

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE PÓS-GRADUÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO

A INSUFICIÊNCIA METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL
PENAL
(A Alternativa da Mecânica Quântica)

PEDRO SÉRGIO DOS SANTOS

RECIFE – MARÇO – 2003.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DIREITO DO RECIFE
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO

***A INSUFICIÊNCIA METODOLOGICA DO DIREITO PROCESSUAL
PENAL***
(A Alternativa da Mecânica Quântica)

**Tese apresentada à Faculdade de Direito
do Recife como requisito parcial para a
conclusão do Curso de Doutorado em
Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Nilzardo
Carneiro Leão.**

RECIFE – MARÇO – 2003.

BANCA EXAMINADORA

Recife.....de.....de 2003.

Agradecimentos:

*Ao Senhor Deus – Clemente e
Misericordioso,*

*Aos professores e Servidores da Faculdade
de Direito do Recife e aos professores da
Faculdade de Direito e Física da
Universidade Federal de Goiás – UFG.*

A minha família.

*Dedico este trabalho à Antônio Carlos
Moura (In memorian)*

e

Oswaldo Alencar (In memorian).

Eu não concordo muito com o conceito de Classe em Marx, não... Vejam só... Na minha rua, moram: um Barão do Dinheiro, Fernando Santos; um Barão da Política, Governador Miguel Arraes, e um Barão do Saber, que sou eu... Para Tico, eu e Fernando Santos somos da mesma classe, até geograficamente, pois a rua é inclinada: moramos no alto, e Tico embaixo. Pra Fernando Santos, do ponto de vista econômico, eu e Tico somos iguais. Penso que deve ser adicionada a questão do prestígio para se entender Classe. Tico, um dia, me disse: “Doutor Ariano, eu sou seu capanga. Não vou deixar ninguém tocar no senhor”. “Mas Tico, eu não preciso, eu não preciso de capanga”, respondi. Acontece que eu é que era capanga de Tico, pois ele dava um trabalho danado, bebia e aprontava. Certa vez, Tico veio me pedir uma carta de apresentação para o Delegado de Casa Amarela, pois aquele o havia intimado. Deveria se apresentar, e estava com medo de ficar preso, de apanhar na delegacia. Respondi: “Tico, eu não conheço esse Delegado”. Tico retrucou: “Mas ele lhe conhece, doutor Ariano”. Escrevi a tal carta, cheia de elogios: bom filho, bom marido, bom pai. No final do dia, chega Tico: “Eu não disse, doutor Ariano?!... Nem apanhei, nem fiquei preso...” Essa sociedade tem que ser reformulada. Fico aqui pensando: que bom seria se Tico não apanhasse por ser simplesmente o cidadão Tico, e não por conta da minha carta... Esse é o país que eu gostaria...

Ariano Suassuna

SUMÁRIO

RESUMO / RESUMEM / RIASSUNTO / ABSTRACT.....	08
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I	
O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E DA VERDADE.....	14
1- O MITO.....	16
1.1 – O Mito e a Linguagem.....	22
1.2 – A Razão e o Conhecimento.....	25
1.2.1 – O Racionalismo.....	29
1.2.2 – O Empirismo.....	31
1.2.3 – Racionalismo, Empirismo e Modernidade.....	34
1.2.4 – O Criticismo.....	36
1.2.5 – A Dialética.....	39
1.2.6 – O Positivismo.....	41
1.2.7 – A Fenomenologia.....	44
2 – A VERDADE.....	47
2.1 – A Verdade como Correspondência.....	47
2.2 – A Verdade como Revelação ou como Manifestação.....	49
2.3 – A Verdade como Conformidade.....	50
2.4 – A Verdade como Utilidade.....	50
CAPÍTULO II	
O DIREITO PROCESSUAL PENAL E SUA CAMINHADA HISTÓRICO- METODOLÓGICA.....	56
1 – O PROCESSO PENAL NO BRASIL E A MODERNIDADE.....	67
1.1 – O Período que Antecede as Ordenações.....	68
1.2 – As Ordenações.....	72
1.3 – A Ocupação Holandesa.....	75
1.4 – O Processo Penal no Império.....	77
2 – O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A CIÊNCIA.....	86
2.1 – O Princípio do Devido Processo Penal.....	87
2.2 – O Princípio da Verdade Real.....	88
2.3 – O Princípio do Contraditório.....	90
2.4 – O Princípio da Publicidade Processual.....	90
2.5 – O Princípio da Presunção de Inocência.....	91
3 – O PROCESSO PENAL E O MÉTODO – Questões iniciais.....	96
4 O PROCESSO PENAL E O CONTEXTO POLÍTICO-ECONÔMICO.....	102

4.1 – O Neoliberalismo e o Lado Honesto do Crime.....	108
5 – O PROCESSO PENAL, O MITO E A LINGUAGEM.....	119
5.1 – A Negação da Cientificidade.....	148
6– O PROCESSO PENAL E AS ESCOLAS FILOSÓFICO – CIENTÍFICAS.....	153
CAPÍTULO III	
A NECESSIDADE DE UMA NOVA PERSPECTIVA METODOLÓGICA.....	164
1 – A MECÂNICA QUÂNTICA.....	166
2 – A FÍSICA CLÁSSICA.....	167
3 – OS PRINCÍPIOS DA DUALIDADE E INDETERMINAÇÃO (OU INCERTEZA), DA PROBABILIDADE, DA SUBJETIVIDADE E DA COMPLEMENTARIDADE.....	174
3.1 – A Dualidade e Indeterminação (ou Incerteza).....	174
3.2 – A Probabilidade.....	175
3.3 – A Subjetividade.....	177
3.4 – A Complementaridade.....	179
CAPÍTULO IV	
A MECÂNICA QUÂNTICA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO.....	183
CAPÍTULO V	
A INSUFICIÊNCIA METODOLÓGICA DO PROCESSO PENAL E A ALTERNATIVA DA MECÂNICA QUÂNTICA.....	201
1 – A PROBABILIDADE.....	210
2 – A SUBJETIVIDADE.....	217
3 – A COMPLEMENTARIDADE.....	222
CONCLUSÃO.....	226
BIBLIOGRAFIA.....	229
CONSULTAS ELETRÔNICAS.....	236
ANEXOS.....	237

RESUMO

A contradição entre o método utilizado pelo Direito Processual Penal brasileiro para a obtenção de um resultado que deveria ser verdadeiro sobre os fatos e os sujeitos envolvidos, e de outro lado o princípio da “verdade real” se apresentando como um mito nas universidades e tribunais, que procura ocultar, através da linguagem, o caráter seletivo do processo penal, norteiam, estes dois aspectos, os rumos da investigação neste trabalho. Inicialmente, são apresentados os conceitos de mito, linguagem e verdade. A seguir, de forma sintética são expostas as principais escolas filosóficas que contribuíram com a formação do pensamento ocidental. Ao abordar o Direito Processual Penal brasileiro, são retomadas as raízes históricas deste instituto, numa caminhada que percorre da idade média até os dias atuais. A análise política e econômica da conjuntura nacional e mundial voltada para o processo penal desvela o caráter de seletividade deste instrumento do Poder. Ficam evidenciadas as opções pela punição dos mais pobres e a falta de rigor científico do Direito Processual Penal, uma vez que, diante de tal seletividade, não se pode alojar os métodos do processo penal brasileiro em qualquer das escolas filosóficas anteriormente apontadas. Assim, para que se faça uma reconstrução do Direito Processual Penal, particularmente em seus princípios e bases filosóficas, são apresentados os princípios da física quântica, dualidade, indeterminação – ou incerteza, probabilidade, subjetividade e complementaridade, que podem dar ao método processual penal uma maior coerência na sua aplicação e uma maior aproximação à realidade a ser investigada. Desta forma, a mecânica quântica, com seus postulados, pode fazer o Direito avançar para um terreno de maior credibilidade, distanciando-se da linguagem mistificadora que é característica dos institutos estatais, meramente repressores e disciplinadores.

RESUMEN

La contradicción entre el método utilizado por el Derecho Procesal Brasileño para la obtención de un resultado que debería ser verdadero sobre los hechos y los sujetos envueltos, y por otro lado el principio de la “verdad real” presentándose como un mito en las universidades y tribunales, que intenta ocultar, a través del lenguaje, el carácter selectivo del proceso penal, es que orientan, estos dos aspectos, los rumbos de la investigación en este trabajo. Inicialmente, son presentados los conceptos de mito, lenguaje y verdad. Seguidamente, de forma sintética son expuestas las principales escuelas filosóficas que contribuyeron con la formación del pensamiento occidental. Al abordar el Derecho Procesal Brasileño, son retomadas las raíces históricas de este instituto, en un viaje en el que se recorre desde la edad media hasta la actualidad. El análisis político y económico de la coyuntura nacional y mundial abocado al proceso penal desvela el carácter de selectividad de este instrumento del Poder. Quedan evidentes la opción punición de los más pobres y la falta de rigor científico del Derecho Procesal Penal, ya que, delante de tal selectividad, no se puede alojar los métodos del proceso penal brasileño en cualquiera de las escuelas filosóficas anteriormente señaladas. Así, para que se haga una reconstrucción del Derecho Procesal Penal, particularmente en sus principios y bases filosóficas, son presentados los principios de la física cuántica (dualidad, indeterminación o duda, probabilidad, subjetividad y complementariedad), que pueden dar al método procesal penal una mayor coherencia en su aplicación y una mayor aproximación a la realidad a ser investigada. De esta forma, la mecánica cuántica, con sus postulados, puede hacer que el Derecho avance a un terreno de mayor credibilidad. distanciándose del lenguaje místico que es característica de los institutos estatales, meramente represores y disciplinares.

RIASSUNTO

La contraddizione fra il metodo utilizzato dal Diritto Processuale Penale brasiliano per ottenere un risultato che dovrebbe essere vero sopra i fatti e i soggetti coinvolti, e dall'altro lato il principio della "verità reale" presentandosi come un mito nelle università e tribunali, che cerca di nascondere, attraverso il linguaggio, il carattere selettivo del processo penale, orientano, questi due aspetti, le rotte dell'investigazione in questo lavoro. Prima, sono presentati i concetti di mito, linguaggio e verità. Dopo, di una forma sintetica, sono esposti le principali scuole filosofiche che contribuiscono con la formazione del pensiero occidentale. Con l'abbordaggio del Diritto Processuale brasiliano, sono riprese le radici storiche di questo istituto, in una camminata che percorre dal medioevo fino ai giorni attuali. Le analisi politica ed economica della congiuntura nazionale e mondiale rivolta al processo penale rivela il carattere di selettività di questo strumento del Potere. Rimangono evidenziate l'opzione per la punizione dei più poveri e la mancanza di rigore scientifico del Diritto Processuale Penale, una volta che, davanti a tale selettività, non si può alloggiare i metodi del processo penale brasiliano in qualcheduna delle scuole filosofiche prima presentate. Così, affinché possa fare una ricostruzione del Diritto Processuale Penale, particolarmente nei suoi principi e basi filosofiche, sono presentati i principi della fisica quantica, dualità, indeterminazione – o incertezza, probabilità, soggettività e complementarità, che possono dare al metodo processuale penale una maggior coerenza nella sua applicazione e un maggior avvicinamento alla realtà ad essere investigata. Di questa forma, la meccanica quantica, con i suoi postulati, può fare il Diritto avanzare verso un terreno di maggior credibilità, allontanandosi dal linguaggio mistificatore che ne è caratteristico degli istituti statali, puramente repressori e disciplinatori.

ABSTRACT

This academic investigation was determined by the contradiction between the method adopted by Legal Proceedings in Brazilian Criminal Law for the attainment of a result, which should be the truth about facts and the subjects involved, on one hand, and the principle of the “real truth”, on the other hand, taken as a myth within the universities and Tribunals, which, in fact, hide, through language, the selective nature of Criminal Proceedings. A study of concepts as myth, language and truth is developed, followed by a brief exposition of the most relevant philosophical doctrines which contributed to the development of the occidental thought. The historical origins of Legal Proceedings in Brazilian Criminal Law are taken from Middle Ages to current days. The political and economical approach of national and international situation concerned with Criminal Proceedings reveals the selective nature of this instrument of power. The option on the punishment of the poor and the lack of scientific precision of the Brazilian Criminal Proceedings are shown, as, in face of such selectivity, it is not possible to fit the Brazilian Criminal Proceedings Methods to any outlined philosophical doctrines. In order to cope with the reconstruction of Brazilian Criminal Proceedings, specially in its principles and philosophical basis, some concepts of quantic physics are adopted, as duality paradox, indetermination or uncertainty, probability, subjectivity and complementary features, which may give the Criminal Proceeding Methods a better coherence and approximation to the reality to be investigated. This way, quatic mechanics, with its postulates, may lead Law towards a more reliable path, moving away from the myth of language that characterizes the merely repressive and disciplinary State commands.

INTRODUÇÃO

A necessidade imperiosa, imposta pela realidade anacrônica do sistema penal brasileiro, particularmente pelos mecanismos processuais, através dos quais milhares de cidadãos são cotidianamente julgados, fez com que as linhas gerais desse trabalho emergissem do contexto histórico, político-econômico e principalmente filosófico, uma vez que este possibilita o rompimento das fronteiras do saber essencialmente jurídico e aponta perspectivas teóricas alternativas.

O mito e a linguagem são inicialmente apresentados como componetes da “ante-sala” das escolas filosóficas que orientam a epistemologia ocidental. Cada uma das principais escolas que norteiam o conhecimento produzido até o século XX foi sinteticamente delineada, a fim de que pudessem servir de parâmetro de análise para as regras impostas e utilizadas na produção de um saber, ou da **verdade real**, dentro do Direito Processual Penal.

O problema da verdade para o Direito Processual Penal sempre se constituiu num ponto frágil e controvertido, haja vista que não se produziu até o presente uma teoria capaz de fundamentar com bases sólidas aquilo que a doutrina ousou chamar de **verdade real**, sendo esta o fruto de um processo penal elaborado dentro dos moldes atuais.

Assim, o método e os princípios que norteiam o Direito Processual Penal são colocados diante das contradições que os fazem ruir frente às graves necessidades sociais e de uma exigente reconstrução da cidadania plena. Desta forma, o trabalho caminha ainda pela investigação das conseqüências da globalização na prática processual penal do Brasil e a inevitável inadequação total

deste modelo investigativo diante das escolas epistemológicas inicialmente abordadas. O uso de uma certa linguagem (da linguagem da lei) é apontado como meio de mistificação da ineficácia do sistema punitivo e encobrimento do caráter seletivo do processo judicial.

Diante desse contexto, é apresentado um novo modelo epistemológico para a teoria geral do Direito Processual e particularmente para o Direito Processual Penal. São, portanto, expostos os princípios que fundamentam teoricamente a mecânica quântica e que, dentro de certos limites de comparação e adaptação, podem contribuir para a alteração dos postulados jurídicos em prol de melhores resultados teóricos e práticos, da mesma forma como foi alterada a mentalidade científica mecanicista que vigorava até o final do século XIX, quando foram radicalmente modificados alterados todas as suas estruturas.

Este trabalho não tem por finalidade estruturar roteiros e procedimentos da prática processual penal, mas tem, sim, o objetivo de discutir os dogmas e princípios existentes e diuturnamente reafirmados nas faculdades e nos tribunais. Apresenta, em contrapartida, para o Direito Processual Penal, outra alternativa para a reconstrução de seus princípios e postulados epistemológicos, esta sustentada na física quântica, com vistas a aproximar um pouco mais do ideal do método investigativo que o Direito Processual Penal almeja atingir.

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E DA VERDADE

A ciência, na sua caminhada histórica tem identificado a verdade ou se aproximado dela? E como se comporta o Direito, particularmente, o Direito Processual Penal, frente à ciência e ao problema do conhecimento?

São essas algumas indagações iniciais, e até mesmo pretensiosas, que deverão ser enfocadas na abertura deste trabalho para que, *a posteriori*, se possa enfrentar adequadamente temas mais específicos que comporão o cerne da temática proposta: a questão do método processual.

Ressalta-se que o problema da verdade, assim como o método para se chegar a ela, seja qual for o ângulo de abordagem, foi e será sempre um dos maiores, senão o maior dos conflitos do ser humano consigo mesmo e com a natureza que o cerca, e não é pretensão deste trabalho apontar uma solução para este problema que se reveste das mais variadas facetas (ética, política, epistemológica, axiológica e por que não dizer, jurídica, entre tantas outras). Mas, busca-se, através de algumas reflexões preliminares, certamente de natureza mais filosófica e especulativa, alicerçar uma discussão sobre alguns elementos que sustentam hoje a dogmática jurídica, especificamente no que concerne ao modelo processual penal que, ora, ainda é aceito.

Embora a tradição e as regras acadêmicas estejam a sugerir ou mesmo a impor a demarcação do novo e do inédito nesta modalidade de trabalho, entende-se como razoável aceitar, por começo, a mesma trajetória histórica da produção do conhecimento e dos valores (e conseqüentemente da cultura) assumida pela

humanidade pretérita ou, pelo menos, por aquela parte que, guardando diversos pontos de identificação, pode ser chamada de OCIDENTE, no qual a sociedade brasileira se insere, não podendo evidentemente deixar de considerar que, não só no Brasil, mas em toda a América, existem ainda, alguns focos de resistência, identificados em algumas centenas de povos indígenas, provenientes da era pré-colombiana, que se opõem a este modelo ocidental e que seguramente apontam outros métodos para o enfrentamento do problema do conhecimento. Neste sentido, são preciosas as palavras do filósofo francês Roger Garaudi:

“O Ocidente é um acidente. Eis o primeiro axioma de toda inventiva do futuro. Essa maneira de os ‘Ocidentais’ considerarem o indivíduo como o centro e a medida de tudo quanto há, de reduzir toda realidade ao conceito, isto é, de erigir em valores supremos a ciência e as técnicas como meio de manipular as coisas e os homens, é uma exceção minúscula na epopéia humana de três milhões de anos. (...)

Os países do Terceiro Mundo podem assim trazer uma contribuição eminente à mudança das sociedades industriais, mostrando que existem outros níveis de satisfação e de equilíbrio diferentes dos das sociedades industriais: consumir menos, sendo mais feliz.” (Garaudi, 1983: p. 53)

E ainda, quanto ao problema da cultura, Garaudi vai adiante em sua crítica tenaz ao modo ocidental de pensar:

“Assim, quando se reintegra a história na perspectiva dos milênios e na escala do planeta, e mensura-se o lugar ocupado pelo Ocidente durante quatro séculos para determinar o destino do resto do mundo, explorando-o em seu único interesse, pode-se concluir, sobre sua dominação: o Ocidente é um acidente. O acidente mais grave da história do planeta, e que pode hoje conduzir ao seu aniquilamento.

Como escreve Hughes de Varine, em seu livro *La Culture des Autres*: ‘Para nós, detentores e escravos da civilização técnica, talvez seja da cultura dos outros que poderemos sobreviver.’

Essa ‘cultura dos outros’, tentemos ao menos evocá-la para inspirar a cada um o desejo de ser habitado por ela.

O problema fundamental da cultura hoje é pôr término à concepção *hegemônica* da cultura ocidental e substituí-la por uma concepção *sinfônica*, interrogando as sabedorias do mundo não ocidental. Os problemas são doravante colocados em escala planetária. Só podem ser resolvidos em escala planetária. E isto através do engajamento de um verdadeiro diálogo das civilizações com as culturas não ocidentais.”

(Ibid., 1983: p. 53)

Todavia, por maiores que sejam as incoerências históricas da “cultura ocidental” é preciso, como ora se propõe, a retomada da trajetória histórica do conhecimento que, tanto no ocidente, quanto no oriente, tem sua origem no mito.

1 – O MITO

Imagine-se o homem, por ocasião do despertar de sua consciência, reconhecendo-se a si próprio, ao outro e à natureza e se comunicando com o uso da linguagem. A explicação desse momento “mágico” de transposição do ser meramente animal para o ser também racional é o ponto central das investigações de algumas áreas do saber como a arqueologia e a antropologia.

Porém, logo após essa tomada de consciência e o exercício efetivo de sua capacidade de raciocínio e linguagem, o homem teve que enfrentar de imediato a hercúlea tarefa de explicar para si mesmo a natureza, seus fenômenos e de se situar dentro dela, sob pena de se auto destruir ou voltar ao estágio anterior.

Desta forma, é possível explicar o surgimento daquilo que alguns estudiosos denominaram de “*explicação provisória da realidade*”, uma explicação que pudesse levar o homem a dar alguns passos a mais, sem o desespero existencial

que poderia ser provocado por encontrar-se em um ambiente totalmente estranho, no tocante às suas reações e relações.

A *explicação provisória da realidade* foi tomando formas diferentes e criando uma dimensão bastante ampla no seio dos diversos povos que marcharam da pré-história para a antiguidade.

A antiguidade, como os demais períodos históricos, não recebe uma definição uniforme, nem mesmo unitária, pois a diversidade e a riqueza de culturas fizeram com que vários olhares conceituais repousassem sobre o período antigo e sobre cada povo que formou esse mosaico cultural. Desta forma, o processo civilizatório é um complexo de fatores e situações que não possibilita definições resumidas, suscintas e precisas. Sobre isso afirma Roberts:

“Fica difícil dogmatizar a respeito das origens ou das razões pelas quais as civilizações surgiram. A civilização não apareceu de forma padronizada. Sem dúvida é provável que sempre resulte da junção de uma série de fatores favoráveis de uma área em particular para se lançar em algo suficientemente denso para ser reconhecido depois como civilização, mas não sabemos quais catalizadores ou detonadores funcionam para acelerar o processo.” (Roberts, 2000: p. 76)

Há, porém, algo em comum a todas essas civilizações que iniciaram a caminhada histórica da humanidade: a **explicação provisória da realidade**. Essa explicação provisória foi tomando ares cada vez mais definitivos, ou pelo menos, mais estáticos e acomodados, sendo tais explicações ditadas por alguns indivíduos e aceitas pela maioria (nos diversos campos do saber e do comportamento individual e social). Assim, a aceitação e “perenidade” da explicação provisória foi definida posteriormente pelos estudiosos com uma única palavra: **Mito**. Exemplificando a postura em que um membro do grupo social enuncia uma sentença e, independentemente de sua veracidade ou sentido lógico, os demais acreditam,

encontrar-se-á nas palavras de Rousseau a seguinte explicação para o surgimento da sociedade civil e da propriedade:

“O primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer: ‘Isto é meu’, e encontrou pessoas bastante simples para crê-lo, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.” (Rousseau, 1996.)

Diante dessa afirmação, percebe-se que, para Rousseau, a fundação da sociedade civil (ou da civilização) não está primordialmente na propriedade e na sua existência, ou seja, a civilização nasce quando alguém afirma algo e encontra outros que acreditam na afirmação, sem que, para isso, tal afirmação seja submetida a critérios lógicos de veracidade e aceitação axiológica. Assim, dito algo sobre alguma coisa ou sobre alguém, mistifica-se o que foi dito, como que “engessando” toda possibilidade de reflexão sobre tal afirmação e transformando a afirmação inicial, ou a explicação provisória, em algo estático, mais ou menos definitivo. Criticando contundentemente a situação anteriormente citada, continua Rousseau:

“Quantos crimes, guerras, mortes, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano, aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: ‘Guardai-vos de escutar este impostor; estais perdidos se esquecerdes que os frutos são para todos, e que a terra é de ninguém!’.” (Ibid., 1996)

No **Discurso Sobre as Desigualdade Entre os Homens**, Rousseau explica muito bem o fenômeno do MITO, conforme foi exposto. Porém, o mito tem dimensões maiores e, em outras abordagens, poderão ser esclarecidas mais questões sobre sua realidade conceitual.

Abbagnano aponta três acepções para o termo MITO. Na primeira, o mito é apresentado como forma diminuída de produção racional da atividade intelectual. Destaca Abbagnano que, tanto Platão como Aristóteles, assim concebiam o mito, tendo-o também como o “caminho humano e mais breve da

persuasão”. Nesse sentido, o mito é visto também por Platão como instrumento *didático-pedagógico* para expor e explicar suas teorias filosóficas. Corroborando com a posição de Abbagnano, Morente assim comenta:

“E então constitui-se a dialética propriamente dita em seu segundo momento, que consiste em que os esforços sucessivos do espírito para intuir, para ver, para contemplar, ou, como se diz em grego, *theoréin* (daí provém a palavras ‘teorias’), as idéias, vão-se depurando cada vez mais, aproximando-se cada vez mais da meta, até chegar a uma aproximação, a maior possível, nunca à coincidência absoluta com a idéia, porque esta é algo que se encontra num mundo do ser tão diferente do mundo de nossa realidade vivente, que os esforços do homem para atingir esta realidade vivente, para chegar ao mundo dessas essências eternas, imóveis e puramente inteligíveis que são as idéias, nunca podem ser perfeitamente bem sucedidos.

Tudo isto expõe Platão de maneira viva, interessante, por meio dessas ficções de que tanto gosta. Ele gosta muito de expor seus pensamentos filosóficos sob a forma do que ele mesmo denomina ‘contos’, como os contos que os velhos contam às crianças; denomina-os com a palavra grega *mito*.

Pois Platão gosta muito dos mitos, e para expressar seu pensamento filosófico apela a eles muitas vezes. Assim, para expressar seu pensamento da intuição da idéia e da dialética, que nos conduz a depurar essa intuição, emprega o mito da ‘reminiscência’.”

(Morente, 1983: p. 38) – grifo nosso.

Ainda dentro desta primeira acepção vale destacar que, se de um lado o mito não é capaz de explicar a realidade em sua totalidade, e quando não oposta ao conhecimento lógico, por outro não pode ser de todo desprezado, visto que expressa, já à sua maneira, uma verdade, ainda que em parte, principalmente no que diz respeito à manifestação religiosa e às questões morais:

“A este conceito do mito como verdade imperfeita ou diminuída deve ser unida, frequentemente, a atribuição ao mito de uma validade moral ou religiosa. O que o mito diz, supõe-se, não é demonstrável nem claramente concebível, mas o seu significado moral ou religioso, isto é, o que ensina com respeito à conduta do homem em relação aos outros homens, ou em relação à divindade, resulta claro. Assim diz Platão no *Górgias*, a propósito dos mito morais que aí estão expostos: ‘Talvez estas coisas nos pareçam mito de mulheres velhas e os considerarás com desprezo. E não estaria fora de lugar desprezá-las se com a procura pudéssemos encontrar outras coisas melhores e mais verdadeiras. Mas também os três, tu, Pólo e Górgia que sois os gregos mais sábios de hoje, não conseguis demonstrar que convenha viver outra vida que não esta’. (*Górg.*, 527 a-b).”

(Abbagnano, 1989: p. 644)

Abbagnano entende ainda que esta compreensão do mito como “meia verdade” ou como anteriormente foi denominada de “explicação provisória” é aquilo que, na Alemanha do século XIX, foi entendido pelos naturalistas como sendo **“um produto da mesma atitude teórica ou contemplativa que dará origem à ciência e consiste em assumir um determinado fenômeno natural como chave para a explicação de todos os outros fenômenos. Os fenômenos astronômicos, os meteorológicos e outros foram invocados com este fim. Mais recentemente outra escola sociológica viu no mito sobretudo a lembrança dos acontecimentos passados. Em um e outro caso estas ‘explicações naturalísticas’ do mito. nada mais fazem do que reduzi-lo a uma forma imperfeita de atividade intelectual.”** (Ibid, p.644)

A segunda posição defendida pelo filósofo Abbagnano aponta o mito como uma forma peculiar de se retratar uma realidade, dentro de seu próprio contexto. Assim, o mito não seria uma “imperfeição” da atividade intelectual, mas tão somente uma variação da forma de explicar e expressar uma realidade. Desta forma, não se poderia afirmar como uma verdade definitiva de que seria o mito uma

expressão da fase “pré-lógica”. Poder-se-ia, ao contrário, entender o mito como um conhecimento de lógica própria, com método próprio, calcado principalmente na capacidade humana de imaginar.

Observando neste sentido o caráter existencial e necessário do mito, Buzzi afirma:

“O mito, porém, quando ligado à tarefa de esclarecer a existência-humana-no-mundo, representa uma *forma* autônoma de pensamento, persistente e resistente às invectivas de liquidação feitas pelo saber filosófico e científico. É conhecimento que contém o imediato da experiência numa unidade *fantástica* de difícil acesso. Só o pensamento o alcança, nunca o discurso de filosofia nem o de ciência.”

(Buzzi, 1999: p. 85)

A terceira e última versão apresentada por Abbagnano sobre o mito o remete para a noção de instrumento, ou mais precisamente, de caminho ou canal de transmissão de cultura, tomando assim, o mito, uma perspectiva conceitual de caráter real, antropológico e sociológico. Aceitando relativamente este posicionamento, o antropólogo Roque Laraia, comentando o pensamento de Geertz sobre a temática, acolhe o mito como um conjunto simbólico presente e importante para a compreensão da cultura:

“Assim procedendo, Geertz considera que a antropologia busca interpretações. Com isto, ele abandona o otimismo de Goodenough que pretende captar o código cultural em uma gramática; ou a pretensão de Lévi-Strauss em descodificá-lo. A interpretação de um texto cultural será sempre uma tarefa difícil e vagarosa.

David Scheneider tem uma abordagem distinta, embora em muitos pontos semelhantes à de Geertz. O ponto de vista de Scheneider sobre cultura está claramente expresso em sua introdução do seu livro *American Kinship: A Cultural Account*: ‘Cultura é um sistema de símbolos e significados. Compreende categorias ou unidades e regras sobre relações e

modo de comportamento. O *status* epistemológico das unidades ou ‘coisas’ culturais não depende da sua observabilidade: mesmo fantasmas e pessoas mortas podem ser categorias culturais’.” (Laraia, 1997: p. 64)

1.1 – O Mito e a Linguagem

Independentemente da corrente conceitual à qual se filie para conceituar o mito, ou mesmo para reconhecê-lo como uma forma metodológica de produção do conhecimento, ou de expressão cultural, não se pode, em nenhuma hipótese, deixar de considerar a linguagem como um elemento inerente à própria natureza do discurso mitológico.

Assim, identificar e desvelar os códigos de uma determinada linguagem é desvelar o mito e seu significado. O mesmo vale quando se raciocina de modo contrário, ou seja, desvelar mitos e seus significados equivale a identificar os códigos de uma certa linguagem, pois, como foi dito, o mito é também canal de veiculação de elementos culturais e a linguagem se liga intimamente ao mito por ser o canal de veiculação deste e vice-versa.

Por isso, ao se investigar o mito, investiga-se, necessariamente, a linguagem, visto que esta, como expressão e externalização, não é composta “ingenuamente”. Ao contrário, cada termo da linguagem recebe propositalmente um significado que a torna útil enquanto instrumento de veiculação mítica e de proselitismo dos *valores* que se pretende impor.

