1935**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 10ª. ed. Madrid: Ageda, 1987.
- GOMEZ, Diego J. Duquelski. **Entre a Lei e o Direito: Uma Contribuição à Teoria do Direito Alternativo**. Traduzido por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Madrid: Colex, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNÁNDEZ, Antônio; GÓMEZ FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

GUINDANI, Miriam. **Violência e Prisão**: Viagem em Busca de um Olhar Complexo. Porto Alegre: PUCRS, 2002. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

HALL, Stuart. **A Identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2ª. ed. Buenos Aires: Ad-HOc, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 2005.

HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. São Paulo: Mandarin, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1995. vol. I.

HEIDEGGER, Martin. Bâtir, Habiter, Penser. In: \_\_\_\_\_. **Essais et Conférences**. Paris: Gallimard, 1958.

HEISENBERG, Werner. **Física y Filosofía**. Buenos Aires: La Isla, 1959.

HINKELAMMERT, Franz. **Democracia y totalitarismo**. San José: DEI, 1987.

\_\_\_\_\_. La Inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín et al. **El Vuelo de Anteo**: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTICIA DEMOCRÁTICA. **Los jueces contra la dictadura**: justicia y política en el franquismo. Madri: Tucur, 1978.

KAFKA, Franz. **Contos, fábulas e aforismos**. Rio de Janeiro: Brasileira, 1993.

KANTAROWICZ, Germán. **La lucha por la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

KERCKOVE, Derrick de. **A Pele da Cultura**: Uma investigação sobre a nova realidade eletrônica. [s.l.]: Mediações, [s.d.].

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçeras**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LIPOVETSKY, Giles. **El crepúsculo del deber**: La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Barcelona: Anagrama, 1994.

\_\_\_\_\_. A Era do Após-Dever. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

\_\_\_\_\_. **La Era del Vacío**: ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Barcelona: Anagrama, 2003.

\_\_\_\_\_. Violencias Salvajes, Violencias Modernas. In: \_\_\_\_\_. **La Era del Vacío**: ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Barcelona: Anagrama, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria; SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. **Sobre el uso alternativo del derecho**. Valência: Fernando Torres, 1978.

\_\_\_\_\_. Morreu o Uso Alternativo do Direito? In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOSANO, Mário G. La Ley y la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo em Europa y em Sudamérica. In:

- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOURDES SOUZA, María de. Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica. **Anuário de Filosofia del Directo**. Sevilha: Nueva Época, 1998. tomo XV.
- LÖWY, Michel. **Walter Benjamim**: aviso de incêndio – uma leitura das teses “Sobre o conceito de História”. São Paulo: Boitempo, 2005.
- LYOTARD, Jean-François. **O Inumano**: considerações sobre o tempo. Lisboa: Estampa, 1989.
- \_\_\_\_\_. **O Pós-moderno explicado às crianças**. Lisboa: Dom Quixote, 1993.
- MADURO, Otto. O Profissional da Classe Média e as Lutas Populares. **Cadernos do CEAS**, n. 91, [s.d.].
- MAFFESOLI, Michel. **Lógica de Dominação**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Dinâmica da Violência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Edições Vértice.
- \_\_\_\_\_. **No Fundo das Aparências**. Petrópolis: Vozes, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A Transfiguração do Político**: A tribalização do mundo. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- \_\_\_\_\_. O tempo das tribos e a crise do individualismo. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. **O Eterno Instante**: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. Lisboa: Piaget, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Sobre o Nomadismo**: vagabundagens pós-modernas. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Violência Totalitária**: ensaio de antropologia política. Porto Alegre: Sulina, 2001.
- \_\_\_\_\_. **A Parte do Diabo**: resumo da subversão pós-moderna. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Notas sobre a Pós-modernidade**: o lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004.