Se por um lado Ernest Cassier enxerga o mito e a linguagem como realidades próprias, tendo cada uma suas particularidades, não deixa, este filósofo, de reconhecer o estreito laço entre ambos, quando analisados conjuntamente na história de cada povo. Assim, assevera Cassier:

“A partir deste ponto de vista, a conexão entre a linguagem e o mito surge imediatamente sob nova luz. Não se trata, agora, de simplesmente

derivar um destes fenômenos do outro e assim ‘explicar’ um por meio do outro, pois esta espécie de explicação equivaleria a nivelá-los, despojando-os de seu teor peculiar. Se o mito, segundo a teoria de Max Muller, não é senão a obscura sombra que a linguagem projeta sobre o pensamento, não se compreende então como essa sombra torna sempre a revestir-se com o esplendor de sua própria luz, como pode desenvolver uma vitalidade e atividade inteiramente positivas, diante do que retrocede o que costumamos chamar de realidade imediata das coisas, diante do que até mesmo empalidece a plenitude da existência sensível, empiricamente dada. Como disse Wilhelm von Humboldt, referindo-se à linguagem: ‘O homem vive com seus objetos fundamental e até *exclusivamente*, tal como a linguagem lho apresenta, pois nele o sentir e o atuar dependem de suas representações. Pelo mesmo ato, mediante o qual o homem extrai de si a trama da linguagem, também vai se entretecendo nela e cada linguagem traça um círculo mágico ao redor do povo a que pertence, círculo do qual não existe escapatória possível, a não ser que se pule para outro’.

Isto vale para as representações míticas da humanidade, talvez numa proporção ainda maior do que para a linguagem.” (Cassier, 2000: p. 23)

Mais adiante, ainda refletindo sobre o tema, Cassier reforça novamente a estreita ligação entre o mito e a linguagem:

“E mesmo lá onde, quer a linguagem, quer o mito se colocam acima de semelhante intuição momentânea, presa a um teor sensível e concreto, lá onde rompem as barreiras que originariamente pareciam estabelecidas, permanecem ainda por muito tempo indissolúvelmente unidos. Tão íntima é a conexão que se torna quase impossível distinguir, com base somente em dados empíricos, qual dos dois – o mito ou a linguagem – encabeça a marcha progressiva para o configurar e o conceber universal, e qual deles se limita a acompanhar o outro.

Usener, num capítulo de seu trabalho, um dos mais significativos do ponto de vista filosófico, procurou provar que todos os conceitos gerais da

linguagem tiveram de passar antes por um pré-estágio mítico.” (Ibid: p. 60)

– grifo nosso.

A retomada contemporânea da preocupação com a linguagem, sendo esta um dos mais importantes elementos do processo cognitivo, fez com que o mito fosse aos poucos apartado da linguagem, ficando esta apenas como objeto isolado de estudo dos filólogos e lingüistas. Muitas vezes, como refletiu Buzzi, desde os clássicos até Wittgenstein, pensou-se em pressupostos que dessem à linguagem uma validade universal, assim como se pode falar da matemática¹.

Porém, ao se retormar a situação anteriormente mencionada, aquela em que Rousseau se refere ao indivíduo que, cercando um pedaço de terra, afirmou lhe pertencer e encontrou pessoas ingênuas que acreditassem, identifica-se aí o caminho inverso da perspectiva universal da linguagem, posto que esta se presta a um determinado e explícito objetivo, qual seja o de formar a crença numa situação inverídica e de reduzir sua abrangência simbólica, podendo esta vir a crescer somente se a equivocada crença adquirir raízes de contextos históricos e não mais pela própria força lógica dos termos da linguagem.

Desta forma, a linguagem convive sempre com o dilema de veicular o mito e as expressões axiológicas deste e, por outro lado, de ser ao mesmo tempo o elemento de avanço para o método lógico-científico e de ruptura com o discurso

¹ Não só em Wittgenstein, mas também em Aristóteles encontra-se essa busca do universal.

“À primeira vista, não parece que a proposição assim como é, por exemplo, impressa no papel, seja uma imagem da realidade de que trata. Mas também a notação musical não parece, à primeira vista, uma imagem da música nem a nossa escritura fonética (em letras) parece uma imagem da nossa linguagem falada. Não obstante, estes símbolos se demonstram, também no sentido ordinário do termo, como imagens daquilo que representam”. (Wittgenstein, *L. Tractatus lógico-philosophicus*, 4.001).

“As letras escritas são uma amostragem dos sons da voz. Os sons da voz são uma amostragem das afeições da voz. As letras escritas e os sons não são iguais para todos os homens. Mas o que os sons e as letras mostram são as afeições da alma e as coisas. E tanto estas como aquelas são iguais para todos” (Aristóteles. *De interpretatione*.) (In. Buzzi, 2000: p. 244)

mítico, ou ainda, de fazer com que, em certos momentos, o mito e o método lógico-científico coexistam no mesmo contexto.

Deve-se, assim, entender que a linguagem se coloca dentro de uma verdadeira relação dialética entre o conhecimento mítico e o conhecimento racional, afirmando e negando ambos, às vezes simultaneamente, no curso da história.

Destarte, torna-se imperioso para qualquer área do saber, inclusive para o Direito, que se estabeleça com clareza os limites da relação entre a linguagem jurídica e os mitos, e entre aquela e o que se pode considerar como fruto de um método lógico e racional de conhecimento. Desta forma, mais adiante serão discutidas com maior profundidade estas questões, no universo da produção jurídica. Faz-se, então, necessário afirmar que, se por um lado se estabelece a relação da linguagem com o mito, por outro, é preciso esclarecer o que ocorreu com o chamado conhecimento científico, ou lógico-racional.

1.2 – A Razão e o Conhecimento

Inicialmente, há no processo histórico de formação do conhecimento a predominância da idéia de que o mito era o antônimo da verdade e que todo conhecimento parcial da verdade que dele deriva não poderia conduzir o sujeito cognoscente à realidade do ser.

Desse modo, não só aqueles que investigaram a natureza e suas relações defenderam o afastamento do mito e a aproximação de um método lógico racional, mas também aqueles que mergulharam nas reflexões metafísicas o fizeram tentando dar a essas especulações uma sistematização mais lógica possível, para que tal conhecimento fosse também merecedor de crédito.

Nesse sentido, fazendo um parêntese histórico-filosófico, vale lembrar o esforço da Patrística e da Escolástica, destacando, dentre outros, Agostinho, Guilherme de Ockan, Scoto e tantos filósofos medievais que formaram uma grande

constelação ao lado de Tomás de Aquino, primando todos por uma ordem de pensamento e de expressão deste, ou por um método lógico-racional, que fosse suficientemente claro, para que as verdades da fé fossem facilmente aceitas, como aquelas que já estavam dadas no plano do senso comum, fazendo, assim, com que a “loucura da cruz”, pregada por São Paulo nas cartas testamentárias, não parecesse também um grande absurdo. Comentam Etienne Gilson e Boehner sobre o pensamento tomista e agostiniano:

“Tendo por objeto de estudo das criaturas em si mesmas, a filosofia não chega ao conhecimento de Deus senão a partir delas. A filosofia começa pelas criaturas e termina com Deus. A teologia segue o caminho inverso, considerando as criaturas exclusivamente em sua relação para com Deus; parte de Deus e desce às criaturas. Destarte a teologia segue uma ordem mais perfeita em si mesma, por ser mais semelhante ao conhecimento divino: ‘sic esta perfectior, utpote Dei cognitione similior, qui seipsum cognoscens alia intuetur’.

S. Tomás aduz uma razão mais terminante para distinguir entre as duas ordens de conhecimento: *uma verdade clara e certamente conhecida deixa, ispo facto, de pertencer ao domínio da fé: ‘impossibile est quod de eodem sit fides et scientia’.* Como lembra Agostinho, a fé visa precisamente àquilo que não está presente à razão, isto é, ao que lhe é inatingível. Por conseguinte, todo conhecimento racional, deduzido dos primeiros princípios, foge ao domínio da fé, porquanto se trata de objetos presentes ao entendimento, e por isso mesmo insucentíveis de fé.

A despeito dessa diversidade essencial entre fé e ciência, ou melhor, entre teologia e filosofia, S. Tomás está longe de advogar uma separação prática entre as duas esferas do saber. Ao contrário, demanda uma colaboração íntima entre elas.” (Gilson, 1988: p. 451)

Vale lembrar, ainda, o que foi inicialmente tomado como método lógico-racional, pois somente este, como um “caminho” aparentemente sem falhas, poderia

conduzir o sujeito cognocente à “verdade”². É evidente que historicamente não se pode deixar de considerar que o indivíduo, o qual convivia com o discurso mítico para explicação de toda a realidade, era o mesmo que conseguiu avançar seu trabalho intelectual rumo a uma racionalidade cujo *nexo de causalidade* era o fundamento maior.

Assim, o Ocidente assiste, no início de sua formação intelectual entre os gregos, a uma crescente preocupação com o entendimento dos fenômenos elementares da natureza, estando as mentes preocupadas em estabelecer com clareza os limites entre o *Kosmos* e o *Kaos*, ou em outras palavras, entre a **Ordem**, identificada com o universo e a natureza, e a **Desordem**, como sendo aquela situação do inexplicável que se aproximava do mito. Observe-se:

“As primeiras cosmogonias filosóficas, propostas pelos milesianos e pelos pitagóricos, podem ser vistas como variações do monismo corporalista: a diversidade das coisas existentes provindo de uma única *physis* corpórea (seja água, ou ar, ou unidade numérica). Todavia, a própria divergência entre os pensadores – cada qual apontando um tipo de *arché* e um tipo de processo capaz de transformá-la em tantas e tão diferenciadas coisas – suscitou a necessidade de se investigarem os recursos humanos de conhecimento, buscando-se um caminho de certeza que superasse as opiniões múltiplas e discrepantes. Assim, o binômio unidade/pluridade deslocou-se da esfera cosmológica para reaparecer sob a forma de oposição entre verdade única e multiplicidade de opiniões. Essa encruzilhada do pensamento – que fecundou toda a investigação filosófica posterior – manifesta-se em Heráclito de Éfeso, mas foi sobretudo marcada pela escola de Eléia. O eleatismo, segundo a maioria dos historiadores, é que teria inaugurado explicitamente tanto a problemática lógica quanto a ontológica: as especulações sobre o conhecer e sobre o ser.” (Os pré-Socráticos, 1998: p. 20)

² A questão do “caminho” será, assim como o problema da “verdade”, mais aprofundada, com o uso do termo “método”, ao se trabalhar conjuntamente a relação entre **verdade** e **método**.

Os pré-socráticos, portanto, iniciam um método de reflexão sobre a natureza, numa busca incessante do **nexo de causalidade**, dando, assim, a tônica que norteará toda produção científica futura, sendo que cada escola seguinte buscará, a seu modo e em seu contexto histórico, estabelecer um **padrão** de reflexão que se aproxime da verdade, refutando tudo aquilo que pareça irracional, místico³ e que possa retirar do conhecimento seu caráter de validade universal, reduzindo o entendimento da realidade a uma mera percepção subjetiva ou como resultado de condicionamentos culturais.

Desse modo, também da Grécia foram herdados os modelos platônicos e aristotélicos que permitiram teorizar-se sobre métodos diferenciados de conhecimento, tais como a indução e a dedução, e ainda, se ter, na lógica de Aristóteles, um dos maiores instrumentos de raciocínio para a compreensão da realidade e do próprio pensamento. Referindo-se ao uso de uma linguagem adequada à tarefa da lógica, Copi assim se reporta ao trabalho já realizado por Aristóteles:

“(...) o uso de uma notação lógica especial não é peculiar à lógica moderna. Aristóteles, o fundador dessa disciplina na Antiguidade, usou certas variáveis para facilitar o seu próprio trabalho. A este respeito, embora a diferença entre a lógica moderna e a lógica clássica não seja de essência, mas de grau, a diferença em grau é tremenda. A maior extensão em que a lógica moderna desenvolveu a sua própria linguagem técnica especial tornou-a um instrumento incomensuravelmente mais poderoso para a análise e a dedução.” (Copi,1978: p. 225)

A partir dos gregos o ocidente tem, então, uma seqüência de escolas filosófico-científicas, com linguagens próprias, as quais, sinteticamente, serão expostas para que, nos capítulos seguintes, se possa retomá-las adequadamente.

³ Nesse contexto o conceito de mito se identifica com o primeiro conceito apontado por Abbagnano, e por nós citado anteriormente (página 09).

1.2.1 – O Racionalismo

A modernidade tem, no seu nascedouro, duas grandes vertentes que buscavam explicar o conhecimento, dando-lhe validade e sustentação: o racionalismo e o empirismo.

Não se pode, necessariamente, dizer que o racionalismo seja, no seu todo, um fruto exclusivo do pensamento moderno, visto que entre os antigos suas bases já estavam lançadas. Assim é que se encontra nessa postura filosófico-científica a posição epistemológica que aponta na razão e no pensamento a maior e mais genuína fonte de conhecimento, sendo este logicamente necessário e universalmente válido. Nesse sentido, assegura Hessen:

“Daqui resulta, portanto, que os juízos fundados no pensamento, os juízos que procedem da razão, possuem necessidade lógica e validade universal; os outros, pelo contrário, não a possuem. Todo o verdadeiro conhecimento se funda deste modo – assim conclui o racionalismo –, no pensamento. Este é, por conseguinte, a verdadeira fonte e base do conhecimento humano.

Uma forma determinada do conhecimento serviu evidentemente de modelo à interpretação racionalista do conhecimento. Não é difícil dizer qual é: é o conhecimento *matemático*.” (Hessen, 1980: p.62)

Destaca, ainda, Hessen o nascimento do racionalismo com a concepção platônica no tocante ao idealismo como centro orientador de uma teoria do conhecimento, ou seja, pode-se encontrar em Platão a necessidade de se pensar em seu raciocínio lógico que oriente o pensamento para idéias (ou conceitos) de

validade universal, distintas daquelas que se formula pelo simples contato com o mundo através dos sentidos⁴.

Embora tenha influenciado Santo Agostinho, o racionalismo, que em Plotino tem os conceitos gerais e universais no *Nus* cósmico (no espírito do universo), encontra também em Santo Agostinho a noção dos conceitos perfeitos, nas idéias do Deus criador dentro da ótica cristianizada do conhecimento e de sua origem.

Mas somente na modernidade é que o *método cartesiano* iria marcar definitivamente a teoria do conhecimento, estabelecendo pressupostos rigorosos que determinariam, segundo esta escola, o método para se alcançar a verdade, como resultado do processo cognitivo. Assim, não seria outra ciência, senão a **matemática**, aquela que deveria demonstrar a exatidão do método cartesiano⁵.

Desta forma, o racionalismo, juntamente com o empirismo estabeleceriam entre si dezenas de décadas para o conflito, na luta pelo trono do saber inquestionável.

⁴ Há de se lembrar necessariamente nesse particular toda a construção filosófica apresentada com a teoria do “mundo das idéias” e a representação do Mito da Caverna.

“A caverna-prisão é o mundo das coisas visíveis, a luz do fogo que ali existe é o Sol, e não me terás compreendido mal se interpretares a subida para o mundo lá de cima e a contemplação das coisas que ali se encontram

Aplicação da alegoria

com a ascensão da alma para a região inteligível; essa é a minha humilde opinião, que expresso porque assim mo pediste, e que só a divindade sabe se está certa ou errada. Seja como for, a mim me parece que no mundo inteligível a última coisa que se percebe é a idéia do bem, e isso com grande esforço; mas, uma vez percebida, forçoso é concluir que ela é a causa de todas as coisas retas e belas, geradora da luz e do senhor da luz no mundo visível e fonte imediata da verdade e do conhecimento no inteligível; e que há de tê-la por força diante dos olhos quem deseje proceder sabiamente em sua vida privada ou pública.” (Platão, 1996: p. 256)

⁵ Granger, ao comentar a utilização da matemática no racionalismo cartesiano, expõe:

“As regras do método que o filósofo quer aplicar universalmente não aparecem em parte alguma de maneira mais manifesta do que no raciocínio matemático. E se quiser comparar os procedimentos de que ele realmente lança mão em sua *Geometria* aos preceitos do *Discurso* e das *Regulae*, não se pode deixar de notar que estas últimas reproduzem e generalizam as regras de sua técnica algébrica. Dividir a dificuldade, ir do simples ao complexo, efetuar enumerações completas, é o que observa rigorosamente o geômetra quando analisa um problema em suas incógnitas, estabelece e resolve suas equações. A originalidade de Descartes consiste em ter determinado, de forma por assim dizer canônica, essas regras de manipulação que somente se esboçam em seus contemporâneos na sua aplicação particular às grandezas, e de havê-las ao mesmo tempo oposto e substituído à Lógica da Escola, na qual vê apenas um instrumento de retórica, inutilmente sofisticado. (Os Pensadores, ano: p. 11)

Descartes, Leibniz, Vico e tantos outros, nas décadas seguintes encontrariam no racionalismo matemático o método universal da verdade, em oposição ao empirismo, que também ganhou espaço na modernidade. Todavia, é na obra de Newton que a matemática, como método principal de investigação do mundo, se concretiza nas pesquisas no campo da física.

A física cinemática, que no universo cartesiano se restringiu a algumas idéias sobre a noção de movimento⁶ e ótica, foi expressivamente ampliada por Isaac Newton a partir de suas três leis iniciais e deu sustento, não só à física moderna, mas a toda uma concepção de ciência que norteou a era antecedente à incursão da dialética no terreno científico, bem como o relativismo de Einstein.

1.2.2 – O Empirismo

Tomando para suas reflexões o contato com o mundo, a partir dos sentidos, e a captação da realidade palpável e experimental como necessidade prévia

⁶ “O segundo princípio fundamental deriva da perfeição e imutabilidade de Deus: é o princípio da constância da quantidade de movimento. Esta quantidade de movimento é definida como o produto da ‘grandeza’ de um corpo, que mede sua quantidade de matéria por sua velocidade instantânea, contada independentemente de sua direção.

Da imutabilidade divina seguem-se ainda três leis básicas da natureza:

1º Que toda alteração do estado de movimento de um corpo pressupõe uma causa.

2º Que todo corpo que se move tende a continuar seu movimento em linha reta. Estas duas leis constituem o primeiro enunciado preciso do princípio de inércia.

3º Que se um corpo móvel encontra um outro (imóvel) ‘mais forte’ do que ele, nada perde de sua quantidade de movimento, mas apenas muda de direção; se encontra um ‘mais fraco, perde tanto movimento quanto imprime ao outro.

A partir destes princípios estabelece-se a Mecânica cartesiana, que se reduz, como se vê, a uma teoria da comunicação dos movimentos, ou seja, do *choque* dos corpos. Toda a Física deverá, pois, apresentar-se como uma tentativa heróica de deduzir daí a diversidade dos fenômenos.”

“Há aí, como se sabe, duas dificuldades que a mecânica de Leibniz e a de Newton trarão à plena luz. De um lado, não é a simples extensão que intervém nas leis do movimento, mas a *massa*, propriedade dinâmica da matéria. De outro, não se pode dissociar a grandeza das velocidades de sua direção: é preciso figurá-las como grandezas vetoriais, e não como grandezas escalares. Por outro lado, a definição estritamente relativistas do movimento, ligada a um ponto de referência local, não é de modo algum clara se examinarmos suas conseqüências, pois parece então que a quantidade de movimento em um sistema perde toda a significação. Mas a discussão dessa dificuldade de interpretação do mecanismo cartesiano nos arrastaria demasiado longe.” (Os Pensadores, Descartes, 1996: p. 45/46)

para a formação de qualquer conceito, o empirismo nasce e cresce na “contra-mão” do racionalismo.

Se entre os gregos, estóicos e epicuristas já se acenava tal postura como método de conhecimento válido, na modernidade o empirismo ganha força e dimensão, com destaque, na filosofia inglesa.

Para Bacon, uma nova ordem lógica era necessária para que a ciência existisse como tal e pudesse produzir um conhecimento verdadeiro. Tal ordem, como toda a mentalidade expressa em sua obra, deveria ter no *Novum Organum* a experimentação como porta de entrada para qualquer conceito que queira se tornar uma lei de caráter universal. Retratando esta concepção baconiana, Durant comenta:

“A filosofia ficou estéril por tanto tempo, diz Bacon, porque precisava de um novo método para torná-la fértil. O grande erro dos filósofos gregos foi passarem tanto tempo dedicados à teoria, e tão pouco à observação. Mas o pensamento deve ser o auxiliar da observação, não o seu substituto. ‘O Homem’, diz o primeiro aforisma no *Novum Organum*, como se lançado um desafio a toda a metafísica, ‘como ministro e intérprete da natureza, faz e compreende aquilo que suas observações da ordem da natureza (...) lhe permitem; e não sabe nem é capaz de mais.’ Os predecessores de Sócrates eram, quanto a isso, mais completos do que seus seguidores; Demócrito, em particular, tinha um faro para os fatos, e não olhos para as nuvens. Não admira que a filosofia tenha avançado tão pouco desde a época de Aristóteles; ela tem usado os métodos de Aristóteles. ‘Passar além de Aristóteles usando a luz de Aristóteles é pensar que uma luz tomada por empréstimo pode aumentar a luz original de onde ela é tomada.’ Agora, depois de dois mil anos de retalhar a lógica com a maquinaria inventada por Aristóteles, a filosofia decaiu tanto que ninguém irá respeitá-la. Todas essas teorias, teoremas e controvérsias medievais devem ser jogados fora e esquecidos; para se renovar, a filosofia deve começar tudo a zero e com a mente purificada.” (Durant, 1997: p. 137)

O empirismo também encontrou em outro filósofo inglês, Locke, elementos que lhe dariam sustentabilidade teórica fazendo com que as bases deste modelo epistemológico estivessem devidamente solidificadas para se consolidarem como oposição ao racionalismo. Assim, Hessen, valorizando Locke como iniciador do empirismo, ressalta:

“Mas o desenvolvimento sistemático do empirismo é obra da Idade Moderna, e em especial da filosofia inglesa dos séculos XVII e XVIII. O seu verdadeiro fundador é John Locke (1632 – 1704). Locke combate com toda a decisão a teoria das idéias inatas. A alma é um «papel em branco», que a experiência cobre pouco a pouco com os traços da sua escrita. Há uma experiência externa (sensação) e uma experiência interna (reflexão).”

(Hessen, 1987: p. 70)

Locke, por sua vez, deixa claro seu posicionamento no que concerne à formação dos conceitos. Assim, quanto ao início e à continuidade do processo cognitivo, vinculado à experiência, ao mundo perceptível através dos sentidos, comenta o filósofo, após criticar a teoria das idéias inatas, em seu *Ensaio acerca do Entendimento Humano*, que é a experiência a “porta de entrada” para qualquer que seja a futura elaboração do pensamento:

“1. Idéia é o objeto do pensamento. Todo homem tem consciência de que pensa, e que quando está pensando sua mente se ocupa de idéias. Por conseguinte, é indubitável que as mentes humanas têm várias idéias, expressas, entre outros, pelos termos brancura, dureza, doçura, pensamento, movimento, homem, elefante, exército, embriaguez. (...)

2. Todas as idéias derivam da sensação ou reflexão. Suponhamos, pois, que a mente é, como dissemos, um papel em branco, desprovida de todos os caracteres, sem nenhuma idéia; como ela será suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os

matérias da razão e do conhecimento? A isso respondo, numa palavra: da experiência. (...)

Dessa duas fontes de conhecimento jorram todas as nossas idéias, ou as que possivelmente teremos.” (Locke, 1997: p. 57)

1.2.3 - Racionalismo, Empirismo e Modernidade.

Conforme a breve exposição sobre o racionalismo e o empirismo, expostos como marcas fundamentais de filosofia moderna, não se pode deixar de considerar, também, até para posterior reflexão, o contexto do surgimento e da afirmação de tais modelos filosófico-científicos de busca de conhecimento válido, verdadeiro e universal.

Destacando a modernidade e sua filosofia como um salto histórico sem precedente, a filósofa Marilena Chauí sintetiza, em três momentos distintos, o valor do surgimento e afirmação do racionalismo e do empirismo, em que pese expressar divergências metodológicas e de conteúdo evidenciadas em cada uma dessas escolas.

A modernidade, segundo Marilena Chauí, não pode ser marcada no seu início e formação, cronologicamente por esse ou aquele acontecimento ou por essa ou aquela escola de pensamento, mas por um conjunto de situações que, articuladas como engrenagens, possam ser chamadas de modernidade.

Dessa maneira, formando um “pano de fundo” para o pensamento filosófico e científico tem-se na **Unificação dos Estados**, na **Reforma Protestante** e no **Renascimento Cultural**, os elementos de um novo cenário que, frente ao contexto medieval marcado pela intolerância religiosa e cerceamento relativo de certas possibilidades de saber, traz avanços significativos sobre a concepção de homem e de conhecimento que doravante seria produzido e pondo, evidentemente,

em xeque os dogmas e verdades que já estavam pré-estabelecidos pela cristandade medieval.

Assim, retomam-se os três aspectos importantes da filosofia moderna que expõe Marilena Chauí. Comenta a autora, aceitando o posicionamento de Hegel sobre o tema:

“Em seu livro História da Filosofia, Hegel declara que a filosofia moderna é o nascimento da Filosofia propriamente dita porque nela, pela primeira vez, os filósofos afirmam:

1) que a filosofia é independente e não se submete a nenhuma autoridade que não seja própria razão como faculdade plena de conhecimento. Isto é, os modernos são os primeiros a demonstrar que o conhecimento verdadeiro só pode nascer do trabalho interior realizado pela razão, graças a seu próprio esforço, sem aceitar dogmas religiosos, preconceitos sociais, censuras políticas e os dados imediatos fornecidos pelos sentidos. Só a razão conhece e somente ela pode julgar-se a si mesma;

2) que a filosofia moderna realiza a primeira descoberta da Subjetividade propriamente dita porque nela o primeiro ato de conhecimento, do qual dependerão todos os outros, é a *Reflexão* ou a *Consciência de Si Reflexiva*. Isto é, os modernos partem da consciência da consciência, da consciência do ato de ser consciente, da volta da consciência sobre si mesma para reconhecer-se como sujeito e objeto do conhecimento e como condição da verdade. A consciência é para si mesma o primeiro objeto do conhecimento, ou o conhecimento de que é capacidade de e para conhecer;

3) que a filosofia moderna é a primeira a reconhecer que, sendo todos os seres humanos seres conscientes e racionais, todos têm igualmente o direito ao pensamento e à verdade.” (Chauí, 1984: p.80/81)

Frente a esse contexto, há de se observar que, independentemente do método ou da escolha que se faça entre uma e outra escola, o problema da verdade, na modernidade, esteve sempre vinculado a um determinado contexto histórico e,

conclui Marilena Chauí, que o grande momento da filosofia moderna está sintetizado na perspectiva cartesiana de valorização do pensamento, como única força individual capaz de gerar uma revolução de mentalidades:

“A primeira intuição evidente, verdade indubitável de onde partirá toda a filosofia moderna, concentra-se na célebre formulação de Descartes: ‘Penso, logo existo’ (*cogito, ergo sum*). O pensamento consciente de si como ‘Força Nativa’ (a expressão é de Espinosa), capaz de oferecer a si mesmo um método e de intervir na realidade natural e política para modificá-la, eis o ponto fixo encontrado pelos modernos.” (Ibid: p. 81)

1.2.4 – O Criticismo

Perdurando por mais de dois séculos os embates entre o racionalismo e o empirismo, prevalecendo sempre as questões, **O que pode ser conhecido?**, **Como se pode conhecer?** e, **Qual a validade do conhecimento?**, constata-se a preocupação e o esforço filosófico no sentido de sintetizar criticamente os posicionamentos divergentes, possibilitando até uma relativa concordância entre ambos, no que concerne ao resultado final do processo cognitivo.

Tem-se, portanto, em Kant, um esforço para apresentar uma teoria do conhecimento que, pautada por uma independência ideológica, tem apenas o compromisso com a razão e a formação de um conhecimento válido e o mais próximo possível da verdade.

Inicia, então, Kant, o trabalho de construção da sua teoria do conhecimento distinguindo o que vem a ser um juízo analítico e um juízo sintético.

No primeiro, tem-se o que poderia ser chamado de uma **Tautologia**, visto que o predicado está contido no sujeito. Assim, ao falar deste, conceituando-o, estaria-se falando também daquele. O clássico exemplo é o do triângulo, visto que ao se dizer que o triângulo tem três ângulos, não se pode separar sujeito e predicado e analisar um independente do outro, ou seja, qualquer figura geométrica contendo

três ângulos, será sempre o triângulo. Portanto, fica expresso um juízo analítico, posto que tudo que se pode dizer em relação ao predicado, é dito no sujeito.

Quanto aos juízos sintéticos, a separação entre sujeito e predicado é evidente, ficando claro que a conceituação de um não implica, necessariamente, na conceituação do outro. Desse modo, quando se diz, por exemplo, que o frio faz os corpos se contraírem, não se pode encontrar dado algum no conceito de frio que permita supor de imediato que os se corpos contraíam diante dele, ficando tal observação somente realizável no campo da experiência, obedecendo, dessa forma, a percepção sensorial que cada um faz do mundo.

A ciência, por sua vez, não poderia estar fundada exclusivamente numa ou noutra modalidade de juízo, visto que, se pautada nos juízos analíticos, pouco ou nada avançaria, porquanto não diria mais do que já foi dito, num puro exercício tautológico. Por outro lado, se fundada tão somente nos juízos sintéticos, jamais alcançaria os pressupostos de validade universal, uma vez que o conhecimento ficaria restrito à experiência de cada um, num subjetivismo sem uniformidade qualquer.

Enquanto área do saber que pretende produzir e expressar um conhecimento de validade universal e tido como verdadeiro, a ciência deve se utilizar de juízos sintéticos “*a priori*”.

Para Kant, então, são juízos sintéticos *a priori*, aqueles que possibilitam o conhecimento. Destarte, este não é determinado pelo objeto a ser conhecido mas, ao contrário, as condições de conhecimento é que determinam o objeto da investigação. Dessa maneira, algumas noções devem *a priori* existir para que mesmo as concepções mais universais da matemática e da física possam ser investigadas. Logo, não se pode pensar e conhecer qualquer relação matemática e física sem que previamente não se tenha a noção de **Espaço** e **Tempo**, afirmando-se, portanto, a idéia de que não se concebe a noção de **Espaço** e **Tempo** através do conhecimento matemático ou da experiência física, mas estes só são possíveis se inicialmente o

sujeito cognocente já possuir conceituação prévia daqueles, conceituação esta que traz em si um caráter de universalidade válido para todas as pessoas.

Destes dois juízos *a priori* decorrem os demais que, na “analítica transcendental”⁷, são longamente explorados e estão classificados ou organizados em quatro grupos:

1. quantidade (universais, particulares e singulares)
2. qualidade (afirmativos, negativos e indefinidos)
3. relação (categóricos, hipotéticos e disjuntivos)
4. modalidade (problemáticos, assertórios e apodícticos)

Advertindo que a aceitação de juízes sintéticos *a priori* não pode ser vista na mesma linha apregoadá por Locke sobre o *inatismo*, comenta Reale:

“Não é demais advertir que o *a priori* kantista não equivale a ‘inato’, nem tampouco significa algo que preceda no tempo à experiência. Corresponde, antes, ao que é independente da experiência individual. Representa, ao mesmo tempo, a forma legal ou constitutiva da experiência mesma, pois é a consciência cognoscente (considerada *universalmente*, e não como consciência deste ou daquele outro indivíduo) que, segundo Kant, cria de certa forma os objetos, segundo leis que lhe são anteriores e próprias, ordenando o mundo disperso ou informe das sensações ‘recebidas’, segundo as formas do espaço e do tempo, e os enlaces das ‘categorias’.” (Reale, 1999: p. 108)

A síntese a que Kant se propôs fazer, evidentemente, vai além da formulação dos juízos sintéticos *a priori*. Sua obra caminha para novos postulados de ordem metafísica e moral e fundamenta uma nova postura ética. Porém, com a crítica kantiana (que possibilitou a estruturação do pensamento de Husserl, Sheler, Hartmann, dentre outros) abrem-se as portas para três outras posturas epistemológicas de profundo interesse para o século XX e particularmente para o

⁷ Capítulo I da Crítica da Razão Pura.

Direito, como mais adiante se poderá demonstrar em relação a este, especialmente no campo processual. Trata-se aqui de se revistar o método dialético (particularmente de Hegel e Marx) e o Positivismo de Augusto Comte e a fenomenologia.

1.2.5 – A Dialética

Ao mesmo tempo em que aprofundou a síntese kantiana enquanto proposta de um método eficaz de conhecimento, Hegel, retomando na filosofia dos pré-socráticos as idéias de movimento inerente ao ser, difundidas por Heráclito de Éfeso, propôs a estruturação do método dialético, atraindo para si e sua teoria do conhecimento os rótulos ora de idealista, ora de racionalista.

Desse modo, entende Hegel que o conhecimento só pode ocorrer dentro do movimento do pensamento, buscando este abstrair do ser concreto o que lhe transcende como conceito e tal conceito surge como resultado de um processo que tem como ponto de partida uma **Afirmção**, seguida por uma **Negação** e finalizando na **Negação da Negação**, ou seja, a **Tese**, ao ser exposta, já pressupõe sua contradição, sua Antítese que, pela lógica do próprio movimento conflitual, gerará a **Síntese** que seguirá indefinidamente⁸ a trajetória do aperfeiçoamento. Reale, ao comentar a proposta de conhecimento de Hegel, afirma.

⁸ Defendendo seu método dialético, particularmente em avanço à filosofia platônica, assinala Hegel o caráter universal dos conceitos derivados da lógica dialética:

“Al principio motor del concepto, no sólo como disolvente sino también productivo de la especificación de lo universal, yo lo llamo *Dialéctica* – en consecuencia Dialéctica, no en el sentido de que ella disuelva, enrede y lleve aquí y allá un objeto, un principio dado en general al sentimiento o a la conciencia inmediata y trate sólo con la deducción de su opuesto –, manera negativa tal como aparece, también, en Platón (1). Esta dialéctica negativa puede considerar como resultado final lo opuesto de una concepción, o la contradicción decidida de sí misma – como el antiguo escepticismo –, o también, pobremente, una aproximación a la verdad, que es la moderna imperfección. La más alta Dialéctica del concepto es producir y concebir la determinación – no como oposición y límite simplemente –, sino comprender y producir por sí misma el contenido y el resultado positivos, en cuanto mediante esse proceso únicamente ella es desarrollo y progreso inmanente. Esta dialéctica no es, pues, la actividad externa de un pensar subjetivo, sino el alma propia del contenido, que hace brotar orgánicamente sus ramas y sus frutos. De este desenvolvimiento de la Idea, en cuanto actividad propia de la misma razón, el pensamiento como subjetivo sólo es espectador, sin añadir nada de su parte. Considerar

Dessa forma pode-se, como Hegel, concluir que a compreensão dissociada do conhecimento, que isola o empírico de um lado e o racional de outro, não seria logicamente possível, valendo para Hegel sempre a máxima de que todo real é racional, assim como todo racional é real.

Historicizando o método hegeliano, inserindo-o na trajetória da humanidade e percebendo a contradição nos interesses opostos das classes sociais, que se revestem como peça da engrenagem do motor que movimenta a história, Marx e Engels redirecionam o método dialético para aquilo que denominaram de **materialismo histórico-dialético**.

Na vertente histórico-política o materialismo histórico-dialético consiste em superar o capitalismo real pelo socialismo projetado com vistas a um comunismo ideal (como síntese do embate resultante entre o capitalismo e o socialismo), havendo então, total superação do Estado.

Complementada pela colaboração de Lenin, a proposta de Marx toma corpo com a Revolução Russa de 1917 e também seu trabalho ganha status de modelo científico de produção de conhecimento, com a vinculação deste “modelo” aos modelos políticos recém-inaugurados após a Revolução de 1917 que se estendem pelo leste Europeu e pela Ásia. Assim, passou-se a ter, nesses países, uma “filosofia oficial”, orientada para uma única possibilidade metodológica. Burlatski, um dos autores oficiais do (ex) Estado Soviético, assim comentou a respeito da interação entre as ciências e o método dialético:

“A segunda função é a metológica. ‘A dialéctica representa para as ciências naturais modernas, escreveu Engels, a mais importante forma do pensamento pois só ela oferece um análogo e, por conseguinte, o método de explicação dos processos do desenvolvimento que se realizam na natureza, da ligação geral da natureza e da transição duma esfera da pesquisa para a

algo racionalmente, no significa traer la razón al objeto desde fuera y elaborarlo con ella, sino, significa que el objeto es, por sí mismo, racional; aquí es el espíritu en su libertad de culminación suprema de la razón autoconsciente, la que se da realidad y se crea como mundo existente: la ciencia sólo tiene la tarea de llevar a la conciencia este trabajo propio de la razón de la cosa.” (Hegel, 1937: p. 61).

outra'. Foi precisamente, por isso, que Lénine apontou continuamente para a necessidade da assimilação consciente do materialismo dialético.

Esta função metodológica da dialéctica materialista contribui para o desenvolvimento das ciências particulares, incluindo as ciências naturais.”

(Burlatski, 1987: p. 113)

E prossegue Burlatski no entendimento de que a lógica da dialéctica que ampara a produção do conhecimento no âmbito das ciências naturais não pode estar dissociada das ciências sociais, do seu contexto histórico:

“A terceira função da dialéctica materialista em relação as ciências naturais diz respeito à *concepção do mundo*. Ela distingue-se pela sua capacidade de utilizar os conhecimentos do cientista não só relativamente à realidade concreta com que lida, mas no quadro dum sistema mais amplo de ligações da realidade, incluindo as ligações histórico-sociais” (Ibid: p)

1.2.6 – O Positivismo

Pretendendo apresentar uma resposta definitiva para o problema do método científico, para um conhecimento verdadeiramente válido e ainda para a explicação e organização da conduta humana, observando o indivíduo enquanto humano e enquanto integrante do grupo social, Augusto Comte apresentou para a França e para o mundo, no século XIX, as bases de uma filosofia, por ele denominada de ciência positiva, ou como ficou definitivamente conhecida: **Positivismo.**

No campo do conhecimento, Comte elegeu a matemática como “rainha” de todas as ciências, destacando a validade universal de seus postulados, daí colocando-a no pedestal maior e classificando-a como o protótipo para as demais.

Desta maneira, num século conturbado pelo desejo de cada área de saber atingir o **status** de ciência no mundo acadêmico, destacando cada uma seus “**méritos metodológicos**” para produzirem algo que se supunha científico, o positivismo de Comte impõe para a matemática o título de “ideal da perfeição” e em ordem de afastamento gradual da matemática, passa Comte a classificar as demais ciências (astronomia, física, química e assim por diante) até aquelas “quase ciência” e as “não ciência”, porque totalmente distantes da matemática, calcadas em postulados subjetivos e desprovidos de qualquer vocação para a universalidade de seus conceitos, situação bem característica das **humanidades**.

Aceito inicialmente no meio intelectual francês e ganhando força no estrangeiro⁹, o positivismo apresentava também uma concepção de sociedade onde as relações entre as classes já deveriam estar previamente demarcadas, cumprindo cada uma seu papel dentro do que Comte denominou de física social. Mantendo-se tais estruturas em **Ordem**, poder-se-ia, somente assim, atingir o **Progresso** almejado por todos.

No âmbito científico observou-se o surgimento, no final do século XIX e início do século XX, de escolas positivistas no interior de cada área do saber. A título de exemplo destaca-se, no campo da sociologia, a escola norte-americana privilegiando uma análise social vinculada intimamente com a estatística. Na Psicologia, o comportamentalismo (ou behaviorismo) torna-se modelo de entendimento, formação e até de controle das “personalidades desajustadas”. A vertente humana da Economia, só recentemente retomada¹⁰, sucumbiu diante dos gráficos da matemática financeira e os demais saberes próximos ao homem e suas relações seguem na mesma trilha de busca de conceitos universais para serem reconhecidos como ciência. Inclusive o Direito assenta suas esperanças na obra de

⁹ No Brasil o positivismo chegou pela época do Império de D. Pedro II e ganhou forças nas academias militares (nos centros de formação de oficiais) e nas Faculdades de Direito do Lago de São Francisco – São Paulo e de Recife – Pernambuco. Dessa forma, sob o lema positivista da ORDEM e PROGRESSO e incentivada pelas teorias Benjamim Constant e outros, nasceu a República Brasileira.

¹⁰ Essa vertente humana da Economia está bem representada contemporaneamente na obra de Amartya Sen, economista indiano que recebeu o Prêmio Nobel em 2001.

um ou outro teórico, na expectativa de que sua dogmática pudesse estar fundamentada em conceitos e princípios universais válidos para qualquer povo, independentemente de seus valores e de sua cultura. Na afirmação de suas idéias sobre as ciências, Comte escreve:

“Ciência matemática deve, pois, constituir o verdadeiro ponto de partida de toda educação científica racional, seja geral, seja especial, o que explica o uso universal, que se estabeleceu desde há muito a esse propósito, de uma maneira empírica, embora não tenha primitivamente outra causa que sua maior ancianidade relativa. Devo me limitar, neste momento, a uma indicação muito rápida dessas diversas considerações, que serão o objeto especial da lição seguinte.

Determinamos exatamente nesta lição, não conforme vãs especulações arbitrarias, mas como assunto de um verdadeiro problema filosófico, o plano racional que nos deve guiar constantemente no estudo da filosofia positiva. Como resultado definitivo temos a matemática, a astronomia, a física, a química, a fisiologia e física social; tal é a fórmula enciclopédica que, dentre o grande número de classificações que comportam as seis ciências fundamentais, é a única logicamente conforme à hierarquia natural e invariável dos fenômenos.” (Comte, 1998: p. 68)

Assim, o positivismo angariou forças e adeptos para estar presente até os dias atuais, no cenário epistemológico e científico, particularmente no Direito¹¹, visto que na sua produção desenvolvida no Brasil do século XX, pouco se pode falar sobre as influências de outras correntes filosóficas, ficando estas isoladas a autores ou faculdades.

¹¹ A respeito de Kelsen, sem dúvida o maior destacado representante da versão positivista do Direito, escreveu Bittar:

“Com os pilares teóricos fixados no método positivista é que Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) procurou delinear uma Ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. Assim, alhear o fenômeno jurídico de contaminações exteriores a sua ontologia seria conferir-lhe cientificidade. Nesse sentido, o isolamento do método jurídico seria a chave para autonomia do Direito como ciência. Dessa forma, por meio das ambições de sua teoria, ter-se-ia uma descrição do Direito que correspondesse apenas a uma descrição pura do Direito.” (Bittar, 2000: p. 324)

1.2.7 – A Fenomenologia

O século XX foi, de fato, o século das grandes revoluções teóricas e, principalmente, o século em que conviveram posições e métodos científicos distintos. Não só positivistas ou adeptos do materialismo histórico-dialético se afirmavam nas academias, mas outros, com igual força e importância, expunham sua forma de ver o mundo, como é o caso da **Fenomenologia**.

Encontrando em Husserl um de seus maiores expoentes, a fenomenologia aponta traços do platonismo e da filosofia cartesiana na construção de uma teoria do conhecimento frontalmente oposta ao psicologismo do século XIX, no qual o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido se confundiam, fazendo com que o conhecimento aceito fosse tão somente o resultado de uma subjetividade pouco rigorosa. Com a fenomenologia, o primeiro passo para um conhecimento válido é o conhecimento da **intencionalidade**, ou seja, o pensar está sempre dirigido a algo com pretensões sobre esse algo, assim o pensar nunca é aleatório. Nesse sentido afirma Triviños:

“A idéia fundamental, básica, da fenomenologia, é a noção de *intencionalidade*. Esta intencionalidade é da consciência que sempre está dirigida a um objeto. Isto tende a reconhecer o princípio de que não existe objeto sem sujeito” (Triviños, 1987: p. 42)

Ao contrário do psicologismo, a fenomenologia aponta para a possibilidade de se conhecer a essência do objeto, o **Eidos**, na medida em que se reconhece a distinção entre a consciência e o objeto, e percebendo naquela sua transcendência em direção ao objeto, que por sua vez deve ser descrito de tal forma que se possa separar o que é evidente ou acessório, restando tão somente sua

essência (Assim retoma Husserl, de certa forma, o método cartesiano)¹². Porém, há de se estabelecer, nesse processo, que a consciência e o processo cognitivo – **Noesis** – podem ter duas vertentes. Uma passiva e outra ativa. A **Noesis** passiva **capta o que já está** dado, recebendo o objeto – **Noema**, como algo estático. A **Noesis** ativa busca o significado que está além do **Noema**.

Demonstrando como a fenomenologia de Husserl se coloca como método científico capaz de chegar à verdade, a filósofa Marilena Chauí comenta:

“A unidade entre o ato de conhecer e o objeto que é conhecido encontra na fenomenologia, na ciência do fenômeno, isto é, da consciência enquanto manifestação de si mesma e das significações objetivas, a possibilidade de instauração da ‘filosofia como uma ciência rigorosa’. Assim, a descrição do vivido, dos atos intencionais da consciência e das essências que eles visam, isto é, dos correlatos intencionais – enfim, a disciplina que poderá fundamentar a lógica –, é a fenomenologia. Esta não considera, de maneira inseparável, o fato e o objeto que ele visa, mas estabelece sua união mediante a estrutura básica da consciência, a intencionalidade, que revela a impossibilidade de um ato da consciência não ter um objeto, não visar um objeto. Isto não significa, contudo, que a consciência vise seus objetos de uma mesma maneira, nem também que esses objetos se apresentem para a consciência de um mesmo modo. É nesse ponto que o papel da fenomenologia se destaca: cabe a ela distinguir, revelar o que há de essencial na percepção, na recordação, na imaginação.” (Chauí, 1998: p. 8. In Husserl)

¹² Desta maneira Reale destaca a aproximação de Husserl com o pensamento cartesiano:

“Na descrição do objeto, devemos, por isso, ir colocando entre parêntesis tudo o que se ponha ao espírito como sendo evidentemente acessório, em uma seleção gradual que tenha em vista tão-somente destacar as notas essenciais ou *eidéticas* relacionadas entre si por fundamentação necessária. No dizer de Husserl, por um momento se pratica a *dúvida metódica*; duvida-se metodicamente de tudo o que não se ofereça como evidente na consciência, na relação institucional.” (Reale, 1999: p. 363)

E a respeito da redução fenomenológica, esclarece a filósofa:

“Husserl distingue dois níveis ou momentos da redução. No primeiro, a redução consiste em buscar o significado ideal e não empírico dos elementos empíricos. É uma redução eidética que procura *essências* ou significados. Segundo Husserl, toda ciência (empírica ou pura) deve ser antecedida por uma investigação eidética que defina a essência ou estrutura necessária do objeto a ser estudado. Assim, antes da psicologia deve vir uma psicologia eidética ou fenomenológica que apresente a essência do psíquico; antes da física, uma física eidética que faça a mesma descrição da essência do físico; e assim por diante. No segundo momento, porém, a redução é transcendental porque visa à essências ideais. É nesse nível que noesis e noemas se revelam como absolutamente *a priori*.”(Ibid:p. 10)

Em síntese, pode-se dizer que a fenomenologia de Husserl deixou marcas profundas na filosofia e na ciência do século XX, bastando observar seus reflexos na obra de Meleau – Ponty, Sartre, no círculo de Viena, dentre outros.

À vista do exposto, percebe-se que, tentando superar o conhecimento mítico, o ocidente, em dois mil e quinhentos anos de caminhada filosófica, buscou descobrir, inventar ou estabelecer linguagens metodológicas que dessem aos usuários destes métodos, instrumentos suficientes para que eles pudessem crer que seu trabalho cognitivo realmente os levaria à verdade ou ao menos os colocaria o mais próximo possível dela.

Assim, diante do mito, da linguagem e dos diversos métodos ou “teorias do conhecimento”, impõe-se agora, antes de se adentrar na temática referente ao Direito Processual Penal, que previamente seja abordado o problema da **Verdade**, observando esta no contexto filosófico e científico, visto que tal problema será de fundamental importância no resultado da investigação sobre a validade do método processual.

2 – A VERDADE

Como parte da temática deste trabalho, o problema da verdade será posteriormente abordado dentro do contexto do Direito Processual Penal. Todavia, faz-se necessário que, inicialmente, seja a verdade enfocada no contexto filosófico-científico pois, nesta seara, encontram-se as fontes primárias para a discussão do problema.

A pretensão de pensadores, autores e correntes filosóficas em delimitar a verdade ou seus pressupostos, não logrou êxito permanente, ou seja, tais conceituações da verdade ou de seus fundamentos tiveram tão somente uma influência limitada no tempo e no espaço, como variante de uma determinada cultura, de uma determinada época. É evidente, porém, que mesmo fora de uma época, um ou outro postulado filosófico-científico pode ser retomado e reproduzido novamente com as variantes daquele que o retomou. Isto, no entanto, não confere a tal corrente, ou conceito reavido, o **status** de certo, perene e definitivo.

A fim de se exemplificar tais variações filosófico-científicas acerca da **Verdade**, vale uma breve retomada de alguns postulados:

2.1 – A Verdade como Correspondência

Na Grécia clássica o conceito de verdade já ganhava contornos diferenciados conforme o grupo de pensadores ou filósofos que abordassem a temática. Desta forma, o posicionamento diferenciado entre os sofistas e Sócrates é assim comentado por Maritain:

“Não queriam a verdade. Procurando do labor da inteligência, apenas o meio de demonstrar superioridade, tanto a si próprios como aos outros, deveriam ser levados fatalmente a fazer consistir à mais digna das ciências na arte de negar e destruir pelo raciocínio, pois que a destruição é a

maneira mais fácil, tanto aos homens como às crianças de manifestar sua força; e também na arte de sustentar os prós e os contras com a mesma verossimilhança – outro sinal de força e habilidade. (...)

Os sofistas pretendiam saber tudo e não criam na verdade; Sócrates faz profissão de ignorância e ensina aos seus ouvintes a procurar somente a verdade. Toda a sua obra foi, portanto, uma obra de *conversão*; procurou só erguer a razão, orientando-a para a verdade, isto é, para aquilo para o qual ela foi feita.” (Maritain, 1987: p. 47)

Ainda na Antiguidade, se constrói a concepção da verdade como **Correspondência** entre os pré-socráticos, Platão e Aristóteles, como se pode ver:

“1º o conceito de V. como *correspondência* é o mais antigo e divulgado. Pressuposto por muitas das escolas pré-socráticas, foi pela primeira vez, explicitamente formulado por Platão com a definição do discurso verdadeiro que dá no *Cratilo*: ‘Verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso aquele que as diz como não são’ (Crat., 385 b; v. Sof., 262 e p. Fil., 37 c). Por sua vez Aristóteles dizia: ‘negar aquilo que é, e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade’ (Met., IV, 7, 1011 b 26 e segs.; v. V, 29, 1024 b 25) Aristóteles enunciava também os dois teoremas fundamentais deste conceito da verdade. O primeiro é que a V. está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa (Met., VI, 4, 1027 b 25). O segundo é que a medida da V. é o ser ou a coisa, não o pensamento ou o discurso: de modo que uma coisa não é branca porque se afirma com V. que é assim; mas se afirma com verdade que é assim, porque ela é branca (Met., IX, 10, 1051 b 5).” (Abbagnano, 1982: p. 957)

A noção de verdade como correspondência perpassa pelo pensamento medieval, pela modernidade e contemporaneamente encontra em autores como o filósofo norte-americano Robert Ronty profunda ressonância em toda sua obra

sobre lógica, em que pese sua opinião sobre a verdade se voltar mais para posicionamentos pragmatistas e minimalistas que serão abordados mais adiante.

2.2 – A Verdade como Revelação ou como Manifestação

A verdade como revelação ou manifestação de um ser supremo encontra nos filósofos medievais uma sustentação que, por séculos, guiou os passos da ontologia, da metafísica e da própria teologia.

Guilherme de Ockam defende a idéia de um conhecimento intuitivo em que a manifestação imediata das coisas se dá por suas próprias características e nas relações dessas coisas com o homem, estando aí o cerne da verdade. Tanto Plotino como Santo Agostinho apontam uma certa complementaridade entre o conceito de verdade como correspondência e a verdade enquanto manifestação ou revelação do ser. Essa complementaridade dos referidos conceitos é, de certa forma, admitida por Santo Tomás de Aquino, que assim afirma:

“1. Segundo quanto acima explanamos, a verdade explanamos, a verdade se predica primariamente da inteligência que conhece, e só depois do objeto ou coisa que concorda com a inteligência cognoscente, sendo que em ambos os sentidos o verdadeiro é conversível com o ente, embora de maneira diversa, ou seja: ao predicar-se das coisas, o verdadeiro equivale ao ente na linha da predicação, uma vez que todo ser concorda com a inteligência divina e pode fazer com que a inteligência humana concorde com ele, e vice-versa. Se, porém, o verdadeiro se entender com referência à inteligência, já não equivale ao ente que reside fora do intelecto na linha da predicação, mas na linha da semelhança ou da pertinência comum, isto é, no sentido de que a todo conhecimento verdadeiro corresponde necessariamente um ente, e vice-versa.

2. A resposta segue do ponto acima.” (Aquino. Sto.Tomás, 1996: p. 69)

A verdade como revelação toma um caráter intuitivo que, posteriormente, nos séculos XV e XVI, no início da modernidade, seria mais explicitado na obra de Descartes, que estabelece os critérios de existência e evidência.

2.3– A Verdade como Conformidade

Tomando uma regra ou um conceito como parâmetro, a idéia de verdade como conformidade foi inicialmente abordada por Platão que, no seu idealismo, estruturou um mundo conceitual em que as relações do pensamento deveriam se amoldar aos conceitos, para que fossem então tomadas como verdade.

Ao seu modo, Santo Agostinho recebe este conceito e, posteriormente, Kant o admite na medida em que a verdade consiste na conformidade com “as leis gerais necessárias do intelecto. O que contradiz essas leis é falso porque o intelecto nesse caso contrastaria com suas próprias leis, isto é, consigo mesmo”¹³. Porém, afirma Abbagnano que tal critério formal não pode dar conta de todo um conceito de verdade, que envolve também a idéia da verdade material, idéia esta que está no cerne deste trabalho, observada diretamente nos princípios do Processo Penal que serão abordados adiante.

2.4– A Verdade como Utilidade

Em Nietzsche “o verdadeiro não significa em geral, senão o que é apto a conservação da humanidade”. Tal postura pragmática já encontrara em W. James largos espaços em sua obra. Shiller, Vaihinger e Miguel de Unamuno também conceberam uma idéia de verdade associada ao critério do que é útil ao indivíduo e ao grupo social.

Mais contemporaneamente, se debruçando sobre o problema da verdade, o filósofo norte-americano Richard Rosty retoma as idéias de James e Dewey e toma uma postura mais crítica entre duas teorias sobre a verdade, que considerou como basilares para suas investigações. De um lado se encontrou com as **teorias substantivas** e de outro com as **teorias minimalistas**, divisão esta proposta e aceita pelos neopragmatistas. Segundo Ghiraldelli Jr., que busca sinteticamente explicitar cada um desses grupos teóricos:

“As teorias substantivas ou tradicionais são basicamente quatro: a teoria da correspondência, a teoria da coerência, a teoria pragmaticista e a teoria pragmatista (cf. Ghiraldelli Jr., 2000^a) Considerando que X é um enunciado, uma declaração, um pensamento ou uma proposição e que o símbolo sse (iff) quer dizer ‘se e somente se’, então essas quatro teorias podem ser expressas desta forma:

- 1. Teoria da Correspondência: X é verdadeiro sse X corresponde a um fato;**
- 2. Teoria da Coerência: X é verdadeiro sse X é um membro de um conjunto de crenças coerente internamente;**
- 3. Teoria Pragmaticista: X é verdadeiro sse X é provável, ou verificável em condições ideais – o que poderíamos alcançar, ainda que idealmente, no final da investigação;**
- 4. Teoria Pragmatista: X é verdadeiro sse X é útil de se acreditar.”**

(Ghiraldelli Paulo, 2001: p. 14)

Buscando uma síntese mais satisfatória que explique o posicionamento minimalista sobre a verdade, que tem suas raízes nas áreas da lógica e da semântica, o mesmo autor, assim expõe:

“O minimalismo ou, de modo específico, o deflacionismo, como se depreende do próprio nome, é o movimento no qual cabe os filósofos adeptos de teorias da verdade que buscam não substantivar a verdade. Isto é, que procuram não essencializar a verdade ou, no limite, que retiram da

¹³ Crítica da Razão Penal – Introdução Lógica

verdade qualquer carga metafísica e/ou epistemológica – qualquer valor como conhecimento.

A perspectiva deflacionista nega que há uma questão como esta, a saber: ‘Qual é a natureza da verdade?’. O filósofo deflacionista enuncia que a verdade não é uma propriedade ‘real’, ou ‘robusta’, ou uma propriedade metafisicamente interessante. Chega a declarar, inclusive, que a verdade não é, absolutamente, um predicado. Os deflacionistas sustentam que a concepção da verdade é ‘redundante’, isto é, o que falamos sobre a verdade é algo puramente formal. Como eles dizem isso, do ponto de vista da técnica filosófica?

Os deflacionistas defendem o seguinte: se eu usar a expressão ‘é verdadeiro que dois e dois são quatro’ ou ‘é verdadeiro que nada é importante além do amor’, não estarei dizendo outra coisa a não ser ‘dois e dois são quatro’ e ‘nada é importante além do amor’. ‘Verdadeiro’ está presente nas frases por uma questão de performance da linguagem. Por vários motivos, que não vêm aqui a propósito, dizemos ‘é verdadeiro’ junto com certas frases apenas por questão de estilo retórico; isto nos ajuda no melhor funcionamento de nossas frases dentro do discurso, ou seja, na melhoria da adequação comunicativa de nosso discurso. Assim, a verdade e o verdadeiro, para os deflacionistas, pertencem não ao campo metafísico (ou mesmo epistemológico) e sim, ao campo da pragmática da linguagem.”

(Ibid: p. 49)

Acolhendo a metáfora da “escada de Ramsey”, também aceita por Simon Blackburn, Ghiraldelli continua:

“A imagem da escada é a seguinte: na base da escada podemos dizer ‘p’; no primeiro degrau, ‘é verdadeiro que p’; no segundo degrau, ‘está na ordem do universo que é verdadeiro que p’, e assim por diante. Nos últimos degraus (se é que isso tem fim) poderíamos florear a frase ao máximo de acordo com a performance lingüística que desejamos. Um deflacionista, então, acredita que, do ponto de vista do que poderíamos

encontrar de substancial nas frases que são colocadas nos degraus da escada, a perspectiva do topo da escada é a mesma que a perspectiva de sua base. Se há alguma diferença entre topo e base, ela não é substantiva ou metafísica ou, até mesmo, de caráter cognitivo (que proporcionaria mais informação), e sim, apenas uma diferença retórica (cf. Ghiraldelli Jr., 2000b).” (Ibid: p. 50)

Por fim, vem à tona na obra Ghiraldelli a idéia da verdade dentro da teoria semântica de Tarski, que assim define a verdade:

“O ponto de partida de Tarski é de fato Aristóteles, mas ele não vincula a frase do preceptor de Alexandre a qualquer perspectiva ontológica; fica exclusivamente com a intuição plausível que há em tal formulação, e então elabora sua condição de adequação material para a noção de verdade.

Tarski começa por considerar, como exemplo concreto, que, numa vez que afirmamos a sentença

(1) a neve é branca, e queremos saber sobre que base podemos dizer que tal frase é falsa ou verdadeira, usamos a concepção clássica da verdade, ou seja,

(2) a sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira se e somente se a neve é branca.

O que temos aqui é uma citação entre aspas equivalente à mesma sem aspas, uma do lado esquerdo e outra do direito, tendo no meio a expressão é verdadeira se e somente se. Se considerarmos o que está entre aspas como o nome da sentença e o que está à direita como a própria sentença, podemos substituir o nome por qualquer outro nome, uma letra do alfabeto, por exemplo, e a própria sentença também por uma letra do alfabeto. O nome da sentença, o que está aspada, pode ser X, a sentença pode ser p. de modo que temos:

(T) X é verdadeiro se e somente se p

Podemos agora chamar qualquer tipo de equivalência igual a esta de equivalência da forma (T). Feito isto, diz Tarski, ‘somos capazes de colocar

em uma forma precisa as condições sob as quais consideraremos o uso e a definição do termo ‘verdadeiro’ como adequado do ponto de vista material: desejamos usar o termo ‘verdadeiro’ de um modo tal que todas as equivalências da forma (T) podem ser afirmadas, e chamaremos uma definição de verdade ‘adequada’ se todas essas equivalências seguem-se dela.’” (cf. Tarski, 1996, p. 63). (Ibid. p. 53/54)

Complementando esta posição, Tarski, preocupado com possíveis equívocos, destaca :

“Essa parte, em geral, atrai alguns enganos. Há quem pense que temos aqui uma definição completa de Tarski sobre a verdade, mas não a temos. Ele alerta que:

‘Deveria ser enfatizado que nem a própria expressão (T) (que não é uma sentença, mas somente um esquema de uma sentença) nem qualquer ocasião particular da forma (T) pode ser considerada como uma definição da verdade. Podemos somente dizer que toda equivalência da forma (T) obtida pela substituição de ‘p’ por uma sentença particular, e ‘X’ por um nome dessa sentença, poderia ser considerado uma definição parcial da verdade individual consiste. A definição geral tem de ser, em um certo sentido, uma conjunção lógica de todas essas definições parciais’.”

(Tarski, 1996: p. 63).

Assim, dos gregos ao homem contemporâneo do ocidente, o problema da verdade vem tomando nuances diferenciadas sem deixar de ocupar um lugar de destaque no campo da filosofia e da produção científica. Todavia, é forçoso dizer que esse problema, tendo inicialmente um caráter científico e *a posteriori*, de natureza filosófica, encontrou na física, particularmente na mecânica quântica e na teoria da relatividade, conceitos e (in) definições que certamente estarão a nortear qualquer modelo de pesquisa em qualquer área do saber, que se venha a desenvolver

no século XXI, incluindo o Direito e, mais especificamente, o Direito Processual Penal.

Desta forma, encerra-se esta introdução de caráter mais filosófico, em que foram abordadas as questões do mito, da linguagem, do método científico e da verdade, e passa-se à segunda parte do trabalho quando serão revistas, historicamente, as diversas escolas do Direito Processual Penal e retomando mais adiante este capítulo introdutório e os conceitos de “verdade” da física quântica.

CAPÍTULO II

O DIREITO PROCESSUAL PENAL E SUA CAMINHADA HISTÓRICO-METODOLÓGICA

A título de introdução, nesta segunda parte, é importante ressaltar que a caminhada histórico-metodológica (e por que não dizer também filosófica, em seus aspectos axiológicos e epistemológicos) não impôs ao Direito Processual Penal um isolamento enquanto instância jurídica que evoluiu separadamente dos demais ramos do Direito, particularmente do Direito Penal.