- \_\_\_\_\_. **A sombra de Dionísio**: contribuição a uma sociologia da orgia. 2ª ed. São Paulo: Zouk, 2005.
- MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano**. Secondo il nuovo códigoce – con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Terzo – Gli Atti Del Processo Penale. Torino: Unione tipografica – Editrice Torinese, 1932.
- MARTINS, Rui Cunha. **A Fronteira Antes de sua Metáfora**: Cinco Teses Sobre a Fronteira Hispano-Portuguesa no Século XV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000. Dissertação (Doutoramento em História). Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2000.
- \_\_\_\_\_. O paradoxo da demarcação emancipatória. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 59, fev. 2001.
- \_\_\_\_\_. Modos de Verdade. **Revista de História das Idéias**, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, vol. 23, 2002.
- \_\_\_\_\_. O nome da alma: “memória”, por hipótese. In: GAUER, Ruth. **Qualidade do Tempo**: Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARTON, Scarlett. Foucault leitor de Nietzsche. In: \_\_\_\_\_. **Extravagâncias**: Ensaios sobre a filosofia de Nietzsche. São Paulo: Discurso Editorial e Editora UNIJUÍ, 2001.
- MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.
- MILITO, Cláudia; SILVA, Hélio. **Vozes do meio-fio**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
- MOLES, Abraham A. **As ciências do Impreciso**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- MONTERO AROCA, Juan. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Princípios del Proceso Penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- MORIN, Edgar. **O método III**. O conhecimento do conhecimento/1. Lisboa: Publicações Europa-América, 1986.

- \_\_\_\_\_. **O método III**. O conhecimento do conhecimento/1. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- \_\_\_\_\_. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Método 5**. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Ninguém sabe o dia que nascerá**. São Paulo: Editora UNESP; Belém: Editora da Universidade Estadual do Pará, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Introdução do Pensamento Complexo**. 4ª ed. Lisboa: Piaget, 2003.
- NEGRI, Antonio. **Kairós, Alma Vênus e Multidão**: nove lições ensinadas a mim mesmo. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Considerações Extemporâneas**: Da utilidade e desvantagem da história para a vida. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Obras Incompletas.
- OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.
- PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta: 1997.
- PIERRE, Gibert. **Igualdade Social e Liberdade Política** – Uma introdução à Obra de Alexis de Tocqueville. São Paulo: Nerman, [s.d.].
- POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Um Mundo de Propensões**. Lisboa: Fragmentos, 1991.
- \_\_\_\_\_. **A Vida é Aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Lisboa: Edições 70, 1999.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Unesp, 1996.

- RAMALHO NETO, Agostinho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: \_\_\_\_\_. **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- RESTA, Eligio. La Ragione dei diritti. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.
- RIBEIRO, António Sousa; RAMALHO, Maria Irene. Dos estudos literários aos estudos culturais? **Revista de Ciências Sociais**, nº 52-53, nov. 1998/fev. 1999.
- ROLNIK, Sueli. As Asas do Desejo, o Cinema-Vôo. **Jornal Folha de São Paulo**, Folhetim, 11 de março de 1989.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Sobre o Direito Alternativo. Absolutização do Formalismo, Despotismo da Lei e Legitimidade. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SANTOS Boaventura de Sousa. **Um discurso para as ciências**. Porto: Afrontamentos, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Reinventar a Democracia**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1998. Cadernos Democráticos nº 4.
- \_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortês, 1995.
- SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**: as conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.
- SILVA FILHO, José Carlos da. Da 'Invasão' da América aos Sistemas Penais de Hoje: o discurso da 'inferioridade' latino-americana. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez/!TEC, nº 7, 2002.