Em certos momentos da história não é possível diferenciar o Direito Penal do Processo Penal, quando um serve ao outro numa simbiose quase perfeita. Assim, por exemplo, em muitas das vezes o simples fato de se estabelecer um processo contra alguém, com intuito-*a priori*- investigativo, já significava, o próprio processo, um castigo ou uma reprimenda que subjugava e punia, sem antes deparar a autoridade com o resultado comprobatório da autoria da materialidade ou conduta e da culpa. Desta forma, ser processado já significava ser punido, daí nem sempre se pode fazer a distinção entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, como quem tenta afirmar que entre ambos os ramos do Direito possa haver sempre um divisor de águas, como nos rios Negro e Solimões. A esse respeito, assim se pronunciou Francesco Carnelutti:

“Infelizmente a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito.

Santo Agostinho escreveu a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel: mas o processo por si mesmo é uma tortura. Até um certo ponto, dizia, não se pode fazer por menos; mas a assim chamada civilização moderna tem exasperado de modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras.”

(Carnelutti, 1995: p. 45)

A idéia do processo penal como uma apuração dos fatos que já se iniciava impondo qualquer tipo de sofrimento ao acusado se dá no momento em que, no chamado período de vingança, esta se realiza pela coletividade ou, principalmente, assumindo o caráter divino. Enquanto a vingança permanecer na órbita da relação entre os indivíduos (vingança privada, prevalecendo a lei de Talião) não se pode afirmar sobre a existência, mesmo que elementar, de qualquer tipo de investigação ou execução formalizado, ou mesmo ritualizado do castigo, evidentemente porque prevalecia nesse contexto a força física de cada parte.

O início, ainda que bastante primário, dos rituais de investigação criminal e de punição se situa no complexo surgimento das estruturas sociais (deslocamento de caráter místico-religioso). Assim, o aumento e a complexificação dos organismos sociais levaram, na mesma proporção a uma complexificação das estruturas persecutórias e punitivas.

Neste sentido, confirmando a elaboração do Direito Processual em simbiose com o Direito Penal, em que, inicialmente, o conteúdo e a forma compunham um todo quase indivisível, Brito Alves ensina:

“São (3) três os períodos em que podemos dividir a evolução histórica do Direito Penal – que se confunde, também, com a evolução da própria Justiça Criminal –, sendo os seguintes: I – Período da Vingança (Das Origens da Humanidade até o Séc. XVIII); II – Período Humanitário (1750

– 1850) e III – Período Científico (De 1850 até os nossos dias).” (Alves R. B, 1988: p. 25)

Ressaltando esta inicial junção entre a “máquina processual” e o Direito substantivo criminal, Roque de Brito Alves, no entanto, aceita a idéia de que embora a doutrina vigente aponte as fases de evolução do Direito Penal, conforme está descrito na citação anterior, esta evolução não segue sempre uma ordem cronológica como se uma sucessão de fatos e idéias estivesse seguidamente justaposta no tempo. Assim, como Marilena Chauí¹⁴ postula que as idéias filosóficas não estão necessariamente presas ao filósofo e sua época, Roque de Brito também esclarece que:

“Tais períodos da evolução histórica do Direito Penal não possuem um significado absolutamente cronológico e sim cultural, revelando ou sendo ajustado ao nível ou grau de cultura ou de civilização de um povo. Assim, mesmo agora, já depois da 2ª metade do Séc. XX, ainda temos povos que estão nas fases mais primitivas da humanidade ou então com diplomas penais (ex. os de alguns países árabes como Arábia Saudita, Kuwait, etc.) que ainda mantêm disposições penais iguais ou semelhantes a códigos anteriores, em milhares de anos, a Jesus Cristo (o de Hamurabi, o de Manu, etc.), mantendo-se penas do começo da humanidade (como, p. ex., cortar a mão do ladrão, etc.). A fase ou período tem, portanto, um significado cultural e não propriamente cronológico, embora as datas

¹⁴ “Entretanto, essas datas e períodos podem convidar a um novo equívoco, qual seja, o de estabelecer uma relação causal direta entre acontecimentos sócio-políticos e a constituição dos conhecimentos filosóficos, científicos e técnicos, ou a criação artística. Relação entre eles, sem dúvida, existe. Mas não é linear nem causal: idéias e criações podem estar em avanço ou em atraso com relação aos acontecimentos sócio-políticos e econômicos, não porque pensadores e artistas sejam criaturas fora do espaço e do tempo, mas porque tudo depende da maneira como enfrentam questões colocadas por sua época, indo além ou ficando aquém delas. Em resumo, a relação entre uma obra e seu tempo não é a do mero reflexo intelectual de realidades sociais dadas. Um pensador e um artista se dirigem aos seus contemporâneos, mas isto não significa que sejam, em suas idéias e criações, contemporâneos de seus destinatários. Captam as questões colocadas por sua época, mas isto não significa que sua época capte as respostas por eles encontradas ou criadas. Por esses motivos, muitos historiadores das idéias consideram que pensadores e artistas, afinal, criam seu próprio público, as obras produzem seus destinatários, tanto os contemporâneos quanto os pósteros. A cronologia pode ser enganadora quando pretendemos traçar os contornos de uma época de pensamento.” (Chauí, 1984: p. 61)

servam de critério de aproximação para as transformações na ciência do crime, do criminoso e das sanções que é o Direito Penal, em consideração exclusivamente normativa.”(Ibid: p.26)

Porém, pode-se ir além da exemplificação apontada por Roque de Brito Alves sobre a atualidade de algumas regras do passado, atualidade esta que faz com que na prática processual penal do cotidiano, o Estado, e particularmente o Estado brasileiro, deixe escapular do controle institucional incoerências gritantes que comprometem toda a logicidade e (suposta) cientificidade do Direito Processual Penal Brasileiro e, por conseguinte, da estrutura judiciária que ainda reflete certa mentalidade de riz medieval. Observe-se, assim, o fenômeno da inquisição.

A inquisição

É bem conhecido por todos o contexto sócio-político e cultural da Europa medieval que originou a “Santa Inquisição”, tomando por fundamento a mentalidade teológica da Igreja Católica.

Desse modo, abordando a Inquisição de maneira mais objetiva e restrita aos seus postulados e regras, poder-se-á estabelecer um quadro comparativo com os modelos de investigação e punição adotados contemporaneamente, bem como analisá-los à luz das escolas filosóficas e científicas abordadas no capítulo anterior, frente àquilo que se chama hoje de **Ciência** do Direito Processual Penal.

Inicialmente, vale dizer que o **domínio da Verdade** foi o grande fator gerador da preocupação da Igreja frente aos inimigos ou supostos inimigos. Antes da sua oficialização pelo Império Romano, e mesmo tempos depois, o processo de punição daquele que contrariasse os preceitos e ditames da fé católica era voltado para dentro da instituição, culminando até com a excomunhão do faltoso.

Assumindo a oficialidade romana e se vendo ameaçado em locais e momentos diversos por pessoas e grupos que ousavam ler a Bíblia e interpretar, cada qual à a sua maneira, a revelação Divina, a Igreja Medieval, no papado de Gregório IX, decide colocar sob o comando dos Frades Dominicanos uma máquina de

identificação, processamento e punição daquelas considerados **hereges, apóstatas e bruxos**. Estava, assim, criada a **“Santa Inquisição”**¹⁵.

O inquisidor se vê revestido de autoridade divina e apostólica, detentor e protetor, por excelência, da verdade, sendo esta resultante da interpretação oficial da Bíblia. Daí, afirma Boff:

“Como se depreende, praticamente tudo cai sob a suspeita de heresia. Portanto, todos são condenados à repetição do discurso oficial. É o império da monotomia do status quo. O congelamento da história. Todos se tornam suspeitos. Razão por que a Inquisição vem sendo considerada uma instituição perene e os bispos, junto com o poder pastoral, devem exercer, em sintonia com o inquisidor, o poder inquisitorial de ‘investigar, interrogar, convocar, prender, torturar e sentenciar’.” (Boff, 1993: p. 16)

Dando sustentação a essa mentalidade anti-herética e instrumentalizando a repressão católica com normas tidas como mais eficazes para proteger **a verdade revelada e interpretada**, e ao mesmo tempo para desvelar as heresias e contradições dos fieis, surge em 1376, a obra **“Manual dos Inquisidores”** escrita pelo dominicano Nicolau Eymerich e revisada por outro frade, Francisco la Peña em 1578.

O Manual dos Inquisidores, como o próprio título revela, expõe toda a sistemática para o perfeito combate à heresia e todo o mal, tornando-se, então, a referência de maior valor normativo desse período.

Buscando o fundamento de seus postulados nos versículos bíblicos e nos corolários da teologia patrística e escolástica, o Manual dos Inquisidores tenta

¹⁵ Assim noticiou Durocelle e Mayeur:

“Os Dominicanos tomaram a seu cargo uma instituição criada pelo papa Gregório IX para descobrir o rasto dos heréticos, a Inquisição. Tratava-se de unificar a legislação contra os heréticos e de confiar a comissários pontificais a responsabilidade de julga-los. Os condenados seriam em seguida entregues ao ‘braço secular’ que executaria a sentença. Vê-se facilmente o perigo de semelhante organismo. Os inquisidores iam sentir-se cada vez mais tentados a utilizar os métodos judiciais correntes na sua época, tortura garantias insuficientes para os acusados, etc. para compreender a Inquisição, é preciso que nos coloquemos nas condições históricas de uma época em que se desconhecia a tolerância. A severidade dos novos tribunais aumentou aliás, no século XIV, ultrapassando muito as intenções pontificais.” (Durosselle – Mayeur, 1988: p. 97)

estabelecer um discurso que sustente com dignidade os interesses doutrinários da Igreja. Assim, busca-se, através de uma linguagem em que a lógica dedutiva é tomada como referencial, o modelo sistemático de apuração da heresia.

Nesse sentido, toma-se em primeiro lugar a verdade católica revelada pela Bíblia e interpretada pelo magistério da Igreja como primeira e única verdade. Depois, toma-se como suspeita toda e qualquer pessoa que, por um motivo ou outro, pareça, aos olhos da instituição, perigosa à fé. Na seqüência, busca-se a confissão do acusado e, por fim, diante da confissão, impõe-se o castigo merecido. Visualizando melhor este modelo, tem-se:

- *Verdade Bíblica Revelada e Interpretada (Magistério da Igreja)*
- *Suspeita ou Acusação de Heresia*
- *Busca da confissão de Heresia (a qualquer custo)*
- *Punição e Castigo*
- *Salvação da Alma do Herege*

Destarte, reforçou-se a crença de que a Igreja cumpria fielmente seu papel de conduzir cada fiel ao ponto inicial, a verdade revelada a Deus¹⁶.

Ora, se a Verdade já era um *a priori*, se a condição de herege, apóstata, bruxo ou suspeito não era mera suposição, mas uma possibilidade concreta em quase todos os casos, salvo raríssimas exceções, então existiam todas as condições preliminares de “sucesso” da tarefa inquisitorial, qual seja, a de localizar e reprimir qualquer um que significasse perigo para a cristandade, uma vez que o perigo já estava previamente delimitado e definido.

¹⁶ Abordando especificamente a temática da bruxaria e a perseguição imposta as mulheres, Heinrich Kramer e Flames Sprenger publicaram em 1484 a obra *Malleus Maleficarum* (o martelo das feiticeiras), indicando, assim como Eymerich, todo o ritual para os trabalhos da inquisição. Vejamos:

“Em primeiro lugar, o método de dar início a um processo a respeito das questões de fé; em segundo lugar, o método de proceder ao julgamento; em terceiro lugar, o método de concluí-lo e de lavrar a sentença à bruxas. A primeira rubrica trata de cinco dificuldades.

Na primeira são abordados os três métodos de procedimento prescritos pela lei e qual o mais adequado. Na Segunda, são consideradas as testemunhas, em número. Na terceira, se estas podem prestar juramento. Na Quarta, da condição das testemunhas. Na Quinta, se inimigos mortais podem fornecer provas para o crime. Dentre outras questões a Segunda rubrica dispõe sobre testemunhas, atribuições do advogado e tortura.” (Kramer, 1999: p. 394)

Expõe-se, então, resumidamente, o roteiro definido por Nicolau Eymerich.

1º) Quem é o herege.

“Chamam-se hereges afirmativos os que estão intelectualmente errados quanto à fé e que manifestam, tanto através da palavra como através da ação, o apego da sua vontade ao erro mental.

Hereges negativos são aqueles que, convencidos de alguma heresia por testemunhas dignas de fé diante do juiz, não querem ou não podem se desapegar dela e, sem confessarem o crime, continuam firmes em suas negações, confessando em palavras a fé católica e proclamando sua rejeição à perversidade herética.” (Eymerich, 1993: p. 39)

A partir dessa definição, são denominados heréticos:

- a) os excomungados
- b) os simoníacos
- c) aquele que comete erros na interpretação bíblica
- d) quem cria nova seita ou adere a seita já existente
- e) quem não aceita a doutrina sacramental romana
- f) quem professa opinião diferente da Igreja Romana sobre um ou vários artigos da lei.
- g) quem duvida da fé cristã.

(Eymerich. Id. p. 36)

2º) Quem é o apóstata.

Basicamente, Eymerich define o apóstata como aquele monge que abandonou o convento, o clérigo que se laiciza e o cristão que nega a fé ou uma verdade da fé, devendo ser este último tratado como herege, infiel e devidamente processado.

3º) No rol dos atingidos pela inquisição deveriam entrar também os benfeitores dos hereges, aqueles que os acolhiam, os videntes e adivinhos, os demonólatras e invocadores do diabo, particularmente bruxos e feiticeiros, judeus e convertidos ao judaísmo e, da mesma forma, os crentes e islâmicos.

4º) A prática Inquisitorial

Depois de receber a autorização e ser revestido do poder eclesiástico para dirigir os trabalhos da Inquisição, deve o inquisidor tomar por juramento, sob pena de excomunhão, o compromisso das autoridades civis de que em tudo colaborariam com os processos até a execução final das penas.

A abertura dos trabalhos da inquisição deveria ser pública, com o **sermão geral**, ficando a todos o alerta sobre a obrigação da **delação**, sob pena de excomunhão¹⁷, e recompensando o delator com indulgências.

Desta forma, estabelecendo o prazo de trinta dias para apresentação e confissão espontânea da prática de heresia, o inquisidor se comprometia com o perdão ao acusado, desde que o mesmo, demonstrando arrependimento se entregasse por vontade própria. Sobre isso determina Eymerich:

“Mas quem, em vez de se apresentar espontaneamente, esperar para que seja acusado, denunciado, citado ou capturado, ou deixar passar a época do perdão, não vai se beneficiar de tanta misericórdia!”. (Eymerich, 1993: p. 101)

Registradas a deleção e a denúncia em formulário e livros próprios, estas serviriam de base para instruir inicialmente os trabalhos. Todavia, em se tratando de

¹⁷ “Com a autoridade do Papa de que somos investidos; em virtude da santa obediência e sob pena da excomunhão, ordenamos e estabelecemos, através de três prescrições e de maneira categórica, a todos e a cada um, leigos, membros do clero secular e regular, de qualquer função, hierarquia ou honraria, que vivam nos limites desta cidade – ou desta região – e num raio de quatro milhas além dos muros, que, dentro do prazo de seis dias, a contar de hoje, sendo que cada segundo dia marca o fim de uma intimação, que nos digam se sabem, souberam ou ouviram dizer que uma determinada pessoa é herege, conhecida como herege, suspeita de heresia, ou que se manifesta contra este ou aquele artigo de fé, os sacramentos, se não vive igual a todo mundo, se evita o contato com os fiéis ou se invoca os demônios e lhes presta algum culto.” (Eymerich, 1993: p. 99)

um caso de conhecimento público, o inquisidor deveria investigar os boatos e iniciar o processo acusatório.

Em princípio, incidia sobre o delator ou acusador a **Lei de Talião**, ou seja, não conseguindo êxito na acusação, o delator ou acusador sofreria as mesmas penas que seriam impostas ao acusado se condenado. Porém, observou-se que poucos se sujeitavam ao risco de verem voltar contra si os infortúnios da inquisição, e optavam por não delatar ou denunciar, fazendo com que, sob a ótica da Igreja, houvesse um crescimento da heresia. Deste modo, deixava-se gradativamente de aplicar o Talião. Nascia, então, a figura do *Fiscal*, a quem oficialmente era atribuído o papel de acusador, mediante as informações e provas que eram fornecidas pelos particulares. Em revisão ao texto de Eymerich, Peña esclarece:

“Atualmente, o papel do acusador é atribuído a um fascínio chamado de ‘Fiscal’: é ele quem assume a acusação. Depois da investigação, formula as acusações em termos precisos e claros, como por exemplo:

‘Eu, Agostinho, fiscal da Santa Inquisição, acuso, diante do senhor Reverendo Inquisidor, o citado Martinho Lutero, de ter abandonado a fé católica e aderido à horrível heresia marniqueísta e a outras heresias, sendo batizado no catolicismo e considerado por todos como católico. Acuso-o de pregar, escrever, criar e afirmar vários dogmas heréticos, falsos, escandalosos e bastante suspeitos de serem compatíveis com as heresias acima citadas.’

Este é o estilo dos termos da acusação utilizados, normalmente, nos dias atuais. Os autos de acusação serão suficientemente explícitos de modo que o acusado saiba de que exatamente é acusado para que possa defender-se. No entanto, não aparecerá nada que lhe permita imaginar quem o denunciou.” (Peña, 1993: p. 107)

Após certificada a notícia de heresia e iniciados os trabalhos com a localização do acusado, tinham lugar dentro das formalidades, os interrogatórios das testemunhas e do acusado, ocorrendo tais atos sempre com assistência de outras

peessoas, para legitimarem a lealdade do inquisidor à finalidade e à forma proposta pela inquisição.

Tudo reduzido a termo pelo escrivão, ia-se configurando o painel onde o acusado iria se debater, caso não apresentasse logo sua confissão “expontânea”. A formalidade do interrogatório e da montagem inicial do processo recebia, inclusive, orientações quanto a possíveis truques dos hereges para se esquivarem da inquisição. Eymerich relata dez truques, e outras dez maneiras são sugeridas pelo referido autor para que o inquisidor saiba identificar e neutralizar tais truques¹⁸.

Acreditando e reforçando, inclusive, o instituto da acareação, pensava-se que, com essas dez maneiras propostas, poder-se-ia chegar, na maioria dos casos, à confissão do acusado, sendo que esta perderia o valor se se percebesse que era advinda do medo do castigo e na esperança do perdão, devendo assim, o Inquisidor aprofundar à investigação sobre a veracidade do que fora relatado.

A morosidade processual já era um problema enfrentado pela inquisição, que via no número excessivo de testemunhas, uma das causas desse obstáculo.

A demora do acusado em entregar à inquisição a **rainha das provas**, poderia também levar o inquisidor a nomear-lhe um advogado, e estando este enquadrado no rito imposto, deveria, assim, colaborar:

“Se o réu confessar, não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens de fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento – embora já seja juramentado – ao inquisidor de defender bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que vir e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido.” (Ibid: p. 139)

¹⁸ A questão da linguagem evidentemente perpassa por toda a Inquisição, mas nesse particular dos dez truques e das dez fórmulas de neutralizá-los, é importante ressaltar o jogo “sofístico” feito em torno daquilo que parece ser a verdade.

Apresentando a possibilidade de se contraditar testemunhas ou mesmo de “arguir a suspeição do juiz inquisidor” através de recurso ao Papa, Eymerich aponta rápidas soluções sempre com vistas à agilidade e rapidez do processo, colocando, inclusive, como recurso a ser utilizado em caso de fuga do acusado, a imediata aplicação da pena de morte, vez que, de certa forma, a fuga evidenciaria uma “culpa confessa”.

Visando garantir a agilidade da máquina processual para que a verdade pré-estabelecida fosse de fato corroborada pelo acusado, Eymerich chega finalmente a estabelecer os critérios para o uso da tortura:

- Será torturado “o acusado que vacilar nas respostas”;
- Aquele que tiver apenas uma testemunha em contrário, será torturado;
- Será ainda torturado aquele que tiver contra si vários indícios graves e veementes;
- Será, por fim, torturado aquele que reunir contra si tais indícios e o depoimento de uma testemunha.

Nesse contexto, para justificar a tortura, Eymerich criou uma figura jurídica que denominou de “semi-prova”, ou seja, aquilo que fornece parcialmente os elementos para a formação de um juízo definitivo sobre a verdade prevista. Por conseguinte, deveria a semi-prova ser concluída com a confissão arrancada do acusado, ainda que sob o flagelo da tortura. Além do acusado, poderia também ser atingida pela tortura a testemunha, para obrigá-la a dizer a verdade ou como castigo pela mentira.

Podendo optar pelo segredo quanto aos nomes daqueles que colaboraram com o processo, o Inquisidor poderia, ainda, ao seu critério, nomear peritos e outros que fossem necessários ao bom andamento do feito.

Com o impedimento de soltar o herege sob fiança, o inquisidor deveria proceder as ponderações finais para impor sanções tais como: a obrigação de

abjurar¹⁹, a pena pecuniária e o confisco de bens, a excomunhão, e até a pena de morte. E mais, em casos considerados de maior gravidade, certas sanções poderiam ser impostas aos já falecidos, com consequências danosas aos seus familiares.

É este, em síntese, o quadro inquisitorial que, dentro do período da vingança, inaugura um **método próprio** de produção e afirmação da verdade, que mais adiante será retomado.

1 – O PROCESSO PENAL NO BRASIL E A MODERNIDADE

Independentemente da ótica ou área de saber que se utiliza para adentrar numa determinada época histórica, esta tem por si só características e estruturas que definem todo o comportamento dos povos daquele período.

Assim, para os brasileiros, que absorveram a cultura ocidental a partir da descoberta do Brasil datada de 22 de abril de 1500, a modernidade refletida aqui, embora que tardiamente, em relação ao seu nascedouro, é aquela que tem na Europa

¹⁹ No processo movido contra Galileu Galilei: Vê-se que diante da imposição de tais penalidades deve a inquisição se empenhar o máximo na sua publicidade e divulgação:

“O Núncio na Suíça ao Card. Antonio Barberini (senior)
Luzerna, 12 de novembro de 1633.

f. 201r. Assinatura autografa

Eminentíssimo e reverendíssimo
Senhor meu Patrono colendíssimo

Usarei de toda diligência possível no sentido de que, através destes excelentíssimos bispos e prelados, subordinados à minha nunciatura, seja notificada e divulgada a sentença e abjuração de Galileu Galilei, aplicada e executada com tanto zelo, piedade e justiça por essa Sagrada Congregação. Tal correção e emenda aponta de forma evidente a gravidade do delito e servirá sem dúvida de exemplo para outros para não tropeçarem em tão grave erro. E por fim fico na obrigação de fazer a Vossa Eminência mui humilde reverência.

De Vossa Eminência
humílimo e devotíssimo servidor gratíssimo
Ranuccio, bispo de S. Dommino.

Eminentíssimo Senhor cardeal S. Onofrio. Roma.” (Processo de Galileu Galilei. Vozes. Petrópolis.RJ, 1998).

seus pilares centrados no Renascimento, na Reforma Protestante e na Unificação dos Estados.

O Renascimento cultural e a Reforma Protestante tiveram reflexos mais lentos e tardios no Brasil. Todavia, a marca da unificação política dos Estados europeus, que pôs fim ao modelo feudal de organização política e econômica, logo se fez presente no país, então colônia portuguesa.

Mantendo-se católico, a Reforma Protestante pouco afetou Portugal, que impôs sua cultura, religião e normas ao povo que aqui começava a se formar, regido por um governo que tinha na figura absoluta do rei seu personagem principal. Desta forma, não dispoendo Portugal de legislação própria endereçada às colônias e não tendo interesse da coroa em que outras normas organizassem a vida sócio-política da população do Brasil, foram impostas desde 1500 as ordenações do Reino, que já seguiam a tradição de outros históricos institutos jurídicos da península Ibérica.

Deste modo, retoma-se sinteticamente esta tradição histórico-normativa, dando particular atenção aos dispositivos punitivos e processuais estabelecidos pelo poder real, suas peculiaridades, métodos lógicos e a eficácia destas normas, no controle social.

1.1 – O Período que Antecede as Ordenações.

Existem notícias remotas indicando um povoamento esparso da península ibérica na antiguidade, em datas anteriores e imediatamente posteriores à era cristã.

Pierangelli (p. 22; 1983) relaciona os seguintes povos no rol daqueles que tiveram presença na região: tartésios, iberos, celtas, celtiberos (fusão de iberos e celtas e originando os lusitanos) e franco-pirenaicos, fenícios, gregos e cartagineses chegaram também a estabelecer colônias naquela região por volta do século VII a.C.

A romanização da região se dá de forma lenta e progressiva, avançando o exército romano com difíceis batalhas num período que se inicia por volta de 218 a. C. e vai até 19 a.C.

Durante a dominação romana e, particularmente, após a cristianização do Estado é possível constatar uma melhor estruturação político-administrativa do Império dos Césares naquela região, notadamente no que concerne ao direito e a aplicação das normas. Nesse sentido, comenta Pierangelli:

“Com a divisão do Império Romano, por Constantino, em prefeituras ou dioceses e a colocação de cada uma delas sob a administração de um prefeito do pretório, que possuía um subalterno civil, chamado *comes* (conde) e um militar, denominado *Rector* ou *Regedor*, a administração da justiça ficou entregue ao *comes*, que recebia o nome de *Rector Justitiae*.”

(Pierangelli, 1992: p. 27)

Após a conversão de Constantino ao Cristianismo, o Estado Romano sente, já em décadas posteriores, a interferência da Igreja nas suas estruturas jurídicas, possibilitando a esta, mais tarde, com o “domínio da estrutura legislativa e judiciária”, a elaboração do Código Canônico e o funcionamento da “máquina” inquisitorial, nos séculos seguintes. Assim, noticia Pierangelli esta intervenção da Igreja:

“Nos municípios ou cúrias ficavam magistrados subordinados às leis romanas, para a aplicação de castigos ligeiros aos escravos e *ducenários*, para conhecimento de crimes menos graves. Havia, ainda, três conventos jurídicos (tribunais de apelação): em Mérida (*Emeritensem*), em Beja (*Pacensem*) e em Santarém (*Scalabitarum*). Nessa época, os bispos já inspecionavam a justiça e eram os verdadeiros autores das formas de processo.” (Ibid. p.27)

Após a península ibérica ser invadida pelos bárbaros, o império romano foi gradativamente perdendo seu espaço político até que um, dentre esses povos

visigodos, conseguiu, por volta do século VII da era cristã, impor sua prática jurídica. Tem-se, desse período, a vigência do Código de Eurico, já anteriormente aplicado exclusivamente aos visigodos, e do Breviário de Alarico que vigorava para o povo hispano-romano. Sobre isso diz Pierangelli:

“Várias compilações legislativas tiveram os visigodos, e, a doutrina mais aceita informa que essas legislações, inicialmente, obedeciam ao princípio da personalidade. Também afirma-se a existência de uma legislação aplicável exclusivamente aos visigodos – O Código de Eurico, - a princípio, e – o Código de Leovigildo, depois – enquanto para o povo hispano-romano era aplicável o Breviário de Alarico”. (Ibid: p. 28)

Vale ressaltar que, por essa época, a realidade criminógena das sociedades européias já tomava proporções dignas de nota histórica, justificando, assim, a presença de ordenamentos punitivos e persecutórios mais rigorosos. Radbruch a esse respeito, escreve:

“Las migraciones de los pueblos trajeron consigo un aterrador aumento de la criminalidad. El cronista de los primeros merovingios, el Obispo Gregorio de Tours (muerto em 594), refiere sin paliativos, pero también sin espanto visible, las violencias y desenfrenos de la aristocracia franca y de la casa real merovingia, los fratricidios para alcanzar la corona, los incontables asesinatos en estado de embriaguez, en repentinos arranques de cólera, por venganza o por pasión sexual, el tormento sádico de los siervos, el quebrantamiento, sin escrúpulos, de la lealtad y fe juradas.” (Radbruch, 1995: p. 25)

A presença muçulmana na península ibérica não impediu a aplicação das normas locais, como afirma Pierangelli:

“Durante o domínio árabe, ocorrido no início do século VIII, permitiu-se ao vencido o exercício da sua religião e também a aplicação da legislação visigótica. Afirma-se que um governador sarraceno, durante o reinado de D. Fruela I, designara um *conde* cristão para sentenciar segundo o *Fuero Juzgo*.” (Ibid: p. 30)

O *Fuero Juzgo* delimitava os poderes e indicava as pessoas adequadas para presidirem os julgamentos. Seguia-se o modelo acusatório, podendo em certos casos (como a falsificação de moeda) haver perseguição *ex-officio*. Pierangelli descreve o *modus operandi* da perseguição penal destacando a necessidade de se provar a acusação de imediato ou fazê-lo por escrito, indicando três testemunhas para posterior apuração. O autor noticia, ainda, a possibilidade de composição entre as partes, fazendo pressupor a aceitação primitiva da **verdade** formal no Direito Processual Penal que antecede as ordenações.

Admitia-se a tortura para a obtenção da confissão desde que esta se ajuntasse aos termos da denúncia. Isto não ocorrendo, poderia o acusado ser punido com os mesmos tormentos, também assim punido o juiz corrupto que impusesse tortura tão grave que levasse o acusado à morte.

Desta forma, para se chegar à verdade admitia-se como prova a confissão, as testemunhas e a prova documental (as cartas e declarações escritas).

Historiadores noticiam, de modo controvertido, que o *Fuero Juzgo* teve pouca influência em Portugal. Todavia, é certa a presença deste espírito normativo em diversos documentos encontrados e que hoje integram o patrimônio histórico Lusitano.

Marcando de certa forma o renascimento do Direito Romano na península Ibérica, segundo Pierangelli, as FLORES DE LAS LEYES e posteriormente o FUERO REAL tiveram maior importância no Direito Português.

Constituindo-se como um limitado Código de Processo, as **Flores de Las Leyes** impõem a necessidade de se ter as três partes no processo: demandador e o juiz.

As sentenças, por sua vez, poderiam ter o caráter interlocutório ou definitivo, incidindo a primeira em demanda secundária no processo e a segunda agindo diretamente sobre o mérito.

Às **Flores de Las Leyes** seguiu-se o **Fuero Real** por volta de 1252, no reinado de D. Afonso X. Este dispositivo normativo estabelecia as regras para as

causas criminais, públicas e privadas, estabelecendo situações especiais de proibição de demanda para judeus, mouros e hereges e definindo jurisdição especial para o clero. Estabelecia, ainda, a necessidade de uma acusação formalizada (escrita) e a possibilidade do perdão ao acusado.

Também como obra de D. Afonso X, destaca-se a Lei das Sete Partidas, que versa:

“No processo penal operou-se uma importante transformação, com a passagem do procedimento acusatório, com as ressalvas já aludidas, para o procedimento inquisitivo. Os delitos passam a ser perseguidos *ex-officio*, ante a ausência de acusação, e o juiz não se mantém equidistante. Ao contrário, ele representa uma reação contra o delito, que não significa uma simples questão entre as partes, mas sim um ataque a um bem jurídico tutelado, cujas conseqüências atingem toda a sociedade.” (Ibid. p. 39)

Em conclusão a esta fase que antecede e prepara o período das Ordenações, Pierangelli noticia certa interferência ainda dos **Forais**²⁰ e do **livro de Leis e Posturas** no processo penal, sendo que deste último não se tem com precisão toda a amplitude de sua vigência, data de criação e clara definição de sua jurisdição.

1.2 – As Ordenações

Em período brevemente anterior ao surgimento das **Ordenações Alfonsinas**, já se tinha em Portugal a vingança de normas processuais que, em síntese, dispunham sobre a *notitia criminis*, o início do processo, a queixa, a investigação oficiosa ou *ex-officio*, a obrigação de testemunhar, a competência do juiz quanto ao local do fato, as formalidades para a prisão preventiva a fim de evitar

²⁰ “De uma maneira geral, os forais continham disposições acerca de tributação, serviço militar, aproveitamento de matas comuns, e, no que interessa ao processo penal, as multas e composições pecuniárias pelos crimes e contravenções, regras sobre o ônus da prova e da maneira como as provas deviam ser colhidas. As testemunhas eram inquiridas publicamente.” (Ibid: p. 43)

a prisão de inocentes, as formalidades para acusação e defesa, as provas e a formação da convicção do juiz, a assistência judiciária ao acusado pobre, a sentença que deveria ser obrigatoriamente escrita e o prazo necessário de vinte dias para execução da pena quando se tratasse de pena de morte ou de amputação de um membro do corpo, com vistas a uma possível revogação da sentença.

Assim, ao surgirem, as **Ordenações Alfonsinas** já herdavam uma tradição processual que indicava os caminhos mais aceitos pelo povo e adequados ao rei.

Combatendo a vingança privada, as **Ordenações Filipinas** podem ser consideradas a primeira grande codificação europeia, visto que indicava normas para todas as necessidades jurídicas da sociedade, facilitando a atividade administrativa do Estado.

No campo penal e processual penal mantinha-se a punição considerando a classe social do apenado, variando, então, o tipo e quantidade de pena, sendo esta mais cruel e sanguinária na medida em que se aproximava dos mais pobres.

O processamento do crime se dava por acusação, inquirição (*ex-officio*) ou denúncia (delação secreta).

A citação ocorria após a oitiva de testemunhas, todavia o réu poderia, no interrogatório, exigir a oitiva dos mesmos na sua presença, fazendo, assim, o *confrontatio*. Deste modo, poderia o juiz formar sua convicção e decidir a causa.

Pouco há para se comentar sobre as **Ordenações Manoelinas**, visto que:

“As leis de D. Manoel, cuja edição definitiva é de 1521, são, fundamentalmente, as mesmas de D. Afonso. Daí haverem alguns julgado ter nascido a nova compilação tão só da vaidade do rei de ligar seu nome a um Código como já o unira às descobertas marítimas preparadas por seus antecessores e ocorridas durante seu feliz reinado”. (Pinho, 1992: p. 6)

As Ordenações Manoelinas tiveram relevada importância na publicidade e divulgação do Direito no meio popular, uma vez que, aproveitando-se da invenção

da imprensa, o Rei determinou a publicação das normas tornando-as, portanto, conhecidas também fora dos domínios portugueses.

A maior parte da história colonial do Brasil, porém, esteve sob a égide das Ordenações Filipinas, que ditaram, após a vigência das Ordenações Manoelinas, as regras penais e processuais penais até as normas do império.

Segundo Pierangelli, destacam-se nas Ordenações Filipinas os seguintes aspectos de caráter processual penal:

- a) Censura à justiça privada
- b) Acatamento das normas processuais penais anteriores.
- c) Juízo criminal distinto do juízo cível.
- d) Procedimentos divididos em **Públicos e Particulares**.
- e) Início dos procedimentos com a querela, denúncia ou pronúncia.
- f) Pronúncia fundamentada no corpo delito e indício de autoria.
- g) Admissibilidade de confissão obtida por tortura (tormentos) e oitiva de testemunhas.
- h) Investigação de crimes de autoria incerta por mais de **Devassas**.
- i) Proibição de querelas por: impúberes, mulher casada sem autorização do marido, doente mental, e nos crimes públicos os clérigos, a mulher, o condenado ao degredo perpétuo, o infame, o sócio do crime, o condenado em causa cível ou criminal antes da execução da sentença, aquele que promovesse ação cível por igual fundamento.

No século XIV, foram nomeados para o Brasil ouvidores que detinham certo poder de processar e julgar em matéria cível e criminal sem, contudo, decidirem sobre matéria de real interesse da coroa.

Criado em 1609, o Tribunal de Relação da Bahia não chegou a produzir os furtos esperados, esbarrando, principalmente, nos problemas gerados pela dimensão territorial do país.

A ausência quase completa de um poder judiciário e de normas que atendessem aos interesses populares gerava grande insatisfação na sociedade.

Retratando esse descontentamento do povo, o poeta barroco, Gregório de Matos Guerra –*O Boca do Inferno* – assim descreveu a justiça, na ironia de seu poema:

**“E que justiça a resguarda?.....Bastarda
É grátis distribuída?.....Vendida
Que tem que a todos assusta?.....Injusta**

**Valha-nos Deus o que custa
O que El-Rei nos dá de graça
Que anda a justiça na praça
Bastarda, vendida, injusta.” (1988: 38)**

1.3 – A Ocupação Holandesa

Tendo se iniciado na primeira metade do século XVII e terminado na segunda metade, a ocupação Holandesa no Brasil, notadamente na região nordeste, deixou também suas marcas jurídicas, que foram significativamente diferenciadas das normas portuguesas e espanholas .

A hierarquia do governo holandês no Brasil era assim organizada:

- Alto Conselho
- Conselho Político e Conselho de Justiça
- Conselhos Escabinados

O alto conselho presidido pelo Conde Maurício de Nassau tinha todo o poder sobre a nova Holanda, como era chamado o Brasil. O Conselho de Justiça tinha o segundo grau de jurisdição, sendo o primeiro da competência dos escabinados, com base territorial menor e também colegiado. Era tomado por holandeses, pessoas da terra e portugueses.

Notícia histórica que vale ser ressaltada é a presença de indígenas nos Conselhos de Escabinados. Sobre isso, esclarece Ruy Pinho.

“(...) embora possam talvez induzir a isto as seguintes transcrições de trechos do livro de José Antônio Gonsalves de Melo Neto:

‘Para acomodar os índios e ‘evitar as consequências do massacre de holandeses que teve lugar no Ceará, obra de índios revoltados, no ano de 1644, o Conselho dos XIX reconheceu em documento escrito – ‘por provisão’, dizem os Mss. – o direito dos Índios, tupis e tapuiais, à liberdade. O documento se achava em poder dos índios em 30 de março de 1645, quando teve lugar na aldeia de Tapiserica a grande reunião de indígenas para a qual Souto Maior foi o primeiro a chamar a atenção, traduzindo para o português o que consta de certa ‘Dagelijkche Notule’. Nessa ocasião foram escolhidos regentes índios para dirigir grupos de aldeias, bem como instituídas Câmaras de Escabinos para cada um desses grupos. Às Câmaras cabia dirigi-los, sendo que as resoluções de caráter geral deveriam ser tomadas depois de ouvidos o ‘*commandeur*’ Johan Listry e o Supremo Conselho’.” (Pinho, 1973: p. 137/138)

O governo holandês também instituiu para atuar junto às Câmaras de Escabinados a figura do escolteto (Promotor de Justiça) e dos curadores que zelavam pelo interesse de menores órfãos. No segundo grau de jurisdição, ou seja, junto ao Conselho de Justiça, estava o Ministério Público representado pelo Fiscal ou “Advocaat-Fiskaal”, tendo esse a função de defender os interesses da campanha holandesa e de acusar criminosos que seriam julgados originalmente em segunda instância.

Sobre a prática da justiça no Brasil-holandês, sintetiza Ruy Pinho, comentando as palavras de Frei Manuel Calado: p. 152

“Frei Manuel Calado não a perdoa. Admite qualidades no Príncipe, mas o inclui nas negociatas feitas então. Aos do Supremo Conselho, aos do Conselho Político, ao Fiscal, aos escabinos flamengos, aos escultetos, nega qualquer interêsse em fazer justiça. Tôda a organização judiciária existente outro fim não teria senão o de ‘dissipar e destruir a Província de

Pernambuco, e parar de sorte aos moradores dela, que lhes não ficasse coisa em que pôr os olhos, para que ou forçados da necessidade despejassem a terra, e fôsem buscar para viverem outras estranhas, ou constrangidos das muitas crueldades e traições lhes entregassem tôdas suas fazendas, e havendo de ficar na terra fôsem mais que cativos, e escravos trabalhando de dia, e de noite, não para si, senão para seus inimigos’. Estas afirmativas de Calado vão encontrar, de certo modo, ressonância na apreciação feita pelo Conde João Maurício de Nassau em seu testamento político: os holandeses ‘são homens tais que preferem sofrer danos na vida a sofrê-lo na fazenda ; esta é para êles mais cara que a menina dos olhos’.” (Ibid: p. 153)

O processo penal holandês admitia o réu livrar-se solto, em certos casos, mas na maioria deles era o acusado preso, inclusive com uso de grilhões e submetido a torturas para obtenção de confissão. O mesmo poderiam sofrer as testemunhas que, por outro lado, poderiam ser pagas pelo depoimento, fatores que contribuíam com o aumento de casos de falso testemunho, fato também destacado por Frei Manuel Calado e apontado por Pierangelli.

1.4 – O Processo Penal no Império

Tendo chegado ao Brasil as idéias iluministas, inclusive as notícias das concretizações políticas dessas idéias na Revolução Francesa, o governo monárquico, já independente da coroa portuguesa, vivenciava o dilema entre atender os anseios intelectuais e até populares por normas mais liberais e, de outro lado, a necessidade sentida por D. Pedro I de ter sob seu comando as regras e as instituições nacionais.

Entendendo que a Assembléia Constituinte o traía, o Imperador dissolveu aquele colegiado e, posteriormente, apresentou um outro projeto à

Constituição Imperial, colocando o Estado com uma tríplice divisão de poderes, subordinados ao poder moderador do Imperador. Numa crítica pública à postura de Sua Majestade, o Barão Homem de Melo noticiou:

O DECRETO de dissolução de 12 de novembro declarou que a Assembléia Constituinte perjurara ao solene juramento, que prestara à Nação, de defender a integridade do Império, sua independência, e a dinastia de Bragança; e na proclamação de 13 de novembro, dirigida pelo imperador aos brasileiros, lêem-se estas palavras:

‘Se a Assembléia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião e nossas vestes seriam tintas em sangue’.

‘As prisões agora feitas serão pelos inimigos do Império considerados despóticas. Não são. Vós vêdes, que são medidas de polícia próprias para evitar a anarquia e poupar as vidas desses desgraçados...’.

(...) A irritação e o ódio haviam então substituído a razão de Estado.”

(Melo, 1986: p. 9)

Nesse contexto, surgiu o Código de Processo Criminal do Império, bastante elogiado pelos liberais, que o apontavam como sendo um instituto verdadeiramente revolucionário frente aos ditames das Ordenações Filipinas. Até mesmo juristas e historiadores mais contemporâneos analisaram, da mesma forma aquele código. Em defesa do Código de Processo Criminal do Império se manifestaram César Tripoli, João Mendes de Almeida Júnior, Goldino Siqueira e José Frederico Marques, dentre outros.

Juristas mais conservadores, no entanto, julgaram o código por demais liberal. Carpenter afirmou:

“Ao lado de elogios, o Código também sofreu críticas, em razão do seu conteúdo bastante liberal. CARPENTER afirma que, ‘por ser liberal demais, concedia ao acusado todas as garantias, ao passo que, quanto à autoridade do poder público, não o armava de meios necessários para a descoberta e perseguição dos delinquentes’.” (APUD, Pierangelli. id. p. 99)

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância (sendo este o título que lhe fora conferido pela Lei de 29 de novembro de 1832) tinha na sua primeira parte os dispositivos referentes à organização da justiça. A segunda parte tratava da Forma do Processo, especificando regras gerais para o processo, para processo sumário e para o rito ordinário, inclusive para o tribunal do júri. O Código tratava por fim da matéria recursal, das disposições gerais e do *Habeas Corpus*.

No tocante ao método investigativo da verdade, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância admitia tanto a prova documental quanto testemunhal, fazendo as ressalvas quanto àqueles que não podiam depor na condição de testemunhas, mas tão somente como informantes. O código previa, ainda, a possibilidade de acareação e confrontação entre testemunhas e entre estas e o acusado.

O interrogatório do acusado deveria seguir o roteiro previsto no artigo 98, como se pode ver:

Art. 98. O Juiz mandará ler ao réo todas as peças comprobatórias do seu crime, e lhe fará o interrogatorio pela maneira seguinte:

§ 1º Qual o seu nome, naturalidade, residência, e tempo della no lugar designado?

§ 2º Quaes os seus meios de vida, e profissão?

§ 3º Onde estava ao tempo, em que diz, aconteceu o crime?

§ 4º Se conhece as pessoas, que juraram contra elle, e desde que tempo?

§ 5º Se tem algum motivo particular, a que attribua a queixa ou denuncia?

§ 6º Se tem factos a allegar, ou provas que o justifiquem, ou mostrem sua innocencia?

O Código de Processo Criminal procurou ser cauteloso quanto aos critérios de produção da verdade, inclusive por tentar assegurar o contraditório. Todavia, o “Espírito das Luzes” que lhe inspirara, não fora o bastante para evitar alguns graves pecados de ordem lógica e processual, como no caso da confissão,

haja vista que esta chegou a ser admitida sem a companhia de outras provas. Eis como o artigo 94 tratou a matéria:

“Art. 94. A confissão do réo em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstancias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o à pena immediata, quando não haja outra prova.”

Merece destaque, ainda, a terminologia utilizada pelo referido código, percebendo-se que não há uma padronização no tratamento dispensado ao acusado. Delinqüente, acusado, “reo” (sic), criminoso, e outros, demonstram o pouco cuidado técnico do legislador, visto que, diante da situação, a denominação não era tão somente uma questão de forma, mas implicava numa sistemática ideológica, ou seja, pela denominação designada para o acusado, o Código deixava transparecer o olhar preconceituoso do legislador, que não chegava a considerar a presunção de inocência. Assim, pode-se, por exemplo, encontrar a utilização do termo criminoso para aquele que ainda não fora julgado ou que não teve a sentença transitada em julgado, desafiando, inclusive, a hipótese deste vir a ser absolvido por uma excludente de ilicitude ou de culpa em que não se caracterizava o crime. Nesse sentido, o Código Criminal do Império do Brasil impunha:

“Art. 142. Estando o delinqüente preso, ou afiançado, ou residindo no Districto, de maneira que possa ser conduzido à presença do Juiz, assistirá à inquirição das testemunhas, em cujo acto poderá ser interrogado pelo juiz, e contestar as testemunhas sem as interromper.”

Art. 189. Conceder-se-há mandados de busca:

§ 1º Para apprehensão das cousas furtadas, ou tomadas por força, ou com falsos pretextos, ou achadas.

§ 2º Para prender criminosos.

Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possível toda a matéria da accusação, e da defeza, e as

razões expandidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes:

§ 1º Se existe um crime no facto, ou objeto da accusação?

§ 2º Se o acusado é criminoso?” (grifo nosso)

No mais, em que pese o “espírito liberal” que pairava sobre o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, a formação da convicção do julgador para prolatar a sentença com base numa “verdade lógica”, esbarrava em alguns problemas de ordem lógica e institucional.

Um desses problemas foi bastante criticado por doutrinadores brasileiros, visto que era de tal maneira grave que a literatura jurídica processual não deixa de omitir. Trata-se da organização do Poder Judiciário que foi tratada com descaso, ou no mínimo, com pouca eficiência. Assim, acentua Romeu Pires de Campos Barros:

“Embora ainda tratasse com promiscuidade da organização judiciária, em sua primeira parte, o que lhe valeu sérias críticas, notadamente no que tange à regulamentação do júri, não se lhe podem negar as qualidades de um verdadeiro monumento legislativo, para a época em que foi promulgado.” (Barros, 1987: p.64)

Outro ponto de destaque no Código era a sua forte tendência para o sistema inquisitório, fato que ficou evidenciado com a reforma de 13 de dezembro de 1841, em que a polícia tinha os papéis de polícia administrativa, polícia judiciária e em certos casos, substituía a justiça, com atribuições e competência para a formação de culpa do acusado. Esta situação, como destaca Romeu Pires, perdurou até 20 de setembro de 1871, quando entrou em vigor a lei 2033 que restabeleceu os limites da polícia e repousou no Poder Judiciário o papel de gerenciador do processo e formador da culpa.

Dessa forma, verifica-se que o século XIX não permitiu ainda que, sem tranqüilidade, ou seja, sem interferências institucionais e políticas, pudesse a prova

ser devidamente produzida para a formação da convicção do juiz em busca da verdade, em que pese, mais uma vez, o caráter liberal do Código Imperial.

O período republicano fez com que certos institutos jurídicos relevantes ganhassem o status constitucional, como por exemplo o *Habeas Corpus*, que foi significativamente ampliado e reforçado pela Constituição de 1889, assim como a instituição do júri popular.

Por outro lado, a Carta Magna Republicana deixava margem para que cada unidade da federação legislasse sobre a matéria processual penal, permitindo que os princípios, que antes eram gerais para todo o ordenamento processual, passassem a uma relativização e diversificação, de conformidade com a tendência de cada Estado.

Deste modo, verificou-se no Brasil, até a promulgação da Constituição de 1934, uma pluralidade promíscua, do ponto de vista das orientações gerais e dos princípios, na feitura e elaboração dos Códigos Processuais Penais. Esta falta de unidade gerou problemas de tal gravidade, que a União forçadamente acabou chamando para si o poder exclusivo de legislar sobre a matéria, na tentativa de uniformizar e orientar de maneira geral as condutas persecutórias do Estado²¹. A primeira norma de caráter geral advinda da Constituição de 1934 foi o Decreto Lei nº 167 de 5 de janeiro de 1938 que limitou os poderes do tribunal do júri e deu outras providências quanto ao seu funcionamento e ainda sobre a matéria recursal.

²¹ Costa Ribeiro (Sociólogo) publicou pesquisa pela UFRJ demonstrando a tendência do Tribunal do Júri condenar mais negros que brancos no Estado do Rio de Janeiro. A pesquisa toma como referência 30 anos (1900 a 1930), e o autor expressa assim o caráter seletivo da justiça Fluminense, na vigência do modelo processual penal da república velha:

“Resumindo, a característica que mais aumentava a probabilidade de condenação era a cor do acusado. O acusado preto tinha mais chances de ser condenado no Tribunal do Júri do que qualquer outro tipo de acusado. Mas se, além de preto, fosse homem, trabalhador manual, casado e acusado de ter cometido um ‘crime de sangue’ contra uma mulher branca, as chances de condenação aumentavam ainda mais. Inversamente, o homem branco, profissional liberal e solteiro acusado do ‘crime de sangue’ contra um homem pardo tinha mais probabilidade de absolvição do que qualquer outro tipo de acusado. Obviamente os tipos de acusados apresentados neste capítulo como aqueles que tinham as maiores probabilidades de condenação e de absolvição devem ser compreendidos como ‘tipos ideais’ no sentido weberiano. Tipos construídos conceitualmente que procuram representar a realidade, mas não correspondem exatamente à realidade empírica.” (Ribeiro, 1995: p. 75)

Somente em 03 de outubro de 1941 o Decreto 3689 promulgou o Código de Processo Penal, que passou a vigorar em janeiro de 1942. Nascido no Estado Novo, seus componentes fascistas ficaram bastante evidenciados no texto da lei, que em consonância com a Constituição, reforçava o poder do ditador, exercido com a finalidade de enrijecer o governo, algo típico do modelo de Estado Italiano. Costamagna, sobre a natureza da lei, do Estado e do Ditador, expõe:

“La struttura del governo nello Stato fascista, quale è oggi già virtualmente, e quale, senza possibilità di dubbio, sarà domani compiutamente sistemata, è informata a un opposto principio che si riassume nella formula della gerarchia costituzionale ed há la sua espressione concreta nel riconoscimento della funzione direttiva di governo quale competenza attiva dell’organo Capo del Governo. (...)

La coerenza legislativa há un valore supremo trattandosi di uma fase costituente, come quella in cui versa tuttavia il regime fascista. E degna al sommo del Capo di questo è tale sensibilità; poichè, secondo l’osservazione di MONTESQUIEU: ‘Dans la naissance des sociétés ce sont les chefs des républiques qui font l’institution; et c’est ensuite l’institution que forme les chefs des républiques’.” (Constamagna, 1934: p. 614)

Em suas críticas ao modelo proposto pelo Código de Processo Getulista, Pacelli de Oliveira, em síntese, aponta alguns destaques deste diploma legal, que são bastante reveladores de sua índole autoritária:

- A presunção de culpa orientava o processamento do feito;
- A liberdade do indivíduo acusado estava num patamar inferior à segurança pública, portanto os limites à liberdade provisória e fiança eram rigorosos;
- Nem mesmo com a sentença absolutória estaria o réu, em caso de pena acima de oito anos, livre da persecução penal. Observa-se o artigo 596 (revogado em 1973):

“A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei

comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

Parágrafo único: A apelação em nenhum caso suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente”.

- A denúncia poderia levar o acusado à prisão, dependendo tão somente da pena cominada no tipo, o que evidenciava, segundo Pacelli de Oliveira uma presunção de culpa, como ocorre hoje na Lei dos Crimes Hediondos. Reforça Pacelli:

“O princípio fundamental que norteava o CPP era, como se precebe, o da presunção de culpabilidade. MANZINI, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de *inocência*, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o só fato da acusação implicava juízo de antecipação de culpa, *presunção de culpa*, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 30, nada há a se estranhar.”

(Pacelli, 2002: p. 06)

- As violações aos direitos fundamentais eram justificadas pela busca da *verdade real*, visto que de um lado o Estado usava de práticas “legais” para coagir o acusado e de outro tolerava práticas violentas, ilegais e abusivas, que tinham o mesmo propósito no sentido de “auxiliar” o Poder Judiciário, como por exemplo, a tortura, até recentemente praticada;
- O interrogatório não era visto como meio de defesa mas como meio de prova e o silêncio do acusado poderia ser interpretado em prejuízo à sua defesa.

Algumas alterações ocorridas na década de 70 chegaram a dar uma leve flexibilização ao Código de Processo Penal, como no caso da liberdade provisória, que foi contemplada com a famosa Lei Fleury, fruto de um casuísmo necessário ao regime militar e que beneficiou toda a sociedade brasileira.

Ocorre, porém, que somente com a Constituição de 1988 as mudanças em alguns princípios processuais penais foram possíveis, como o da presunção da inocência, da liberdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa envolvendo nesse particular os processos judiciais, administrativos ou de qualquer outra natureza. A soberania dos veredictos do júri popular, o direito ao silêncio e ao devido processo legal, o direito à vida e à integridade física, bem como à intimidade e à proteção contra as provas obtidas por meios ilícitos deram ao processo penal brasileiro uma nova orientação de conduta, ou seja, a norma constitucional iniciara o trabalho de pôr freios à máquina estatal de perseguir e punir os réus a qualquer custo. Até mesmo a execução e a modalidade de penas passaram a se ajustar ao modelo da democracia neo-liberal, que começava a se estruturar no Brasil, adaptando-se à globalização.

Necessário dizer, porém, que as alterações de natureza constitucional ainda não se concretizaram na realidade judiciária do país, ao ponto de terem uma aplicação automática e generalizada na atividade da persecução penal.

Nesse sentido, vale ainda lembrar que os manuais de Direito Processual Penal levam para os cursos de graduação postulados e conceitos que já não mais se sustentam constitucionalmente, mas que ainda refletem o “inconsciente histórico” de cunho fascista que também permeou o ensino e a prática jurídica das décadas de sessenta, setenta e oitenta, estando estas sob a tutela da ditadura militar.

Assim, nos encontramos na atualidade, diante de uma norma processual penal que historicamente se mostrou incoerente em relação às necessidades coletivas, quando não, viciada por elementos alienígenas ao Direito ou de duvidosa capacidade de pacificação, resolução dos problemas e ajuste social dentro dos critérios culturais e axiológicos de cada época.

2 – O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A CIÊNCIA.

Preocupado em atingir a pacificação social dentro daquilo que determina o credo liberal, no qual o cumprimento do **contrato social** é um dogma a ser reverenciado por ambas as partes, cidadão e Estado, surge o Direito Processual Penal como um dos instrumentos mediadores dos conflitos entre particulares, e entre esses o Estado, quando ocorridos na seara criminal.

Apresentado para o povo como uma das importantes páginas do **contrato social**, o Direito Processual Penal é revestido de princípios que, segundo o modelo preconizado pelos iluministas, poderiam garantir a este ramo normativo toda a autoridade e a legitimidade necessária para fazer valer a força da lei, quando necessário o seu emprego.

Desse modo, ficaria o cidadão, o pólo mais fraco quando num confronto direto com o Estado, devidamente “armado” para que a batalha judicial pudesse ocorrer em pé de igualdade até o trânsito em julgado da decisão processual.

Ora, a credibilidade destas **armas**, ou garantias das quais pode o cidadão desfrutar, deveria ser decorrente não só da composição política, mas também de uma ordem lógica que fizesse com que o sistema judiciário funcionasse igualmente para todos, em todas as situações em que fosse acionada.

Desta forma, antes mesmo de se deparar com os cânones do Direito Processual Penal, depare-se em síntese, com os seus princípios, valendo aqui o comentário de Paulo Rangel:

“Luis Diez Picazo ensina que a idéia de princípio deriva da geometria, onde designa as verdades primeiras; logo, diz o jurista, são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geometrico (apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., p. 328).” (Rangel, 2002: p. 01)

2.1 – O Princípio do Devido Processo Legal

Previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, este princípio impõe o uso da formalidade quando o Estado, ou particular, quiser impor a outrem a perda dos bens ou da liberdade, uma situação ou estado de vida, ou mesmo quando estiverem presentes interesses coletivos e difusos.

Particularmente, no tocante à aplicação criminal deste princípio, deve-se tê-lo como *a priori* para a aplicação de quaisquer das cinco medidas punitivas previstas no inciso XLVI do referido artigo constitucional.

O **devido processo legal** orienta a jurisdição e competência do órgão julgador, bem como impõe às partes seus limites, ainda mais quando se tratar do cerceamento da liberdade e da produção de provas, devendo ser esta sempre uma exceção no curso das investigações. É, como diz Rangel, **“o princípio reitor de todo arcabouço jurídico”** (ibid. P. 03).

A importância deste princípio é ressaltada, há muito, e revela-se no direito estrangeiro mais tradicional, onde por exemplo, é amparado nos Estados Unidos pela Emenda V²² da Constituição norte-americana. Nesse sentido, comenta Guido Soares:

“4º) o irrestrito respeito ao princípio do *Due Process of Law*, ou seja, as normas constitucionais de resguardo aos direitos do cidadão (*citizens*, na redação original dos textos constitucionais) e, por construção do *case law*, a toda pessoa humana, residente ou não nos EUA, desde que submetida aos tribunais do país, naqueles direitos subjetivos fundamentais à vida, liberdade, livre expressão, ao ir e vir, ao julgamento em crimes graves (*felonies*) por um júri, e, em especial, a propriedade individual, seja nas

²² Emenda V: Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

suas formas diretas, seja nas indiretas (por haverem os *case laws* estendido aquelas proteções, igualmente, às pessoas jurídicas).” (Soares, 1999: p. 105)

A correta observância do princípio do devido processo legal, implicando nos demais princípios de natureza constitucional, poderia, dentro da ótica iluminista-liberal, possibilitar a realização de uma investigação razoavelmente segura, ou seja, com mínimas chances de erros para se chegar à verdade, recebendo essa, no processo penal, o adjetivo de **verdade real**.

2.2 – O Princípio da Verdade Real

Tem esse princípio a finalidade de garantir a correta apuração das provas com vistas a reconstituir, da maneira mais real possível, o fato ocorrido de modo a possibilitar a melhor formação da convicção do julgador.

No processo penal a verdade foge da convenção das partes e entra na seara da razão, quando se destacam, na sua construção, a lógica, a racionalidade e o nexo de causalidade *a priori*. A verdade real deveria estar isenta dos elementos políticos, ideológicos, axiológicos e dos demais elementos culturais que pudessem, de alguma forma, ofuscar sua natureza. Todavia, a própria formalidade legal do método, para sua obtenção, não exime a **verdade real** de ser contaminada por todos os elementos estranhos aos fatos, que são trazidos ao processo pela sistemática letal e pelas contingências do processo legislativo e dos próprios legisladores.

O caráter absoluto da verdade real, que em regra assim se afirma, coloca o Estado no papel da intransigência, ou seja, fica o Estado impedido de transacionar com o cidadão, compondo outro resultado para o processo, diferente daquele que os fatos supostamente poderiam apontar. Esta é a regra para o princípio da **verdade**

real. Todavia, a Constituição Federal e lei 9.099/95 e outras mais recentes (Lei dos Crimes Ambientais) já apontam exceções, possibilitando a composição entre as partes antes mesmo de iniciada a ação penal, mas é justamente o caráter excepcional destas normas, que reforça a regra para os demais delitos não enquadrados naquilo que se conceituou como crime de menor potencial ofensivo.

A dogmática tem criado situações que às vezes parecem colocar o princípio da verdade real em situação contraditória, como a de não haver verdade fora dos autos processuais ou então “o que não está nos autos não existe”. Daí porque outros princípios e normas reguladoras da prática processual controlam as formas de fazer chegar aos autos os elementos que construirão a verdade que se busca para formar a convicção do julgador.

A busca da verdade²³, em toda sua plenitude, é, em outras palavras, a garantia para o cidadão acusado, de que, em sua batalha judicial contra o Estado, não estará ele à mercê da sorte de ter o mérito de seu processo julgado conforme a personalidade, o humor ou o estado de ânimo do juiz. Para tanto, o artigo 234 do Código de Processo Penal impõe ao julgador que este também traga para os autos a prova documental que seja relevante para o esclarecimento dos fatos, mesmo sem requerimento das partes, ou ainda, na fase final que antecede os derradeiros atos, que determine diligências que possam sanar falhas, podendo, inclusive, ouvir novamente o acusado e testemunhas.

Assim, o princípio da verdade real, ao lado do princípio do devido processo legal, estrutura e ordena a atual sistemática processual penal, sem prejuízo da importância e relevância dos demais.

²³ “Em toda a prova, qualquer que ela seja, aparece a idéia de uma verdade *formal* ou de uma verdade *material*, que deve ser o seu objeto; isto é: no primeiro caso, não tendo em conta a íntima convicção do juiz, nem os motivos de decidir aconselhados pela razão e pela experiência, a lei obriga a considerar verdadeira tal demonstração, que, demais, só se apóia em certos motivos de pura fórmula; no segundo caso, ao contrário, tem o juiz o direito de basear sua convicção sobre os meios mais seguros para chegar à verdade.” (Mittermanier, 1997: p. 16)

2.3– O Princípio do Contraditório

No mesmo diapasão do devido processo legal e com vistas à busca correta da verdade real, o **princípio do contraditório** se apresenta como sendo aquela necessidade obrigatória que tem o Estado de permitir e possibilitar ao acusado que, de todas as formas lícitas, compareça ao processo para apresentar sua versão sobre o fato e construir sua defesa.

O princípio do contraditório deve ser observado desde o momento da citação, com a confirmação da citação válida, passando pelas formalidades do interrogatório, da defesa prévia e de todos os demais atos processuais que interessem à defesa, valendo destacar aqui a necessidade de se garantir ao acusado um defensor teoricamente habilitado.