- SILVA, Hélio. A Língua Geral da Violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org.). **A Fenomenologia da Violência**. Curitiba: Juruá, 1999.
- SIMMEL, Georg. Forms of Social Interaction Georg. In: LEVINE, Donald N. (org.). **Georg Simmel on Individuality and Social Forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.
- \_\_\_\_\_. The Stranger. In: LEVINE, Donald N. (org.). **Georg Simmel on Individuality and Social Forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.
- \_\_\_\_\_. O Dinheiro na cultura moderna. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (org.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: Editora UnB, 1998.
- \_\_\_\_\_. O Indivíduo e a Liberdade. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (org.). **Simmel e a modernidade**. Brasília: Editora UnB, 1998.
- SOUZA, Ricardo Timm de. Filosofia primeira e ética da produção. In: \_\_\_\_\_. **Totalidade e Desagregação**: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Sujeito, ética e história** – Lèvinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- \_\_\_\_\_. Alteridade & Pós-modernidade – Sobre os difíceis termos de uma questão fundamental. In: \_\_\_\_\_. **Sentido e Alteridade**: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Lévinas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- SOUZA, Ricardo Timm de. Introdução – Reflexão e Vazio – A Virgem Epistemológica Contemporânea e sua Intelelegibilidade. In: \_\_\_\_\_. **O Tempo e a Máquina do Tempo: Estudos de Filosofia e Pós-modernidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- \_\_\_\_\_. Três teses sobre a violência. **Revistas de Ciências Sociais – Civitas**, ano I, nº 2, dez. 2001.

- \_\_\_\_\_. Justiça, Liberdade e Alteridade Ética. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Justiça e Política**: homenagem a Otfried Höffe. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Sobre a construção do sentido** – o pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A Ética como fundamento**: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- \_\_\_\_\_. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo**: Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. O Trabalho do Jurista na Perspectiva do Estado Democrático de Direito: Da Utilidade de uma Crítica Garantista. **Doutrina**, Rio de Janeiro: AID, vol. 5, 1996.
- SUANES, Aduino. **Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, dromologia, tecnologia e garantismo. Porto Alegre: PUCRS, 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2001.
- TREVES, Renato. **El Juez y la sociedad**: una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia. Madrid: Edicusa, 1974.
- VATTIMO, Gianni. **As aventuras da Diferença**. O que significa pensar depois de Heidegger e Nietzsche. Lisboa: Edições 70, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Introducción a Nietzsche**. Barcelona: Península, 1985.
- VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**. Lisboa: Dom Quixote, 1993.
- \_\_\_\_\_. **O Espaço Crítico**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

- \_\_\_\_\_. **La arte del motor:** aceleración y realidad virtual. Buenos Aires: Manantial, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Velocidade e Política.** São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
- \_\_\_\_\_. **El Cibermundo, La Política de lo Peor.** Madrid: Cátedra, 1999.
- WACQUANT, Loïc. A Globalização da Tolerância Zero. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, vol. 9-10, 2000.
- \_\_\_\_\_. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Parias Urbanos:** marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2001.
- \_\_\_\_\_. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 2001.
- \_\_\_\_\_. A ascensão do Estado penal nos Estados Unidos. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, vol. 11, 2002.
- \_\_\_\_\_. A tentação penal na Europa. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, vol. 11, 2002.
- \_\_\_\_\_. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, vol. 13, 2004.
- WEBER, Max. Essai sur quelques catégories de la sociologie compréhensive. In: \_\_\_\_\_. **Essai sur la théorie de la science.** Paris: Plon, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Ciência e Política:** Duas Vocações. São Paulo: Cultrix, 1993.
- WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re) afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de.; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a Justiça**

- Dialogal:** Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.
- \_\_\_\_\_. La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria. GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo:** Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.
- \_\_\_\_\_. La legitimación del control penal de los “extraños”. Ponencia apresentada no I Congreso Binacional de Derecho Penal y Criminología – Argentina-Peru. Universidad Nacional de Cajamarca. **Anais.** Peru: outubro de 2005.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 1997.
- ZITELMANN, Ernest. **Las Lagunas del Derecho.** Traduzido por Carlos Posada. Buenos Aires: Lousada, 1949.