O exercício pleno do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos administrativos, judiciais e quaisquer outros em que seja alguém acusado de alguma forma, deve ser rigorosamente aplicado sob pena de se tornarem nulos os atos praticados. Ressalta Rangel:

“O devido processo legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório necessário à elucidação do fato, contraditório este, sem o qual o processo será manifestamente nulo.”(Rangel, 2002: p. 17)

2.4– O Princípio da Publicidade Processual

O princípio da publicidade processual decorre do entendimento de que o Estado deve ter transparência em seus atos, ou em outras palavras, tudo que diga respeito a **Res Publica** deva ser trato às claras, sem qualquer restrição ao olhar, opinião e julgamento público.

Em se tratando de processo penal, a coisa pública está justamente incorporada na própria lei processual que deve ser respeitada quando se busca investigar e punir alguém que, *a priori*, “rasgou o contrato social”, a lei substantiva, que também é coisa pública.

Assim, não se permite ao Estado que se investigue, processe e condene o cidadão às escondidas, até mesmo porque a publicidade do ato é, para o acusado, uma garantia de que os demais princípios processuais estarão sendo respeitados durante o andamento do feito.

A regra é a de que sempre sejam públicos todos os atos processuais. Todavia, as exceções previstas em lei visam a garantia de outros dispositivos constitucionais que estariam em risco se a publicidade do ato processual fosse absoluta, a exemplo do que ocorre com os processos em que são julgados os acusados de narcotráfico e nas votações secretas do tribunal do júri.

2.5 – O Princípio da Presunção de Inocência

Este princípio revela claramente a nova face do Estado após a Revolução Francesa visto que, no modelo absolutista, podia se constatar um exacerbado peso no poder da acusação calcado na fórmula inquisitorial.

Desta maneira, tomando o acusado previamente por culpado e obviamente como aquele que feria mais os interesses do Estado (leia-se, do rei), era aquele submetido a um “processo Kafkiano” em que a culpa era pré-estabelecida e todos os atos deveriam concorrer tão somente para corroborar com tal verdade. Dessa forma, o pressuposto da culpa era o dogma e a inocência provada era situação rara dentro do contexto do absolutismo.

A inversão dos papéis, ou seja, a colocação do acusado no pólo da inocência, estando esta sempre presumida, fez com que se buscasse maior isonomia entre as partes processuais e impondo inteiramente ao Estado, enquanto órgão

acusador, a tarefa de produzir a totalidade das provas necessárias para a condenação, com a mais rigorosa precisão. Observe-se o posicionamento de Mittermaier:

“A prova de acusação adquire maior importância por dever ser inteira e completa, para que possa haver decretação de pena; e só é plena e inteira, quando todos os fatos, que motivam essa decretação de pena, se tornaram juridicamente certos”. (Mittermaier,1997: p 13)

Em complemento a este raciocínio e, preocupado com que seja garantido o princípio da presunção de inocência, Mittermaier observa:

“Os motivos, que guiam o legislador ao traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem a toda a organização do processo criminal. São: 1º, o interesse da sociedade, a necessidade da punição de todo o culpado; 2º, a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gravemente comprometidas; 3º, por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar a um inocente”. (Ibid: p. 14)

Foi nesse contexto teórico que o legislador constituinte em 1988 fez com que o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna refletisse o artigo 9º da Carta de Direitos, aprovada na França em 1789, que apontava:

“Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu artigo 9º, que:

Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Foi exatamente quando o processo penal europeu passou a se deixar influenciar pelo sistema acusatório que surgiu uma maior proteção da inocência do acusado (Alexandra Vilela. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 29-36).

É o sistema acusatório a base para tratar o acusado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção.

A Constituição da República Federativa do Brasil, pela primeira vez, consagrou o chamado princípio da presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU”. (Rangel. p. 22)

Observa-se, então, que a presunção de inocência não deve ser tomada somente quando forem lançados os olhos do julgador sobre o mérito do processo, mas também em todo e qualquer ato que possa vir em prejuízo do acusado, não estando este condenado por sentença com trânsito em julgado. Nesta situação vale um destaque para a prisão preventiva, provisória ou temporária, pois deve se lançar mão deste expediente sempre como “*ÚLTIMA RATIO*” para a garantia da ordem processual, ordem essa que, em muitos dos casos, poderá inclusive vir a beneficiar o acusado preso provisoriamente, com a sua absolvição, em virtude de ter o juiz podido chegar sem obstáculos a uma conclusão positiva em seu favor. Situando a prisão provisória em relação à aplicação do princípio de presunção da inocência, Pacelli de Oliveira comenta:

“No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado e no do instituto a que se convencionou chamar de ‘Liberdade Provisória’.

Ali, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em uma palavra, o estado de inocência (e não a *presunção*)

proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.
(Pacelli, 2002: p. 21)

A presunção de inocência nos remete, assim, para postulados políticos que devem nortear a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ou seja, nos remete a uma compreensão do Estado construído pelas parcelas da liberdade e do patrimônio de cada indivíduo e que deve, antes de qualquer atitude primitiva, chegar à certeza da necessidade desta, mediante a comprovação positiva e eficaz da violação do “contrato social” por parte do cidadão. Em síntese, devem ser objetivamente provadas a existência do fato típico (a materialidade), a autoria, a ilicitude e a culpa, garantindo, portanto, que sejam concorrentemente observados os princípios anteriormente expostos.

Em suma, são esses os princípios e postulados constitucionais que orientam o Processo Penal Brasileiro, tanto na construção legislativa, quanto doutrinária e jurisprudencial.

Vale ressaltar que a orientação do Direito Adjetivo, do Processo Penal, segue em regra os princípios e posicionamentos teórico-filosóficos válidos para o Direito Substantivo²⁴, tornando assim, em certos momentos, muito difícil a separação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, seja no tocante ao aspecto histórico, seja no que diz respeito às linhas axiológicas e epistemológicas e mesmo no que concerne à dogmática e à jurisprudência. Numa análise histórica do Direito Penal Brasileiro, Pinho destaca:

“As críticas que transcrevemos anteriormente se referem todas ao Livro V do Código Filipino. Poderiam, com mais rigor ainda, atingir livro idêntico das outras compilações. Em todas elas o direito penal e processual penal ocuparam o mesmo lugar”. (grifo nosso) (Pinho, Ibid: p. 28)

²⁴ Desnecessário repetir aqui os princípios orientadores do Direito Penal que se aplicam ao processo penal. Basta, a título de exemplo, salientar o **princípio da legalidade**, dentre outros.

Assim, não há como se contestar a simbiose entre o Direito Penal, Processual Penal e de Execução Penal, de tal sorte que, mesmo quando o Estado não altera ou modifica concomitemente os três ramos, a modificação em apenas um gera, inexoravelmente, reflexos nos demais, visto que estão regidos pelos mesmos princípios, fato que leva Licínio Barbosa a enxergar esse complexo de normas penais como um SISTEMA²⁵:

“O sistema penal brasileiro compreende o Código Penal, o Código de Processo Penal, a legislação penitenciária, bem assim as leis penais especiais. No centro dessa legislação, está o Código Penal, traçando normas de direito material e lineamentos de direito instrumental e executório. E como satélites desse sistema, o Código de Processo Penal, que traça normas de procedimento judicial e de execução das penas; a legislação penitenciária, que complementa as normas executório-penais; e as leis penais especiais, que disciplinam matérias não abrangidas pelo Código Penal”. (Barbosa, 1993: p. 82)

Desse modo, é dentro desta visão mais ampliada da integração dos instrumentos repressores e punitivos do Estado, mais especificamente no instrumento de aplicação da pena representado pelo Processo Penal expresso nas suas três faces (lei, doutrina e jurisprudência), que se estarão doravante apontando os problemas que são, para este trabalho, de maior relevância, bem como os caminhos alternativos vislumbrados com a pesquisa teórica. Desta forma, se estará retornando aos capítulos iniciais: mito, linguagem e conhecimento, agora porém, sob a ótica do modelo ou do sistema processual vigente no país.

²⁵ No mesmo sentido e levando profundas críticas ao modelo brasileiro, Ester Hauser afirma: “Assim, o controle penal, como uma das formas de controle social, busca, em última instância, o disciplinamento das condutas humanas e faz isso através da cominação, aplicação e execução de penas. Esse exercício encontra-se, na atualidade, monopolizado pelo Estado, que pretende realizá-lo com base numa programação normativa previamente estabelecida (legalidade), transformando o sistema de controle penal num sistema formal e institucionalizado, que se realiza em duas dimensões distintas: uma programadora e outra operacional. Assim, encontramos o Direito Penal, enquanto conjunto de normas, compondo a dimensão programadora do sistema, definindo o objeto de controle, através da incriminação de comportamentos e da determinação abstrata de sanções (cominação de penas) e a forma de atuação da justiça penal, e observamos um conjunto de instituições estatais (polícia, judiciário, executivo) corporificando e operacionalizando o sistema através da efetiva aplicação e execução de penas”. (Hauser, 1997: p. 15)

3. – O PROCESSO PENAL E O MÉTODO – Questões iniciais

Impõe-se ao processo a tarefa de se chegar à verdade sobre o fato em exame, para que, a partir dessa verdade, se possa fazer um juízo de valor e, assim, ser construída uma decisão judicial. Em outras palavras, somente mediante a verdade dos fatos e das intenções dos sujeitos é que o Estado pode e deve cumprir seu papel de equacionador dos conflitos e disciplinador da sociedade para garantir a existência desta.

Afirmar, então, que o processo é método e, como tal, muitas vezes se apresenta como meio, como fórmula, e até simplesmente como fôrma, ou como procedimento, não seria no todo desproposital.

Se o Estado se propõe a intervir numa questão, tendo que decidir sobre seu mérito e assumir perante o cidadão os cânones do modelo democrático liberal, o Estado leva o cidadão a acreditar que sua intervenção, através do poder judiciário, se dará da forma mais lógica e racional possível, ou seja, através de um sistema em que passam a valer os princípios orientadores do processo e, ao mesmo tempo, o resultado do feito aponta para um dado que é fruto de uma seqüência inquestionável de relações causais. Colocando a questão de outra forma, o cidadão pode esperar do Estado que este proceda às investigações, através do processo, da forma mais científica possível.

Na primeira parte deste trabalho, foram apresentados, de maneira resumida, os vários modelos ou métodos apontados pela filosofia, mais especificamente pela epistemologia que, historicamente, dentro da evolução do conhecimento humano no ocidente, se constituíram como métodos teoricamente aceitáveis, se não de maneira absoluta, ao menos circunstancialmente.

Desta maneira, posicionando-se diante das diversas escolas teórico-filosóficas o atual modelo, no qual se fundamenta o processo penal brasileiro e considerando neste modelo suas raízes históricas já também apontadas nesse

trabalho, poder-se-ia ter, com certeza, uma “máquina processual” que produzisse a verdade com o grau de pureza que a sociedade exige?

Essa necessidade de um posicionamento científico do processo, seja ele penal ou civil, é defendida por Couture, que enxerga nesse apelo à cientificidade, a garantia do cidadão contra os abusos e arbitrariedades possíveis de serem cometidas pelo Estado. Observe-se:

“A ciência do processo não é só a ciência das petições, das provas, das apelações, das execuções, das formas e dos prazos. Seria difícil construir uma ciência de conhecimento do real, com validade universal, servindo-se, apenas, desses elementos. Antes, porém, de chegar a eles, a ciência do processo necessita assentar uma série de proposições de conteúdo real e legitimidade universal, independentemente de tempo e de espaço, sem as quais o objeto da ciência – o processo – não pode ser concebido, nem chegar a ser realizado.

Os prazos, as formas constituem regras técnicas e não regras de ciência. Este outro tipo de proposições, ao contrário, constitui as premissas da ciência do processo. Ao passo que a regra de ciência procura o conhecimento acerca daquilo que um objeto é, as regras técnicas constituem, apenas, meios para a realização de um fim.

A ciência do processo não é, unicamente, uma disciplina do ser ontológico do processo, como, também, uma disciplina do dever ser axiológico do mesmo”. (Couture, 2001: p. 155)

O autor alerta, ainda, para o perigo do processo vir a sufocar os reais interesses e finalidade da lei substantiva e do direito quando as meras regras de conduta processual ou de formalidades judiciais se sobrepõem à própria justiça como valor:

“Apenas neste campo, muito restrito, das regras técnicas e da garantia de seus fins sociológicos, caberia a afirmativa, mais metafórica do que científica, de que o jurista é um engenheiro social. Apenas neste campo,

muito restrito, das regras técnicas impostas ao legislador para assegurar a justiça; e ao juiz, para assegurar o cumprimento da lei. Mas, nem o juiz, nem o legislador, nem o constituinte se podem afastar de certos postulados, que são verdades de razão, verdades de ciência ou verdades de experiência, sem os quais não só se frustra o processo, como também o direito, a justiça e os outros valores jurídicos. Em última análise, há sempre um momento em que o direito pode sucumbir ante o processo”. (Ibid: p. 156)

E continua Couture, inserindo o processo no sistema jurídico com a seguinte fórmula:

**“A fórmula de norma jurídica
 dado A (hipótese) de ser B (conduta)
 coincide com a norma moral e, também, com os usos sociais. Em troca, a estrutura de norma jurídica dado A deve ser B; e se não o for deve ser C (coerção) inclui o novo elemento C (coerção), que já não é próprio da norma moral, nem dos usos sociais, que têm sanções, mas que não têm forma materiais de realização coativa.
 Dado A deve ser B; e se não o for deve ser C; prévio P (processo)
 Inclui um novo elemento que estabelece que não se pode chegar à coerção sem P (processo)”. (Ibid: p. 156)**

Esta necessidade de se buscar uma definição quase matemática do processo se funda, justamente, em outra necessidade, a de atingir a verdade real dentro daquele modelo de verdade exposta anteriormente na segunda parte, ao abordar este conceito dentro dos princípios processuais.

Com esta finalidade de produzir verdade, o processo se torna um instrumento pelo qual se constrói um tipo de conhecimento, conhecimento em que, além das características humanas e culturais dos sujeitos envolvidos, deve considerar também, como elementos essenciais, o *tempo* e o *espaço*, valendo aqui a

lembrança da proposição kantiana que torna esses dois fatores como elementos “*a priori*” para a possibilidade de todo e qualquer conhecimento válido.

Quando o processo penal inicia sua marcha para que, num futuro, a verdade seja conhecida e possibilite o posicionamento axiológico do julgador, deve o processo necessariamente recuar no tempo, visto que, na investigação do crime, o processo penal se constrói apenas do passado que, justamente por ser passado e não ter se passado diante do julgador, não pode, por sua própria natureza, ser reconstruído com a perfeição que a verdade real requer.

Assim, a cientificidade do processo penal é confrontada pela própria natureza do objeto investigado, ou melhor, pela própria situação cronológica do fato investigado.

Daí decorre o questionamento que a cada dia se torna mais constante e profundo acerca da **verdade** que o processo produz, apontando, alguns estudiosos, o distanciamento do resultado da pesquisa processual daquilo que é objetivado pelo princípio da verdade real, ou seja, que a decisão judicial embasada em tal tipo de certeza possa mesmo “produzir” a **verdade** (aqui nos sentidos axiológico e ontológico) preconizada pelo direito substantivo. Sobre essa dicotomia que se aprofunda entre o direito substantivo e o direito adjetivo, visto que a formalidade e as regras conjunturais do processo impedem muitas vezes o desvelamento da verdade e de seu sentido teleológico, Castanheira Neves assim comenta sobre os tipos de racionalidade que fazem a diferença entre o direito na sua essência e na sua forma:

“Outras diferenciações relativas ao tipo da racionalidade prática são sistematizáveis por uma Segunda dicotomia, não menos importante hoje do que a anterior: a dicotomia da racionalidade prática de sentido *substancial ou material* e a racionalidade prática de sentido *processual (procedimental) ou formal*. São do primeiro tipo as racionalidades cujas validades que intencionam ou pretendem manifestar se refiram e sejam a expressão de

um *fundamento material*. A conclusão, a posição, a pretensão e a decisão práticas têm-se por válidas porque são racionalmente sustentadas ou justificadas por algo materialmente pressuposto que se entende susceptível de dar sentido positivo (justamente fundamentante ou legitimante) à prática – seja esse algo de natureza ontológica, antropológica, axiológica, sociológica, etc. e decerto que esse algo fundamentante material, porque tem como tal também uma intencionalidade material, se há-de manifestar no próprio *conteúdo* da atitude prática em causa. São do segundo tipo as racionalidades que justificarão ou legitimarão a validade que se propõem exprimir, quanto a qualquer daquelas possíveis atitudes práticas, através do ‘processo’, do modo procedimental ou operatório, de a ela chegar e de a afirmar. O que neste caso dá validade a qualquer daquelas atitudes práticas deixa de ser um fundamento (material), que se invoque e que se manifestaria no seu conteúdo, para ser o procedimento (decerto orientado por regras convecionadas ou institucionalizadas) que a elas conduziu e as constituiu”. (Neves, 1993: p. 43)

E quanto ao que vem a ser importante para o direito substantivo e para o direito processual, diz Neves:

“No primeiro tipo, o essencial é o conteúdo e secundário o modo de obtenção, no segundo tipo o essencial é esse modo e secundário o conteúdo – em termos de se admitirem de antemão aqui soluções de conteúdos diferentes ou entre si fungíveis, num como que princípio de equivalência ou indiferença material, enquanto que ali vigora pelo contrário o princípio da ‘única solução válida’. Numa palavra: legitimação (validade) pelo fundamento material, num caso; ‘ legitimação (validade) pelo processo’ – segundo a formulação de N. Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, 1969 – no outro caso”. (Ibid.1993: p.)

Diante deste quadro, algumas indagações se fazem necessárias para se situar o atual contexto teórico do Direito Processual Penal no Brasil:

- Se sustentando nas atuais estruturas da legislação ordinária, que instrumentaliza o julgador para a marcha processual, o Direito Processual Penal reúne, na sua dogmática, na legislação pertinente e na jurisprudência produzida, as condições necessárias para fazer valer todos os princípios presentes dentro e fora da órbita constitucional?
- Pode o processo penal brasileiro fazer a conciliação entre a busca da verdade real e a observância estrita dos referidos princípios?
- É possível se afirmar, com certeza, a existência de um grau de cientificidade que permita a todo cidadão que está sendo julgado, crer que a decisão a sair do processo não será comprometida pelas tendências subjetivas (compreendendo aqui todas aquelas de natureza moral, psíquica e cultural) do julgador?
- Sendo um instrumento legal de reconstrução do passado e que implicará no futuro da vida daquele que está sendo julgado, deve o processo penal se pautar pelos interesses legais circunstanciais ou por uma rotina de conduta calcada na lógica, no método preciso e na racionalidade científica?
- Quais os limites entre a racionalidade científica necessária ao processo penal e os interesses políticos presentes no método de investigação penal proposto pelo Estado?

E como última questão:

- Se entender-se que, de fato, o processo penal é um método, o julgador e as partes poderiam confiar nesse método como instrumento eficaz de elucidação da **verdade real**?

4 – O PROCESSO PENAL E O CONTEXTO POLÍTICO-ECONÔMICO

Buscando possíveis respostas para as indagações anteriores, há de se perceber a necessidade inicial de se aclarar as fronteiras entre o elemento político e o dado científico para o processo penal.

Fruto do modelo liberal, o atual processo penal e seus princípios se propõem a manter a estabilidade social à custa das parcelas do patrimônio e das liberdades dos indivíduos, que são subtraídas para a composição e manutenção do Estado.

A evolução da história do modelo liberal demonstra a grande resistência desse modelo que resistiu a duas guerras mundiais e dezenas de outras guerras particulares e, ainda, à presença dos modelos socialistas em boa parte do planeta durante quase todo o século XX.

Chegando hoje travestido com os conceitos do neoliberalismo e com os objetivos nítidos de garantir a expansão e o fortalecimento da globalização, a versão capitalista do Estado ainda não consegue responder, nos países periféricos como o Brasil, aos desafios de inserí-los no mercado internacional globalizado, sem comprometer as necessidades sociais mínimas para a sobrevivência da população cada vez mais empobrecida.

Essa contradição entre a inserção do país no mercado globalizado e a resolução dos problemas sociais apresenta-se com enorme dificuldade de superação, visto que a subordinação do Estado²⁶ às forças econômicas nacional e internacional é notória.

²⁶ Nesse caso vale como pertinente a abordagem do termo “Estado” de Louis Althusser:

“O Estado é, antes de mais nada, o que os clássicos do marxismo chamaram de o *aparelho de Estado*. Este termo compreende: não somente o aparelho especializado (no sentido estrito), cuja existência e necessidade reconhecemos pelas exigências da prática jurídica, a saber: a política – os tribunais – e as prisões; mas também o exército, que intervém diretamente como força repressiva de apoio em última instância (o proletariado pagou com seu sangue esta experiência) quando a polícia e seus órgãos auxiliares são ‘ultrapassados pelos acontecimentos’; e, acima deste conjunto, o Chefe de Estado, o Governo e a Administração”. (Althusser, 1983: p. 62)

A economia passa, então, a ser a detentora das linhas políticas e institucionais do país, restando ao Direito fazer um discurso “legalizador” dessas posturas. Desse modo, se de um lado a Constituição Federal destaca as garantias fundamentais e os direitos individuais e sociais, de outro, as regras econômicas limitam o Estado a não praticar políticas públicas que garantam a eficácia desses direitos retratados na Constituição e na legislação infra-constitucional.

Nessa mesma medida analisa Eisele:

“A política neoliberal visa modificar a relação de troca compensatória identificada, segundo a qual, no Estado do bem-estar social, os detentores do capital sustentam a burocracia estatal através da receita tributária, a qual é destinada, por um lado, à reprodução do modo de produção com o fornecimento de infra-estrutura material (estradas, energia, incentivos, financiamentos, etc.) e elaboração do suporte jurídico estabilizador de sua estrutura (legislação como instrumento de controle social), e, por outro, à prestação de tutelas à sociedade civil (assistencialismo). A sociedade civil, em contrapartida, legitima a existência da burocracia pelo exercício do voto, permitindo a imposição da carga tributária sustentadora de tal ciclo.

Com a cessação do financiamento fiscal do Estado (evasão ou resistência tributária) por parte dos detentores do capital, inviabilizando o papel do Estado na execução das prestações tutelares de cunho social, aliado ao exercício de um poder condicionado que, na desmoralização do Estado e valorização do mercado busca reduzir o primeiro, o segundo passa a assumir diretamente a prestação das tutelas sociais, excluindo o Estado da posição de mediador de tais relações”. (Eisele, 2001: p 277)

As conseqüências desta retraída atuação do Estado defensor do credo neoliberal afetam particularmente o funcionamento do sistema penal, enquanto sistema que deveria contribuir para o bem-estar social. E Eisele prossegue em sua crítica:

“Por decorrência dessa postura ideológica, questiona-se a eficiência do Poder Judiciário, assim como seus métodos e instrumentos.

Passa-se a analisar os elementos do processo penal com base em valores de mercado, buscando-se agilidade, baixo custo e eficiência.

Ocorre que a concepção de eficiência que o mercado utiliza não necessariamente coincide com a busca pelo Poder Judiciário.

Enquanto os valores de rapidez e custo são determinantes da qualidade no mercado, os critérios de segurança (previsibilidade, certeza e estabilidade) e confiança (adequação ética) devem nortear a atuação jurisdicional na esfera penal”. (Ibid: p. 278)

Nesse particular destaque para a previsibilidade, certeza e estabilidade que “devem nortear a atuação jurisdicional”, encontra-se o limite, ou fronteira entre a necessária aplicação científica da lei processual penal e a sua manipulação política pelo Estado neoliberal.

Observa-se que previsibilidade e certeza não são categorias necessariamente obrigatórias para a atividade cotidiana da prática política do Estado, particularmente no caso brasileiro, onde são flagrantes as falhas de planejamento e os erros nas atividades gerenciadas pelo poder público. Todavia, para uma prática científica qualquer, essas duas categorias são condições *sine qua non* para obtenção dos resultados verdadeiros pretendidos.

De um lado, pressionado pelas necessidades do mercado, o Estado se coloca como instância de subserviência do modelo globalizado e, de outro, pressionado pela população que espera a realização de políticas públicas que atendam minimamente suas necessidades, administra as questões sociais com uma fortíssima carga de retórica despejada sobre as massas através da mídia.

Antes mesmo de se abordar a questão do sistema penal, vale destacar o que se fez no setor da educação onde, no discurso oficial, o Estado investiu pesado no ensino fundamental, passando para a população essa idéia. De outro lado, houve concretamente um sucateamento do ensino público superior e o incentivo para que o ensino privado crescesse no terceiro grau. Ora, isso implica dizer que, se o Estado

investiu no ensino fundamental, o fez somente - e se o fez - na construção e aquisição de equipamentos, visto que desconsiderou o fato de que o ensino fundamental só pode ter qualidade com o ensino público superior de igual nível. Diante dessa contradição, o discurso neoliberal do Estado atribui à população as responsabilidades pelos desacertos da administração pública e busca no meio do povo os “remendos” para uma crise já estrutural, a exemplo do programa “AMIGO DA ESCOLA”, em que as tarefas e obrigações do poder público são gradativamente transferidas para a sociedade.

Por conseguinte, vale dizer que uma sociedade vitimizada pelo desemprego, gerado pela falência das pequenas e médias empresas que não suportam a concorrência do capital globalizado, e ainda, vitimizada pelo processo anti-ético de privatizações, se vê na condição de responsável pelo sucesso ou pelo fracasso de um setor tão fundamental para a vida da nação como é o da educação.

O desemprego é o sintoma mais evidente de um modelo econômico equivocado e que pode ter profundas conseqüências sócio-jurídicas. Com a crise da economia nacional dentro do projeto neoliberal e globalizante, o desemprego é palavra do dia, visto que, se de um lado, várias empresas quebram, de outro, a tecnologia faz com que as empresas, em ritmo de “globalização”, promovam uma substituição indiscriminada de pessoas por máquinas, sem qualquer planejamento prévio de inserção desses desempregados em novas frentes de trabalho.

O governo, por sua vez, busca a solução desse conflito com propostas como a flexibilização dos direitos trabalhistas e contratos de trabalho de forma diferenciada daquilo que reza a C.L.T. para o setor privado. No que concerne ao setor público, o Poder Executivo tem envidado seus esforços no sentido de imprimir natureza privada, celetista ao vínculo entre administração pública e servidor, retirando deste a maioria das garantias e prerrogativas inerentes ao cargo. Estabilidade, ainda que para carreiras chamadas típicas de Estado, é algo que o governo intenta expurgar do cenário jurídico-legal brasileiro.

Nos países desenvolvidos, a questão do desemprego gerado pela tecnologia está sendo absorvida de duas maneiras. Em certos casos, como nos Estados Unidos, desenvolvem-se mecanismos para facilitar a expansão da iniciativa privada das pequenas, médias e grandes empresas e, assim, o desemprego é drasticamente reduzido. Em países da Europa, o Poder Público tem assumido a manutenção de um padrão de renda mínima ao cidadão desempregado, garantindo-lhe, por meio de políticas públicas eficazes, qualidade de vida semelhante àquela em que se encontrava enquanto empregado²⁷. Veja-se:

Os americanos cultivam leis que estimulam o trabalho; os europeus ainda convivem com o inverso. As regras da Alemanha, França, Bélgica, Espanha e Itália tornam a tarefa de abrir um novo negócio quase duas vezes mais difícil do que nos Estados Unidos (WEF, 1999) o que está levando muitas empresas européias a migrarem para a América (onde geram empregos), em lugar de comprar rivais, já organizadas, dentro da Europa (Pastore, 1999).

Dessa forma, o Brasil assiste à orquestração de um conjunto de medidas legais que têm por finalidade o rompimento das garantias de trabalho e a diminuição da capacidade de crescimento e competitividade das empresas nacionais, até mesmo porque tal crescimento, como foi dito, não está sendo irrigado pelo capital humano de boa formação. A par de tudo isso, o país não promove nenhuma política de favorecimento a novas empresas (observe-se o caos implantado na legislação tributária nacional) e não há política de garantia dos direitos sociais mínimos previstos na Carta Constitucional.

²⁷ No mesmo sentido comenta Everaldo Gaspar Lopes de Andrade:

“Segundo ainda o professor Castells, ‘tampouco são as novas tecnologias, por si mesmas, as causas do desemprego. Estados Unidos e Japão, economias tecnologicamente mais avançadas que as Européias têm muito menos desemprego que a Europa’. Mesmo reconhecendo a necessidade de uma flexibilização do mercado de trabalho, assegura que, para os Países Industrializados, a única saída competitiva é aumentar a produtividade de suas empresas, não é diminuir os custos laborais. Mesmo assim, só admite flexibilização para fazer com que a quebra da rigidez do mercado de trabalho venha acompanhada de políticas de formação, de moradia e de proteção social, que ‘permitiram aos trabalhadores mudar de trabalho sem desarticular sua vida’.”(Revista LTr 58-08. V. 59 – 1994)

O Dieese tem divulgado pesquisas alarmantes no tocante ao desemprego gerado pela utilização da tecnologia sem planejamento econômico-social. A massa de desempregados está presente nos três setores da economia, porém, a título de exemplo, o Dieese aponta, especificamente, quanto ao desemprego no setor de Bancos: **“O impulso institucional à reorganização do setor aprofundou o ajuste para dentro, com os bancos diversificando seu campo de atuação, com o objetivo de atender as múltiplas demandas de seus clientes. Provou também um redimensionamento na atividade das instituições financeiras, com a intensificação do processo de terceirização e a diminuição contínua dos postos de trabalho na categoria, principalmente a partir de janeiro de 1989. Desde então, até dezembro de 1996, foram eliminados 314.784 postos de trabalho, segundo dados do Ministério do Trabalho. No último mês do ano passado existiam menos de 500 mil bancários no Brasil (quadro 1)**

**Quadro 1 – Número estimado de empregados no setor financeiro no Brasil
1989 – 1996**

Meses	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Jan	811.892	825.558	748.949	696.874	681.614	670.117	632.761	568.786
Fev	813.076	825.081	745.564	694.839	680.638	668.917	629.251	564.152
Mar	811.542	826.244	739.578	694.800	678.962	666.743	623.749	559.765
Abr	810.958	821.843	734.806	693.684	678.085	664.452	622.060	555.232
Mai	811.930	810.419	732.026	692.588	676.779	661.906	616.847	547.715
Jun	813.501	749.897	731.925	691.266	676.052	659.291	611.751	532.003
Jul	816.143	778.699	723.279	689.244	676.594	657.233	592.280	528.182
Ago	814.206	771.331	717.914	687.827	677.884	653.272	588.927	260.933
Set	815.249	768.287	714.089	687.843	677.574	651.022	585.350	219.392
Out	818.580	763.105	708.751	686.376	676.369	646.236	581.758	187.146
Nov	822.688	758.466	703.729	684.171	673.438	641.302	577.436	513.861
Dez	824.316	753.636	700.217	682.304	671.740	637.647	571.582	497.108

1 Bancos comerciais, de investimento etc.

Fonte: Cadastro Geral dos Empregados e Desempregados (Lei 4.923/65)

Elaboração: Dieese – Seeb/Rio

Esse quadro é tão somente um pequeno e grave demonstrativo de que aquilo que ocorre no Brasil (país de grande potencial econômico em virtude de suas riquezas naturais) está ocorrendo, talvez em proporções geométricas, em países empobrecidos que complementam o cinturão de miséria que vive à margem dos interesses do G7, podendo-se observar, a título de exemplo, o que acontece recentemente com a economia Argentina.

Partindo desse contexto é que se pode entender o que sucedeu com a prática do crime no Brasil e como passou a funcionar o sistema penal, particularmente no campo processual.

4.1 – O Neoliberalismo e o Lado Honesto do Crime

Adentrar um pouco mais nas fronteiras da economia, se faz necessário para que se possa compreender a dinâmica do crime no mercado globalizado e consequentemente as ações do Estado diante dessa realidade.

Até a segunda metade do século XX o crime no Brasil tinha uma face significativamente individualizada e, diante desse contexto, foi montado o aparelho legal repressor, seja o Código Penal, seja o Código do Processo Penal.

As exceções à forma individual da prática criminosa eram grupos ou bandos que esporadicamente apareciam em certas regiões, muito mais como consequência de uma determinada conjuntura regional do que como forma largamente aceita de atuação criminosa. Tem-se, como exemplo, o cangaço no nordeste que, numa determinada época, chamou a atenção da sociedade e do Estado, ficando os líderes desse “movimento” entre a condição de criminosos e bandoleiros perversos e a de heróis circunstanciais.

Em uma análise comparativa entre o bandido comum e o cangaceiro, Maciel comenta:

“Etimologicamente, BANDIDO é vocábulo de origem italiana, ‘bandito’, significando banido, fora-da-lei. Neste sentido, todos nós, ao transgredirmos as leis – divinas ou humanas – somos, modéstia à parte, bandidos.

Em sua definição real, ‘bandido’ implica, resumida e praticamente, em ‘matar, roubar e desonrar’, acionados os três atos pelo emprego da violência, que caracteriza, formal e modalmente, o banditismo.

‘Cangaceiro’ era inteiramente diferente. Primeiro de tudo, um injustiçado. Com motivação social. Espoliações de terra e trabalho e desonras de família não o atingiam apenas como indivíduo. Desmoralizavam-no, inexoravelmente, perante a comunidade sertaneja nas suas concepções morais e juízos práticos de valor.

Sendo negado ao pobre injustiçado o direito à justiça, procurava fazer justiça com as próprias mãos. Perseguido, agora pela ‘justiça’ – como sempre contra ele! -, tornava-se um foragido da lei e da sociedade, refugiando-se no cangaço como meio desesperado de autodefesa e sobrevivência, com objetivos autônomos, descompromissado e nômade. Essa a história, em geral, de todo cangaceiro. Em suma, o cangaceirismo é produto característico do meio rural atrasado, de sua organização econômica e política rudimentares, e o último recurso dos humilhados e desesperados, mas de têmpera forte.

Em especial, bote-se reparo de juízo: o vocábulo CANGACEIRO tem mais conteúdo regional e de significação do que o de ‘bandido social’, apregoado por alguns especialistas no assunto, como o professor Eric Hobsbawn da Universidade de Londres, no seu livro Bandits’. (Maciel, 1988: p. 18)

Até a metade do século XX, outra atividade criminosa de destaque era aquela que ocorria no meio político, a dos crimes contra o Estado, particularmente

tipificados pelo Estado Novo de Vargas. Eram de natureza político-ideológica, e não tomam relevo para a temática central desse trabalho.

As atividades criminosas, no tocante ao crime comum, ganharam volume e intensidade após o início do processo de industrialização dos grandes centros urbanos, notadamente situados nos estados litorâneos do país e, posteriormente, com a marcha para o oeste, ganharam relevo nas cidades interioranas do norte e centro-oeste que cresceram com a construção de rodovias, com a construção de Brasília e com a abertura de novas fronteiras econômicas.

O crime, então, tomou características mais urbanas e cosmopolitas, deixando aos poucos os valores morais e pessoais relegados a segundo plano, a exemplo do que ocorreu com os crimes passionais e o adultério e assimilou a questão financeira e econômica como “pano-de-fundo” para a maioria das incidências dos fatos típicos.

A ausência do Estado com políticas públicas eficazes nos planos da saúde, educação, habitação, emprego, reforma agrária e distribuição mais equitativa da renda nacional, deu para o crime um direcionamento particularmente voltado para os delitos contra o patrimônio. Nesse contexto, o criminoso comum, o ladrão, o estelionatário, o assaltante agiam individualmente ou em pequenos grupos e tiravam do crime o sustento próprio e, em muitos casos, da própria família, geralmente em situação de total exclusão social.

Os anos da ditadura militar pós-64 geraram, no Brasil, uma nova mentalidade criminosa que foi posteriormente reforçada pelos modelos estrangeiros de atuação delituosa.

Na vigência da Lei de Segurança Nacional inúmeros foram os presos que, condenados por fazerem oposição ao regime, passaram parte do tempo de suas vidas no cárcere, dividindo as celas dos presídios brasileiros com criminosos comuns.

O regime militar não se apercebera que estavam ali presos com um perfil diferenciado dos demais e se houve em algum momento essa percepção, não se

atentou para as conseqüências desastrosas dessa convivência entre presos comuns e presos políticos.

Esses últimos, oriundos, na sua maioria, das classes média e alta da sociedade²⁸ e detentores de maior conhecimento intelectual, tinham, na sua militância política e particularmente na luta armada, uma organização bem definida, com táticas e estratégias de ação em que os líderes e os comandados deveriam seguir rigorosos padrões de comportamento, para garantir o sucesso das operações. E mais, caso houvesse uma falha, com a prisão de um dos membros da organização, este não poderia, ainda que sob tortura, revelar a identidade dos líderes, visto que não os conhecia, uma vez que a hierarquia e a vida clandestina dos membros eram uma condição *sine qua non* para a existência do grupo.

Assim, na convivência forçada, presos políticos passaram a fornecer a presos comuns as informações sobre a forma de se organizar, sobre a hierarquia de comando e de clandestinidade.

Se de um lado o homicídio e o roubo (o assalto a bancos por exemplo) tinham para o preso político finalidades ideológicas, a execução desses atos para o preso comum se restringia nos seus interesses particulares. Todavia, a realização dessas e de outras atividades criminosas da mesma natureza poderia ocorrer com ações de improviso, que não garantiriam o sucesso da operação, ou poderia passar a ser meticulosamente estudada, avaliada, planejada e executada com maior eficiência. Foi esse, então, o aprendizado importante que diversos setores dos crimes comuns tiveram nas prisões brasileiras nas décadas de 70 e 80.

Com o fim da ditadura militar as forças de segurança do Estado, particularmente as policiais, se voltaram quase exclusivamente para o crime comum,

²⁸ Sobre as condições sociais dos presos políticos revela o dossiê Brasil nunca mais:

“O grau de instrução dos processados permite induzir, com certa segurança, se invocados os próprios dados governamentais acerca da pirâmide seletiva que existe no sistema de educação, no país, que a extração social dos envolvidos na resistência era predominantemente de classe média. Entre 4.476 réus, cujo nível de escolaridade aparecia registrado nos processos, 2.491 possuíam grau universitário. Ou seja, mais da metade havia atingido a universidade, num contexto nacional em que pouco mais de 1% da população chega até ela. Apenas 91 desses réus declarara-se analfabetos, e sabe-se que, no Brasil, estes atingem mais de 20 milhões entre os cidadãos maiores de 18 anos.” (Brasil Nunca Mais, 1989: p.86)

que neste momento já agia com métodos mais avançados de organização, contando também com os avanços dos grupos criminosos do exterior.

A evolução da informática e dos sistemas eletrônicos de segurança fizeram com que os assaltos a bancos diminuíssem e eram exatamente esses assaltos que garantiam a sustentação financeira das demais atividades criminosas.

Com o aperfeiçoamento das organizações do crime comum, estas optaram por novas formas de obtenção de dinheiro, destacando-se aqui, o narcotráfico - com aumento assombroso nas últimas duas décadas - e o seqüestro de pessoas detentoras de grandes fortunas. Pode-se, pois, observar que esta modalidade de crime, até então utilizada no país apenas para fins políticos, passara a ser uma nova alternativa para o denominado “crime organizado”.

Sociólogos, criminólogos e estudiosos brasileiros não têm dúvidas quanto à influência, não proposital, das organizações de esquerda atuantes na década de 70/80, na formação de grupos do crime comum como o Comando Vermelho (CV) do Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital (PCC) de São Paulo, que na prática criminosa, realizam atos típicos da guerrilha urbana. Em artigo publicado na Internet, Paula Machado comenta:

“Todas as facções criminosas do Rio surgiram em penitenciárias, segundo Marina Meggessi. A primeira delas, Ala Vermelha, que apareceu na década de 70 dentro do Presídio da Ilha Grande, onde presos políticos se misturavam com presos comuns. Em função de divergências ideológicas, houve uma ruptura que deu origem ao Comando Vermelho, cujos primeiros líderes foram José Carlos dos Reis Encina, o Escadinha, e Rogério Lemgruber, o Bagulhão.”

(<http://ultimosegundo.ig.com.br/home/cadernoi/artigo/0,2945,823795,00.html>)

Da mesma forma noticia artigo publicado no site chileno info@drogas.cl:

“El comando Rojo fue creado al final de los años 70, en tiempos de la dictadura militar (1964/85), cuando los delincuentes comunes y asaltantes de bancos convivieron en la penitenciaría de la Isla Grande con guerrilleros urbanos, de quienes aprendieron nociones de organización y

táticas para acciones armadas. Gregorio, en contacto con los presos políticos planificó la creación de una mafia criminal inicialmente bautizada como Falange Vermelha.

Los fundadores del Comando, al contrario de los actuales dirigentes del próprio CV, tenían sus reglas y no aceptaban la vida de miserias en las favelas, por lo que procuraban dar asistencia social a sus habitantes. Por norma, no atacaban con armas pesadas a la policía sino sólo a las bandas rivales.(...)

Pero los tiempos cambiaron, y los nuevos jefes del CV y del Primer Comando de la Capital, PCC (especialista en organizar rebeliones carcelarias), ya no respetan las viejas reglas ni se rigen por normas de solidaridad, sino que se han transformado en ‘delincuentes sin alma’. En las favelas ya no son respetados sino temidos. Hoy el Comando es un grupo criminal, presente en las favelas y en las prisiones de Río e implicado en narcotráfico, ajustes de cuentas entre grupos rivales y otros crímenes.

(http://www.drogas.cl/noticia1808_101.htm)

Desta maneira, o país assistiu à evolução da atividade criminosa que tomou proporções incalculáveis. O crime comum realizado por um só indivíduo ou pequeno grupo não deixou de existir. Porém, cada vez mais a atividade criminosa avança para formas de maior organização, fazendo com que as práticas desses indivíduos ou pequenos grupos fiquem obsoletas e pouco rentáveis, forçando, então, estes a se associarem a “empresas” criminosas de maior porte.

Enquanto no Brasil o crime se organizava e crescia após a segunda metade do século XX, o mesmo ocorria no resto do mundo. Os pequenos grupos locais e nacionais cresceram e se associaram com o apoio da mais sofisticada tecnologia fazendo com que as fronteiras para o crime desaparecessem, assim como desapareceram as fronteiras para o capital internacional, dentro do processo de globalização da economia. Desse modo, observa-se no quadro abaixo o paralelo que se pode traçar entre a fabricação e venda de produtos lícitos e a atividade criminosa:

Atividade Lícita	Atividade Criminosa
1. A fábrica de relógio européia, com capital americano, descobre a mão-de-obra-barata da China.	A máfia Italiana, com apoio de capital da máfia americana, investe na produção de ópio na Ásia e da coca na América do Sul, ou da maconha no Brasil.
2. O relógio produzido na China, com tecnologia internacional, é trazido com baixo custo para a América do Sul, principalmente para o Paraguai onde será distribuído.	A droga produzida na Ásia é trazida para o ocidente, assim como a coca colombiana é preparada e faz-se a sua distribuição.
3. Vendido legal ou ilegalmente no Paraguai, o relógio com alta tecnologia entra no Brasil pelo comerciante “intermediário”, na maioria das vezes sem a devida tributação, que repassa o produto a pequenos comerciantes e camelôs que estão no subemprego.	O ópio ou a coca produzidos com baixo custo são, então, distribuídos para traficantes intermediários do Brasil(e a maconha brasileira é vendida dentro e fora do país), dos Estados Unidos e da Europa, que repassam o produto para pequenos traficantes inseridos no disputado mercado de usuários.
4. Com a presença do produto estrangeiro, com mais qualidade e baixo custo, a empresa nacional quebra, impotente, diante da concorrência, gerando desemprego e crise social.	Diante do desemprego e da crise social, aquele que antes tinha atividade lícita ou vocação para a atividade lícita, vê no tráfico a alternativa de sobrevivência e se insere nos grupos criminosos.
5. O relógio estrangeiro chega, assim, sem problemas ao consumidor que, de forma acrítica, adquire o produto, como tantos outros produzidos nestas circunstâncias.	A droga, em pequenas quantidades, chega ao usuário-consumidor, que a encontra sem dificuldades num mercado cada vez mais tolerado e diversificado.

Diante das situações apresentadas neste quadro, é fácil perceber que o roteiro do objeto lícito desde sua fabricação até o consumidor final é semelhante ao do objeto criminoso (drogas, armas, pessoas para prostituição, etc.) dentro do sistema de globalização da economia mundial. Mas este roteiro entre a atividade lícita e a atividade criminosa não se apresenta apenas como “linhas paralelas” para facilitar a compreensão do leitor. Em muitos momentos, situações de ambas as atividades se encontram e se comunicam, uma dando sustentação para a outra, principalmente no que diz respeito a lavagem do dinheiro. Nesse sentido, Alves da Fonseca, comentando o pensamento de Michel Foucault afirma:

“Foucault dá vários exemplos acerca desse funcionamento de uma ‘delinquência útil’. Nas margens da legalidade, a delinquência, enquanto ilegalismo dominado, torna-se instrumento de uma série de práticas ilegais de grupos diversos. Assim ocorre com a implantação das redes de prostituição no século XIX, na França, em que os controles de polícia e de saúde sobre as prostitutas, sua passagem regular pela prisão, seu enquadramento por delinqüentes-indicadores permitiram enormes lucros sobre um prazer sexual ilícito. Da mesma forma, os tráficos de armas, de álcool (nos países em que vigora a ‘lei seca’), de drogas, a utilização política dos delinqüentes como denunciadores, espiões e provocadores são exemplos da delinquência útil. Todas estas práticas remetem ao mesmo modelo situacional: a ‘existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais sobre o qual se chega a exercer controle e a retirar um lucro ilícito por meio de elementos {eles próprios} ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência.” (Fonseca, 2002: 182/183)

Dessa forma, empresas tidas como lícitas, quer seja pelo produto vendido ou pela forma aparente como operam as transações comerciais, se prestam, na verdade, para encobrir as atividades criminosas de outras empresas inseridas no crime organizado e globalizado. As ditas empresas lícitas passam a ser queridas e

respeitadas pelo Estado, que vê em suas atividades a grande fonte de impostos e a geração de empregos. Estas empresas, por sua vez, na defesa de seus interesses “lícitos” e ilícitos, passam a intervir diretamente no Estado e nas políticas públicas, por meio de seus representantes que, cada vez mais, ocupam cadeiras no parlamento, no poder executivo e até no Poder Judiciário e no Ministério Público.

O funcionamento da máquina penal passou, então, a ser direcionado para o delinqüente individual ou de pequenos grupos, ficando o Estado numa atuação localizada de pura repressão ao crime. Assim comenta Robinson, sobre a ação limitada do Estado e a ausência de fronteiras do crime globalizado:

“O combate ao crime, como o conhecemos hoje, é um remédio local para soluções locais. É uma afirmação de soberania – municipal, estadual, de condado, província, federal – e, portanto, confinada por orçamentos e fronteiras, que constituem ambas definições de soberania. É o Estado quem diz que você não pode se comportar desse jeito aqui. É o Estado quem paga a polícia para reprimir e punir quem não obedece.

Como resultado, o Estado acaba por ter fronteiras que têm de ser respeitadas, sem dispor nem da autoridade, nem do dinheiro, para ultrapassá-las, enquanto os criminosos criam riqueza ao funcionarem propositadamente além do alcance da soberania.” (Robinson, 2001: p.16)

A fim de demonstrar essa ausência de fronteiras para o crime globalizado e caminhar na mesma idéia apresentada no quadro anterior, Robinson continua.

“Na Nova Zelândia, a quadrilha Mongrel firmou um trato para proteger os membros da Tríade chinesa que estão na cadeia nesse país. Os membros da Tríade em liberdade pagam aos Mongrels também em liberdade com drogas. Os relacionamentos que se formam atrás das grades traduzem-se, então, em *jointe ventures* quando os membros dos dois grupos saem da cadeia.

Na Alemanha, setenta células criminosas organizadas italianas negociam com armas, traficam drogas e furtam automóveis. Todas elas

mantêm laços com a Máfia na Itália. Algumas delas também estão ligadas diretamente ao crime organizado turco, que lhes fornece heroína, ao crime organizado colombiano, que as abastece de cocaína, ao crime organizado russo, que lhes fornece armas, e ao crime organizado asiático, que lhes proporciona acesso a sua rede de restaurantes chineses para lavagem de dinheiro”. (Robinson. Id.p. 18)

Exposta a situação do crime organizado e globalizado²⁹, verifica-se que o modelo processual de persecução penal utilizado pelo Estado Brasileiro é inoperante, ineficaz e não atinge seu objetivo principal, que é o de uma efetiva contribuição para uma política de prevenção e redução da criminalidade.

“Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais”.

²⁹ Sobre outros exemplos de atuação internacional de empresas criminosas Robinson ainda comenta:

“Em Vera Cruz, no litoral mexicano do golfo do México, um grupo de criminosos organizados franceses diretamente ligados às tradicionais quadrilhas italianas e corsas geria um esquema internacional de carros furtados. Eles contratavam com gângsteres mexicanos o furto de modelos de luxo, com uma preferência particular pelas vans Voyager, da Chrysler. Também contratavam uma facção combojana organizada da Flórida para furtar automóveis nas ruas de lá. Em ambos os casos, os carros eram enviados para a França com novos documentos mexicanos. Junto com os carros, também seguiam sacos de cimento, cal e argamassa, o que – considerando-se a participação dos combojanos – sugere que a idéia era acoplar o furto de automóveis ao tráfico de heroína”. (Ibid: p. 18)

E vai além da casuística, demonstrando que o crime organizado e globalizado age dentro dos mesmos padrões das empresas que operam licitamente no mercado:

“O combate ao crime poderia absorver lições desses grupos, à medida que abrem filiais no estrangeiro para expandir mercados estabelecidos, ganhar acesso a áreas que antes lhes eram proibidas e criar novas. Quase como se os próprios criminosos houvessem aprendido suas lições na Harvard School of Business – e, em alguns casos específicos, eles o fizeram -, as organizações criminosas transnacionais abordam a logística, gestão de pessoal e contabilidade de maneira profissional. Elas pesquisam e desenvolvem novos produtos. Contratam especialistas para orientá-las pelo labirinto complexo e em constante mudança dos assuntos legais, das técnicas de marketing e todos os aspectos das finanças. Elas conhecem fluxo de caixa, reinvestimentos, *franchising*, administração do tempo e administração de riscos. Aprenderam a estabelecer e manter redes de empresas de fachada, a negociar preços, decidir métodos de entrega, criar cronogramas de pagamentos e instalar em tudo isso uma filosofia que leva em conta desenvolvimentos futuros de mercado.

E, a exemplo de qualquer corporação multinacional sólida, também procuram estabelecer alianças estratégicas.

Em Montreal, criminosos organizados asiáticos que importam heroína para o Canadá entregam drogas para um grupo italiano que a envia em caminhões de empresas de panificação para Nova York, onde são distribuídas por uma gangue de rua de porto-riquenhos”. (Ibid: p. 19)

Ao contrário, da forma como se encontram hoje, a máquina processual penal e o sistema penitenciário brasileiros estão contribuindo para a manutenção intencional do *status quo* do crime organizado e globalizado, visto que, para o Estado que defende o modelo neo-liberal de economia, é necessário que as atividades criminosas continuem como estão, para que uma parcela significativa da sociedade continue a desenvolver suas atividades lícitas, que são sustentadas direta ou indiretamente pelas ilícitas.

Encontra-se dentro e fora dos aparelhos repressivos do Estado um gigantesco contingente de empregados que garantem o funcionamento do ciclo econômico. Pode-se listar, omitindo certamente centenas de outros profissionais que vivem honestamente do crime, os magistrados, membros do Ministério Público, advogados, policiais, funcionários públicos do poder judiciário, empregados da imprensa, hospitais, transportes, funerárias, empresas de medicamentos, armas, segurança privada, alimentação, empregados no setor de informática, enfim, todos aqueles que ficariam desempregados se o crime deixasse de existir. Vale destacar que as estatísticas oficiais mostram que atualmente existem mais pessoas empregadas na segurança privada do que nas polícias civil, militar, federal e rodoviária de todo o país.

Outro exemplo que demonstra a opção consciente do Estado para esse modelo neoliberal de “não repressão” ao crime organizado e globalizado é a crescente mentalidade da necessidade de se privatizar as prisões, a exemplo do que ocorre nos Estado Unidos e na Europa, ou seja, divulga-se a idéia de que as prisões, como outras instituições públicas, são inviáveis, se gerenciadas pelo governo e assim constrói-se a legitimidade artificial para a sua privatização ou terceirização de serviço.

Ora, tendo a maior população carcerária do planeta, proporcional ao número de habitantes, o modelo privatizado norte-americano não demonstrou eficácia na recuperação e ressocialização dos condenados. Ao contrário, por trás de presídios limpos e seguros, encontra-se uma máquina extremamente repressora,

capaz de gerar no condenado maior revolta, desequilíbrios afetivo-psicológicos e estímulo a vocação para outros crimes, fazendo com que, saindo da penitenciária, possa esse indivíduo novamente delinquir-se e levando outros a delinquirem para que o produto vendido pelas “empresas-presídios” possa continuar tendo sempre consumidores e possa este negócio crescer e alçar vôos internacionais assim como as demais empresas globalizadas.

A pressão para a privatização do sistema penitenciário cresceu tanto que levou os membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça a aprovarem em 09 de dezembro de 2002 uma resolução contrária a qualquer forma privatizada de controle dos mecanismos da execução penal. (Resolução N° 08 de Dezembro de 2002 CNPCP-MJ/em anexo – Anexo 01).

Manter, então, o crime como se encontra e o Estado com sua ineficácia processual e punitiva, não é mero acaso histórico, mas sim, uma opção política de um modelo econômico no mínimo questionável, para não dizer, macabro.

Mas a tarefa imposta agora neste trabalho é a de demonstrar como o processo penal brasileiro se presta a fazer o papel de “farsante” dentro dessa estrutura.

5 – O PROCESSO PENAL, O MITO E A LINGUAGEM

Inserido no contexto da racionalidade como uma das formas de conhecimento de determinada face da realidade humana (o crime, a pena e todos os seus elementos) o sistema penal, e mais particularmente o processo penal brasileiro, chega aos dias atuais com a herança histórica já descrita anteriormente.

Percebe-se, nessa caminhada histórica, desde o descobrimento do Brasil e a inserção das ordenações, perpassando pelo Império e pelas várias faces da República, que o processo penal sempre teve um direcionamento político-ideológico

bem definido. Todavia, contemporaneamente, até mesmo por força dos ditames constitucionais que são bastante carregados de um discurso em prol da cidadania e das liberdades e garantias individuais, o processo penal sofreu, no Brasil, uma evolução de ofuscamento de sua realidade teórica e prática.

A linguagem (fator essencial de comunicação entre o Estado e o cidadão e mesmo como fator de reflexão de cada um particularmente, tal como foi abordada na primeira parte deste texto) foi e continua sendo utilizada pelo Estado quando na feitura do texto legal, especialmente das leis penais, processuais penais e de execução penal, como um instrumento que encobre a situação real do aparelho repressivo do poder público. Sobre essa inadequação da linguagem e as discrepâncias entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, comenta Nilzardo Carneiro Leão:

“Na sessão que instalou a comissão para oferecimento de anteprojetos modificativos do vigente Código de Processo Penal, semana passada, tivemos oportunidade de demonstrar o enorme fosso existente entre o mesmo e a Constituição Federal. Afora a própria origem do diploma processual penal, revelador do sistema autoritário onde foi gerado (o Estado Novo, de 1937-1945), está ele com uma linguagem inadaptada para os dias atuais, padecendo, também, de superadas formas e pobreza técnica”. (Carneiro Leão, 2000: p. 1)

As garantias constitucionais e princípios processuais já elencados nesse trabalho (Cap. II item 2) passam a ser letra morta quando a realidade dos fatos evidencia o conflito entre o Estado e aquele que detem ou não o capital.

Mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, os ditames da lei encontram situações em que, quando não há desprezo completo pelo texto legal por parte da autoridade, há contradições e lacunas que não mais se justificam.

A lei processual, que é dirigida para a população na sua totalidade, não se podendo fazer qualquer distinção - assim não há que se falar que a lei é feita

somente para ser lida pelo bacharel em Direito -, é elaborada com uma terminologia que não permite ao leigo saber minimamente o seu sentido ideológico.

Por outro lado, a falta de clareza e de adequação entre a norma infra-constitucional e a norma constitucional ainda significa, em milhares de casos, a violação expressa dos direitos do indivíduo no que concerne à sua ampla defesa e ao princípio do contraditório.

Observe-se, a título de exemplo, o que ocorre com o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que permite aos acusados em juízo, em procedimentos administrativos e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Enfocando o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial que ainda revelam o caráter autoritário do Estado, o processo penal, da forma ainda praticada, no que tange ao inquérito policial, não oferece nesse instituto qualquer possibilidade do cidadão exercer o contraditório. Assim, segundo a interpretação de tribunais e doutrinadores, só poderá haver manifestação sobre a prova produzida, depois de findado o inquérito, apresentada a denúncia e ocorrido o interrogatório. Somente aí, através do advogado, na defesa prévia, o cidadão poderá se contrapor a tudo que, até então, fora produzido nos autos, à sua total revelia.

Nesse sentido, se posiciona Rangel:

“A autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que estes fatos ocorreram.

O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas, sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.

A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto o inquérito é de forma livre. Não há regras previamente determinadas para se iniciar uma investigação. O art. 6º do Código de Processo Penal deixa claro que *logo que tiver conhecimento da prática de infração penal a autoridade policial*

deverá adotar uma série de providências que visam a colher maiores informações sobre o fato ocorrido. Busca e apreensão, oitiva do indiciado, oitiva do ofendido. Isolamento e conservação do local do crime. Enfim...

O art. 14 do CPP dá à autoridade policial a discricionariedade necessária para verificar se as diligências requeridas pelo ofendido ou pelo indiciado prejudicarão o curso das investigações, permitindo, assim, seu indeferimento”. (Rangel. Id. p. 85)

Contrário ao posicionamento anterior e se pautando pela ampla defesa e pelo contraditório no inquérito policial, Paulo Bajer F. M. da Costa, em sua tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, assim comenta:

“O contraditório, portanto, está presente na primeira fase da persecução penal, onde a igualdade entre os sujeitos atuantes não se apresenta. As providências cautelares podem ser contraditadas sempre que as conheça o envolvido na persecução penal. Embora a igualdade, concretamente, não possa ser verificada no procedimento, é a regra maior da igualdade de todos perante a lei que impõe a apuração pública e submetida ao contraditório do fato tido como infração penal.

O inquérito policial e as providências cautelares coativas assumidas no decorrer da persecução penal oferecem possibilidade de contraditório e ampla defesa (ainda que de forma mitigada, ou diferida, por ausência de informação anterior sobre o ato processual realizado e a ser contraditado) sem que tenha lugar, necessariamente, igualdade ou reciprocidade entre os sujeitos interessados”. (Costa, 2002: p. 93)

Em que pese o contraditório não estar garantido no Código de Processo Penal para a fase inquisitorial, nada impede que o indiciado venha a constituir advogado para acompanhar as ações da polícia e ao mesmo tempo fiscalizar seus interesses frente à correta aplicação da lei. Todavia, segundo a lei processual, não sendo este um direito do cidadão, mas apenas uma faculdade, somente aquele com

poder aquisitivo para tanto poderá custear o profissional que acompanhará o feito durante a fase policial. Ao cidadão pobre, não está o Estado obrigado a fornecer gratuitamente os serviços advocatícios durante a realização do inquérito policial. Assim, o descumprimento flagrante do mandamento constitucional, através de subterfúgios hermenêuticos, encobre outra grave falha do sistema penal brasileiro: a ausência e a deficiência da Defensoria Pública nas diversas unidades da Federação.

Desse modo, ocorrem os flagrantes de visível discriminação social da máquina judiciária e processual, que privilegia os bem assessorados e joga na vala comum os desassistidos financeiramente. Nesse sentido, criticando a postura do Tribunal da Justiça de São Paulo, diante de um *habeas corpus* impetrado pelo ex-governador Paulo Maluf, o professor Dalmo de Abreu Dallari se manifesta:

“Assim, por exemplo, recentemente o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu *habeas corpus* a um político e rico empresário, notório infrator das leis, para livrar esse personagem, denunciado por mais uma ilegalidade, de ir a uma repartição policial prestar depoimento, dizendo o Desembargador que se trata de ‘uma pessoa da sociedade, que não poderia ser tratada como criminoso’. É evidente que esse Desembargador é um juiz de direito velho, discriminatório e injusto que compromete a autoridade e a eficiência do Judiciário”. (Dallari, 1998: p.10)

Mesmo sem falar em contraditório no inquérito policial, o autor do presente trabalho elaborou projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, apresentado pelo ex-deputado Federal Hélio Bicudo, no qual se propõe a obrigatoriedade do advogado no inquérito policial, sob pena de nulidade dos atos praticados, e obriga ainda o Estado a fornecer gratuitamente ao cidadão os serviços advocatícios também durante esta fase da persecução penal (Projeto de Lei em anexo – Anexo 02).

Outro exemplo do mal uso da linguagem e da terminologia, ocorre quando a prática processual penal, aliada ao Direito Penal, fazem com que o magistrado, no momento de prolatar a sentença condenatória, passe a imiscuir-se de tema não afeto à sua atividade profissional.

Nos últimos tempos, um dos pontos mais controvertidos e polêmicos presente na seara do Direito Penal tem sido a pena e sua eficácia. Particularmente, observa-se, com certa preocupação, a pena e a atuação jurisdicional por ocasião de sua fixação nas sentenças condenatórias.

Em que pese a boa vontade de alguns legisladores em sempre querer acertar, fazendo, assim, com que a sociedade seja privada de qualquer sofrimento decorrente de um equívoco da lei, essa boa vontade não é suficiente, pois com o passar do tempo a lei vai mostrando imperfeições que, na ocasião de sua feitura, não se podia vislumbrar.

O Código Penal Brasileiro estabelece, nos seguintes termos, em seu artigo 59, as circunstâncias e elementos que devem ser considerados pelo juiz para a fixação da pena:

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

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;**
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;**
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;**
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”** (grifo nosso)

Iniciando pela análise da culpabilidade, o juiz tem, em função do tipo e da conduta do agente, a possibilidade real de uma formulação de juízo valorativo de

censurabilidade, ao observar o grau, a espécie e a intensidade desta, seguindo o espírito do legislador que preferiu tomar em consideração:

“A expressão culpabilidade em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que graduável é a censura, cujo índice maior ou menor, incide na quantidade da pena” (Exposição de Motivos – n.º 49 – Lei 7209/84)

Os antecedentes apresentam-se, com maior facilidade, para o julgador, pois trata-se de elemento possuidor de alta objetividade para sua valoração e mensuração. A prova documental é bastante utilizada para sua comprovação, sem contudo se dispensar a prova testemunhal.

A conduta social, por sua vez, imbuída de certa subjetividade de quem informa e produz a sua prova, bem como de quem a aprecia, por sua natureza, não se pode dizer que seja, em seu todo, um elemento de difícil aferição, visto que alguns comportamentos já são exigíveis e esperados por parte daquele que é tido pelo Direito, em especial pelo Direito Penal, como *homem médio*.

Com mais objetividade, pode-se extrair dos autos de uma ação penal os fatos esclarecedores no que toca aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime.

Quanto ao comportamento da vítima, a evolução do estudo da Criminologia tem fornecido aos estudiosos do Direito inúmeras contribuições nessa área. Diga-se que, sendo ramo relativamente novo na ciência criminal, a *vitimologia* já ganha espaço entre os doutrinadores, sem contar que a lei penal, por diversas vezes, aponta como fator considerável o comportamento da vítima (Ex. art. 121, § 1º - art. 129, § 1º). Nesse sentido, diz o eminente professor de criminologia da faculdade de Direito do Recife, Roque de Brito Alves:

“Com a pretensão de deixar de ser um simples capítulo da Criminologia para transformar-se em disciplina autônoma, a Vitimologia surgiu, a partir de 1947, com a finalidade de estudar amplamente, em todos os seus aspectos, a relação vítima – criminoso no fenômeno da criminalidade (...)

Na investigação da vítima como gênese do delito, no papel que representa na produção do crime, a mesma deve ser tão ampla, rigorosa ou perfeita na medida do possível como deve ser a pesquisa sobre o delinqüente, o sujeito ativo do delito. O interesse científico deve ser o mesmo tanto para um – o delinqüente – como para a outra – a vítima -, afirmam os vitimologistas contemporâneos, chegando-se, ainda, ao extremo de se sustentar que muito freqüentemente a conduta punível foi provocada pela ação da vítima, sendo a mesma tão culpada – e, algumas vezes, mais culpada como em certos delitos sexuais ou contra a pessoa, nos fraudulentos – quanto o criminoso, o autor da ação”. (Criminologia, p. 93 Forense – Rio de Janeiro – 1986)

Até aqui, propositalmente, omitiu-se a análise da *personalidade*³⁰ do agente criminoso como um dos elementos que a lei impõe ao juiz para fixação da pena. Observa-se que, nos elementos anteriores, não há um impedimento de ordem lógica ou legal que se coloque entre o juiz e seu dever de prolatar sentença condenatória quando o caso assim o exigir. Ao contrário, o juiz está obrigado a fazê-lo sob pena de responder por sua omissão. Porém, ao se aprofundar mais na questão da obrigação legal que tem o juiz de proceder à análise da personalidade do indivíduo, percebe-se, se não uma impropriedade de ordem lógica, no mínimo uma contradição científica e outra frente à ordem constitucional vigente.

A análise da personalidade daquele que comete um delito e que vai ser penalizado pelo Estado não pode e não deve ser feita de forma tal que os critérios objetivos e científicos sejam desconsiderados. Assim, uma pergunta fundamental se coloca: *o que é a personalidade?*

As tentativas de se explicar e conceituar a personalidade são várias dentro da história do último século, que é marcado pelo império do cientificismo.

³⁰ A esse respeito foi publicado um artigo em co-autoria com a Dra. Mara Lúcia Almeida Vieira (Psicóloga) com o título: Análise da personalidade para a fixação da pena, contradições e ilegalidades no artigo 59 do Código Penal – Revista de Informação Legislativa – Senado Federal – n.º 141, 1999)

Como na maioria dos temas em Psicologia, o senso comum “usa e abusa” da palavra *personalidade*, que exerce grande fascínio sobre os leigos. Ela é usada de diferentes maneiras: ora para designar habilidades sociais (a capacidade de tomar decisões rápidas, por exemplo), ora para se referir à impressão marcante que alguém causa a partir de uma característica considerada como central (a timidez, inteligência, etc.), bem como para anunciar a presença de alguém “importante” ou ilustre. Nos dois primeiros casos, parte-se de um comportamento observável, infere-se uma tendência à valoração da personalidade enquanto boa ou má.

A Psicologia, enquanto abordagem científica desse tema, evita juízo de valor e não faz a valoração da personalidade enquanto boa ou má. O processo de inferência, quando ocorre, é rigoroso e fundamentado num método científico. E nenhuma teoria parte de um único comportamento observável para fazer um perfil ou diagnóstico da personalidade.

De modo geral, personalidade refere-se à maneira relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, modo de comportar-se. Refere-se, inclusive aos aspectos físicos do indivíduo e à forma que todos esses aspectos se integram e se organizam, conferindo-lhe peculiaridade e singularidade.

A personalidade é o conjunto estruturado de opiniões, valores, etc.. É a capacidade de estabelecer relações afetivas e compreender, também, quais são os seus objetos de afeto, como é a expressão desse afeto, o que não é expresso e por quê.

Para D’Andrea (1987), a personalidade é temporal, pertence a uma pessoa que nasce, vive e morre. Na sua temporalidade, não pode ser considerada como uma simples soma de funções vitais, mas como uma integração dinâmica, cuja resultante psicofísica da interação da hereditariedade com o meio é manifestada mediante o comportamento de características peculiares a cada pessoa.

Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade. Na história pessoal, deve-se considerar:

os dados biopsicológicos herdados; o meio, isto é, condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve; os dados adquiridos na interação hereditariedade-meio; as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação.

A personalidade deve ser estudada mediante dois prismas: um longitudinal, isto é, o da sucessão de diversas fases, do passado para o presente, e outro transversal, ou seja, dos comportamentos atuais sob as influências do meio.

Deve-se salientar que, na Psicologia da Personalidade, a unidade de análise é o indivíduo total. O que interessa é o indivíduo que percebe, que aprende e como esses processos relacionam-se entre si e com todos os outros.

Na abordagem da personalidade, alguns termos são empregados freqüentemente com vários significados, inclusive no senso comum. Alguns desses termos são temperamento, caráter, e traço de personalidade.

Temperamento: deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade ou emotividade dos indivíduos. Segundo D'Andrea (1987), é a tendência herdada do indivíduo para reagir ao meio de maneira peculiar (por analogia com o fisiológico, seria o genótipo).

Caráter: termo utilizado para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como em referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca pessoal de alguém. W. Reich, psicanalista, usa o termo caráter, integrando os aspectos biofísicos e psicológicos. Para D'Andrea (1987), é o conjunto de formas comportamentais mais elaboradas e determinadas pelas influências ambientais, sociais e culturais que o indivíduo usa para adaptar-se ao meio (parótipo).

Traço de personalidade: refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado, etc.). Os traços são inferidos a partir do comportamento.

C. G. Jung desenvolveu também esse aspecto em sua teoria da personalidade, chegando a criar tipos psicológicos: o extrovertido e o introvertido. É necessário ressaltar que, em relação às teorias que seguem esse tipo de pensamento, não se pode deixar de levar em conta a existência, no indivíduo, da ambivalência, ou seja, dos opostos.

Numerosas teorias têm sido elaboradas buscando linhas diretivas para o estudo da personalidade. Entre elas a teoria psicodinâmica, que procura relacionar a conduta com impulsos, emoções, pensamento e percepções que a determinaram e atua do mesmo modo na previsão de novos comportamentos. Cabe a Freud o mérito de ter estabelecido as bases científicas dessa compreensão, suprimindo a falta de um denominador comum teórico que possibilitasse um sistema organizado de encontro das diferentes observações individualizadas.

Freud concedeu para a atividade psíquica uma estrutura a que chamou de aparelho psíquico. Este, composto de três grandes sistemas: id, ego e superego. Embora cada um desses sistemas tenha suas próprias funções, propriedades, componentes, princípios operantes, dinamismo e mecanismos, atuam um sobre o outro tão estreitamente que é difícil, senão impossível, destacar seus efeitos e determinar a contribuição de cada um para o comportamento humano. O comportamento é quase sempre um resultado da interação dos três sistemas; raramente um sistema funciona isoladamente.

São vários os aspectos que circundam e permeiam esses sistemas na teoria psicanalítica de Freud, bem como participam da dinâmica da personalidade e de seu desenvolvimento, tais como: o consciente, pré-consciente e inconsciente; os mecanismos de defesa (identificação, repressão, recalçamento, deslocamento, condensação, projeção, fixação, regressão e etc.); as pulsões; as representações psíquicas; os chistes; a angústia; os estágios do desenvolvimento (oral, anal, fálico e genital). Mas qual a dimensão deles na vida do ser humano? Partindo dessa introdução feita a respeito da dinâmica da personalidade do ponto de vista freudiano,

vê-se a necessidade de traçar semelhanças e diferenças existentes entre as diversas teorias de personalidade.

As teorias se diferenciam quanto ao enfoque à ênfase. A Psicanálise enfatiza os aspectos psicosexuais; a teoria rogeriana (C. Rogers, psicólogo americano) enfatiza a necessidade fundamental de auto-realização de todo indivíduo humano; a teoria behaviorista enfatiza a aprendizagem e, praticamente, substitui a teoria da personalidade por uma teoria de aprendizagem em que os aspectos duradouros do comportamento do indivíduo são os hábitos; a Gestalt-terapia (Perls) propõe que uma análise das partes nunca pode proporcionar uma compreensão do todo, uma vez que o todo é definido pelas interações e interdependências das partes; ela promove o processo de crescimento e desenvolvimento do potencial humano, com uma visão holística do organismo e da consciência humana.

Algumas teorias se assemelham ao conceber a personalidade e, portanto, o homem como produto do determinismo ambiental ou do determinismo psíquico, bem como ao considerar a hereditariedade e a base biológica do organismo como relevantes e o contexto sociocultural pouco relevante como influenciador da formação e do desenvolvimento da personalidade.

Em síntese, as inúmeras concepções de personalidade, os diferentes modos de compreender sua estrutura e funcionamento refletem a diversidade de concepções filosóficas sobre o que é o homem, o que é a ciência. As diferentes teorias são diferentes recortes de um mesmo homem, que pensa, age, sente, se autoconhece e se transforma, e não existe ainda uma teoria que englobe todos os conhecimentos acumulados nessa área de estudo que supere essa diversidade.

Para auxiliar o profissional em uma avaliação diagnóstica da personalidade, foram criados testes e entrevistas, instrumentos de suma importância para uma investigação e, posteriormente, para se chegar ao laudo da estrutura de personalidade e quais os traços de personalidade predominantes, podendo ser estes: neuróticos, psicóticos ou perversos.

Neurose: é uma afecção psicogênica em que os sintomas são a expressão simbólica de um conflito psíquico que tem raízes na história infantil do sujeito e constitui compromissos entre o desejo e a defesa.

Psicose: fundamentalmente, é numa perturbação primária da relação libidinal com a realidade, que a teoria psicanalítica vê o denominador comum da psicose, em que a maioria dos sintomas manifestos (particularmente construção delirante) são tentativas secundárias de restauração do laço objetal.

Perversão: é um desvio em relação ao ato sexual “normal”, (definido este como coito que visa a obtenção do orgasmo por penetração genital, com uma pessoa do sexo oposto); é o conjunto do comportamento psicosssexual que acompanha atipias (fetichismo, voyerismo, travestismo e exibicionismo, sadomasoquismo) no prazer sexual.

A preparação para a coleta e manejo de informações sobre a personalidade de uma pessoa, objetivando um diagnóstico preciso, evidentemente só pode ser feita por profissional habilitado. No Brasil, a atuação nessa área está restrita aos psicólogos e médicos psiquiatras, dado, evidentemente, às exigências e necessidades específicas para o exercício correto da profissão, bem como pelo grau de dificuldade apresentado na avaliação de cada personalidade, dentro de sua história individual, ainda que não se trate de agente criminoso. Em se tratando deste, com mais precisão profissional ainda, deve-se realizar um diagnóstico de caráter científico objetivando a fixação de uma pena, como determina a lei já citada.

Assim, há de se indagar se tem o juiz de Direito a capacitação para proceder tal análise de personalidade do agente criminoso, como requer e recomenda legalmente o Código Penal, para cada sentença condenatória.

Há de se observar que do candidato à magistratura não se exige nada mais que a graduação em um curso de Direito, cujo currículo mínimo proposto pelo MEC pode, em alguns casos, ser concluído pelo aluno mais esforçado em três anos e meio, tratando-se de um curso estruturado no sistema de créditos.

Em algumas faculdades do país, verifica-se que a disciplina Psicologia Geral é apresentada ao aluno como matéria do ciclo de formação básica, ao lado do Português, Filosofia, Sociologia e Economia Política. Entende-se que uma única disciplina com carga horária de sessenta horas não habilita um profissional a fazer a *análise de personalidade* exigida pela lei. O curso de Direito oferece também ao aluno a disciplina *Medicina Legal* que, via de regra, tem, da mesma forma, carga horária de sessenta horas e, desse total, algumas poucas são destinadas às patologias mentais, o que também não credencia o Bacharel em Direito a se imiscuir na seara da psiquiatria. Há de se registrar, ainda, que as disciplinas *Medicina Legal e Psicologia Geral* nem sempre aparecem nos currículos das faculdades como disciplinas obrigatórias, fato que constitui um absurdo acadêmico.

Comentando sobre a dificuldade que o juiz enfrenta na análise da personalidade, como um dos requisitos para aplicação e individualização da pena, Heleno Cláudio Fragoso assim se posiciona:

“O poder discricionário que o juiz exerce lhe é conferido para atuar os fins da pena criminal, que gravitam em torno da prevenção, como vimos. Por isso mesmo, a personalidade do agente passa aqui ao primeiro plano, assumindo posição preponderante na determinação da pena. O juiz ajusta a pena ao autor concreto do crime, atendendo às peculiaridades de sua personalidade moral (caráter), e examinando se a conduta delituosa constitui fato acidental ou se é expressão da maneira de ser do acusado. O juiz deve aqui considerar os antecedentes, ou seja, o comportamento anterior do acusado, mas não a reincidência, porque esta é circunstância agravante legal, que influirá na fixação da pena em momento posterior. Não pode haver, no processo de determinação da pena aplicável, uma dupla valoração jurídica do mesmo elemento. Dos processos judiciais anteriores contra o acusado, que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes. Presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime. As pessoas pobres, pelo ambiente em que vivem, estão mais sujeitas a

envolver-se na ação policial, aparecendo em processos. Os antecedentes praticamente se confundem com a conduta social, que se refere à relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável. *É uma lástima que nos processos penais essas informações sejam em geral fragmentárias e inconcludentes, de modo que faltam ao juiz, via de regra, elementos que lhe permitam avaliar a personalidade do réu e seus antecedentes*”. (grifo nosso) (Lições de Direito Penal. p. 321/322. Ed. Forense – RJ. 1995).

Se o juiz não tem a capacidade técnica, profissional e científica para realizar aquela que seria tarefa pertinente à lida dos psicólogos e psiquiatras, como se situar diante de uma legislação que praticamente veste uma “camisa de força” no magistrado, obrigando-o a exercer uma atividade para a qual não está habilitado? Por outro lado, a realidade funcional do Poder Judiciário no Brasil mostra que a atuação do psicólogo e do psiquiatra na ação penal ocorre raramente, visto que somente são chamados a se manifestarem quando alguma das partes requer a produção de exame de insanidade mental, para efeito da averiguação de possível inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado.

Contudo, o artigo 59 do Código Penal é categórico ao determinar que a análise de personalidade do acusado seja feita pelo juiz quando da fixação da pena, e essa determinação legal tem caráter genérico, ou seja, deve o juiz fazer a avaliação da personalidade de todo acusado que vier a ser condenado.

A Constituição Federal de 88, em seu artigo 5º, inciso XIII, assim dispõe:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, exercício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece”.

Na hermenêutica desse dispositivo, pode-se logicamente entender que a Carta Magna de 88 recepcionou os artigos 282 do Código Penal e 47 do Decreto-Lei 3688/41 (Lei de Contravenções), que, respectivamente, assim dispõem:

Artigo 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhes os limites: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Artigo 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado a seu exercício.

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

Observe-se que o primeiro dispositivo aborda o exercício da profissão de médico sem autorização legal e o segundo se refere ao exercício de qualquer profissão sem o atendimento das condições estabelecidas por lei; neste caso, poder-se-ia, evidentemente, incluir a profissão de psicólogo. E mais, em se tratando de exame de personalidade e com relação a possíveis patologias que possam ser vislumbradas em tais investigações, não basta que tenha o indivíduo a formação básica do curso de medicina ou outra especialidade qualquer. Deve o mesmo ser um especialista, um psiquiatra, caso contrário poder-se-ia ter o ortopedista ou dermatologista realizando perícias nesse campo. Assim também, constata-se que os profissionais da psicologia buscam a especialização e pós-graduação *Latu e Strictu Sensu* para estarem aptos a desenvolverem tais tarefas.

Dessa forma, não seria totalmente ilógica a seguinte indagação: *Ao proceder a análise da personalidade do acusado, sem a devida qualificação técnica e científica, ou sem a cooperação de profissional habilitado, não estaria o juiz incorrendo em uma violação à Constituição Federal, ainda que por força de um dispositivo legal questionável em sua validade?*

Ora, se a resposta para tal pergunta for afirmativa, tem-se uma situação na qual, perante o dispositivo constitucional já mencionado, constatar-se-á que o termo “personalidade”, contido no artigo 59 do Código Penal, não foi recepcionado pela Carta de 88; e valeria arriscar a dizer mais: se a resposta à indagação proposta acima for afirmativa, todas as sentenças criminais condenatórias prolatadas depois

da promulgação da Constituição Federal vigente são nulas, salvo aquelas que, por força do já mencionado exame de sanidade mental, tiveram a análise de personalidade do acusado realizada por profissionais habilitados.

Damásio de Jesus, em seu Código Penal Comentado, aponta o exercício ilegal da medicina como um crime de perigo abstrato, evidenciando que “o perigo não precisa ser comprovado”; assim, se um paciente estiver sendo examinado, diagnosticado e medicado por falso psiquiatra, estará este incorrendo no tipo penal citado e aquele correndo o risco dos prejuízos do atendimento. O mesmo poder-se-ia dizer quanto ao agente que incide no artigo 47 da Lei de Contravenções. Isso posto, é inevitável outra indagação: *não estaria o agente criminoso sujeito ao risco de ter uma pena injusta diante de uma avaliação incorreta de sua personalidade, feita por profissional incompetente para proceder tal avaliação, no caso, o juiz de Direito?*

O que se observa no cotidiano da atividade jurisdicional, no tocante ao crime, é que as análises de personalidade feitas pelos juízes no Brasil variam entre o simplismo, que retrata a condição de leigo da autoridade julgadora, e monstruosas impropriedades técnicas. Eis alguns exemplos da superficialidade com a qual é tratada a matéria:

“Personalidade voltada para crime”

“Os autos indicam que o acusado é possuidor de boa personalidade, porém...”

“Personalidade má...”

“Personalidade pouco reveladora de qualidades...”

Caso mais gritante de anticientificidade no trato com a personalidade observa-se em algumas sentenças condenatórias nas quais o juiz avalia de forma coletiva as personalidades dos acusados. Qualquer leigo sabe que, mesmo em se tratando de irmãos gêmeos com caracteres genéticos iguais, tem-se, seguramente, personalidades diferentes. Abaixo, apresenta-se a análise de personalidade de dois acusados condenados pela 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília:

“Acusação: A. L. O. (Homem) E. J. B. C. (Mulher)

Nada de especial registram os autos quanto a culpabilidade. Os atos praticados se inserem no tipo penal.

Os acusados são primários e não registram antecedentes penais (fls. 137/138).

Conduta social. Análise prejudicada por insuficiência das informações contidas nos autos.

Nascidos a 30.10.57 e 07.02.57, respectivamente, os acusados mostram *personalidades formadas...*” (grifo nosso) (Processo n.º 27527/96)

Verifique-se que, no exemplo acima, a análise da personalidade dos réus é feita de forma coletiva, ou seja, pessoas diferentes, de diferentes sexos, de famílias e histórias de vida diferentes têm o mesmo resultado na análise de personalidade realizada pelo juiz. Tal forma de se proceder é inadmissível para a psicologia e para a psiquiatria; e mais, se a análise da personalidade dos réus se resumiu a essas duas palavras, o que quer dizer “*personalidade formada*”? Esse é um conceito com base científica? Ao admitir-se que um juiz pode fazer a análise de personalidade do acusado, ter-se-ia de admitir também que, em caso de se avaliar o dano causado numa construção civil por material de baixa qualidade, poderia o juiz, em todas as ocasiões, prescindir do trabalho de apreciação técnica do fato, elaborado por engenheiro ou arquiteto que, obrigatoriamente, estudam a resistência de materiais, ou, em exemplo mais radical, poderiam o médico, o psicólogo, o engenheiro e o arquiteto prolatarem sentenças judiciais de caráter condenatório.

Assim, pode-se concluir que, se de um lado, existe a lei forçando o juiz a proceder a análise de personalidade do acusado para a fixação da pena, por outro, as conseqüências de tal situação são graves, pois nem sempre será garantida a individualização da pena e o juiz estará se imiscuindo na esfera profissional e científica para a qual não está preparado e não tem da Constituição Federal o respaldo para fazê-lo. Ao se cumprir o artigo 59 do Código Penal da forma como está, a lei impõe ao juiz que incida no artigo 282 do mesmo diploma e 47 da, já

mencionada, lei de Contravenções, pois estará o juiz desempenhando a tarefa do psiquiatra e do psicólogo.

Portanto, percebe-se que ao se avaliar a personalidade do agente para imposição de uma pena, o juiz, de forma alguma, atenderá na totalidade as exigências do artigo 381 do Código de Processo Penal, visto que, no tocante à motivação e aos fundamentos referentes ao *quantum* da pena, estarão estes sempre viciados, ou seja, prejudicados pelo defeito do julgador, porquanto este está diante de sua insuperável incapacidade técnica e científica de julgar este item (análise da personalidade) imposto legalmente como necessário à dosagem da pena.

O contraditório, a ampla defesa, a licitude da prova, a presunção de inocência, todo o processamento do feito e a elaboração da sentença condenatória, os recursos, acórdãos, súmulas, enfim, todos os elementos que se constituem ou como princípios gerais ou como dispositivos práticos do processo penal, estão, por assim dizer, como que envoltos numa linguagem nebulosa, cujos conceitos não são suficientemente claros, ou quando parecem sê-los, muitas vezes, se apresentam como contraditórios e acabam por não chegarem ao seu desiderato, que é o da correta intervenção do Estado na distribuição da justiça. Como consequência, ignoram uns como e porque foram condenados e desconhece a sociedade como e porque outros foram absolvidos.

Nesse particular, vale observar toda a polêmica gerada no Brasil, após a vigência da Constituição Federal de 1988, quanto à interceptação de conversa telefônica, quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal. A respeito do sigilo fiscal, vale ainda lembrar a absurda situação prevista nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 que tipificam como conduta criminosa a omissão de informação, declaração falsa ou inexata com intuito de suprimir ou reduzir tributo. Impõe-se ao cidadão a obrigação da auto-acusação, suprimindo do Estado (Ministério Público) a obrigação da produção da prova certa para fundamentar a condenação. Nesse sentido, ressaltam-se os seguintes posicionamentos que apelam para a inconstitucionalidade dos referidos diplomas legais:

João Mestieri (Prof. Dr. PUC RJ)

- Defende o direito constitucional do acusado ao silêncio, como forma de se aplicar o devido processo legal.
- Fundamenta-se no caso Miranda e na decisão da suprema corte americana. (5ª emenda – o direito a não se auto-incriminar).

Hugo Brito Machado (Prof. UFC – Juiz Federal – 5ª Região)

- Invoca a argumentação de Ada Pellegrini Grinover de que o acusado tem o direito ao silêncio e inclusive de mentir em sua defesa.
- “O dever de informar precede a configuração do crime contra a ordem tributária. Cometido este, seu autor não tem o dever de prestar informação alguma, útil para a comprovação daquele cometimento, que configuraria auto-incriminação.

Aristides Junqueira Alvarenga (Ministério Público Federal)

- Defende a aplicação do inciso LXIII do artigo 5º da C. F. e aponta: “... ele vale também para o sujeito passivo da relação tributária, podendo, pois, negar-se a prestar informações aos agentes fiscais sobre questões que poderão incriminá-lo, sem incorrer no crime previsto no artigo 1º, I, da Lei 8.137/90...”
- Discute a validade do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Luiz Vicente Cernichiaro (Universidade de Brasília):

“Se a omissão não envolve crime, decorrem duas sanções: administrativa e penal. Em havendo crime, cuja descoberta, ou confirmação envolvam as respostas, o contribuinte, silenciando, exerce regularmente o direito constitucional de calar-se. E é lógico, também inviável a sanção administrativa. As duas sanções pressupõem conduta (omissão) ilícita; deixa de sê-lo, configurando o direito de não esclarecer.”

Nitidamente, o Direito Processual Penal, como todo o sistema penal, deixa de cumprir os dois papéis que lhes são exigidos. O primeiro, o político, visto que, afastado dos interesses sociais e públicos, permanece dolosamente enclausurado na linguagem ritualística dos processos e tribunais. O segundo, o

científico, (este imposto é assumido pelos próprios juristas a si mesmos), posto que não se pode falar em uma ciência com tamanho teor de flexibilidade em seus postulados e com tamanha falta de nitidez conceitual, que seus instrumentos e seus resultados não possam ser úteis a quem é dirigida.

A linguagem jurídico-processual tornou-se um corpo hermeticamente fechado que poucos a dominam com a maestria necessária para bem utilizá-la. Nem mesmo os iniciados no Direito, bacharéis que se arriscam na advocacia com pouco ou médio aprofundamento teórico, conseguem obter o sucesso almejado com o bom resultado para seus clientes.

Em 1988, veio à tona, para o conhecimento de toda a comunidade jurídica nacional, o valoroso trabalho de pesquisa desenvolvido na Universidade Federal de Santa Catarina pela professora Ela Wiecko, sobre o **CONTROLE PENAL NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**.

Numa minuciosa obra de coleta de informações sobre a criminalidade no âmbito do sistema financeiro, cuja pesquisa alcançou as décadas de 80 e 90, a autora inicialmente remonta as idéias fundamentais das principais escolas criminológicas do século XX, destacando as mais atuais, especificamente a **escola do etiquetamento** (Labeling approach) e a **criminologia radical**.

Reforçando o papel da linguagem como elemento mistificado do sistema penal, Ela Wiecko busca auxílio nas reflexões de Alessandro Barata para apresentar importante questão sobre essa temática:

“Para que se aprecie todo o alcance da alternativa criada pelo *labeling approach* em face do paradigma anterior e da ideologia a ele vinculada (defesa social), há que observar que o problema da definição da criminalidade pode ser visualizado em três planos.

‘Primeiro, como problema metalingüístico concernente: (a) à validade dos conceitos oferecidos pelas ciências sociais e pela ciência jurídica sobre crime e criminalidade; (b) à validade da definição de criminalidade concretizada pelas instâncias informais e formais do controle social.

Segundo, como problema teórico da interpretação sociopolítica do fenômeno pelo qual, em uma sociedade dada, certos indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais e representando certas instituições são dotados de poder de definição da criminalidade, isto é, de estabelecer: (a) que crimes devem ser reprimidos (poder de criar normas penais); (b) que pessoas devem ser perseguidas (poder de aplicar as normas).

Terceiro, como problema fenomenológico referente aos efeitos da adscrição do *status* criminal a um indivíduo sobre o comportamento posterior do mesmo.” (Wiecko, 1998: p. 29)

À vista do exposto, não há que se duvidar quanto à utilização da linguagem de maneira intencional tanto para se definir as condutas criminosas (Direito Penal), quanto para persegui-las e puni-las (Processo Penal e Execução Penal).

Nesse contexto, é importante que a sociedade tenha como verdadeira a idéia de que as normas previstas como instrumentos do sistema penal atingem a todos igualmente e que, ao se conceituar um fato como delituoso, deve-se dar a impressão de que esta conceituação, bem como o *quantum* de pena cominada, representam os interesses e os valores da maioria da população.

Rotulando previamente o fato criminoso e posteriormente o agente, o Estado, denunciado pela escola do etiquetamento, se mostra ineficaz e inoperante quanto ao combate das modalidades criminosas praticadas por agentes de maior poder econômico.

No mesmo diapasão de Ela Wiecko, Antônio Garcia – Pablos de Molina destacam a importância da contribuição do *labelling approach* na explicitação do uso da linguagem no sistema penal e da seleção de indivíduos por critérios de classe social.

“O delito carece de substrato material ou ontológico: uma conduta não é delitiva ‘in se’ ou ‘per se’ (qualidade negativa inerente a ela), nem seu

autor é um delinquente por merecimentos objetivos (nocividade do fato, patologia da personalidade); o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente.

Em conseqüência, a criminalidade é criada pelo controle social. As instâncias ou repartições do controle social (polícia, juízes etc.) não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo.

O controle social é altamente discriminatório e seletivo. Enquanto os estudos empíricos demonstram o caráter majoritário e ubíquo do comportamento delitivo, a etiqueta de delinquente, sem embargo, manifesta-se como um fator negativo que os mecanismos do controle social repartem com o mesmo critério de distribuição dos bens positivos (fama, riqueza, poder etc.): levando em conta o 'status' e o papel das pessoas. De modo que as 'chances' ou 'riscos' de ser etiquetado como delinquente não dependem tanto da conduta executada (delito), senão da posição do indivíduo na pirâmide social ('status'). Os processos de criminalização, ademais, vinculam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada em uma concreta sociedade, isto é, guiam-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade 'versus' latência). (Garcia Pablos, 1992: p. 244)

Quanto à criminologia radical, que tem em Roberto Lyra Filho e Juarez Cirino dos Santos seus grandes expoentes, vale destacar o método dialético de análise da realidade social, que indica como fator preponderante da criminogênese a manutenção e o reforço dado às estruturas de classe onde se acentua cada vez mais a concentração de capital e renda nas mãos de uma minoria integrante das classes mais abastadas e manipuladores dos aparelhos estatais.

Buscando desnudar o discurso oficial dos aparelhos repressivos do Estado, Roberto Lyra Filho assim expõe conclusivamente seu pensamento encerrando sua obra, *Criminologia Dialética*:

“Êsse deslinde da dialética imanente, captada na *praxis* e teòricamente reorganizada, não tolera mais o fixismo de valôres, sacados à instância transcendente dalguma caverna platônica. Também não dá ensejo para a subsistência dos formalismos jurídicos e sociológicos das teorias puras ou de médio alcance (*middle range theory*). No Brasil, o favorecimento pessoal de escravos em fuga inscreveu, a seu tempo, os abolicionistas, no rol dos ‘criminosos’ comuns. Na Alemanha nazista, o genocídio prosperou, dentro da ‘normalidade’ duma experiência ‘jurídica’, influenciando até as teorias criminológicas das ‘causas’ raciais e da política criminal de ‘eugenia’ social.

O itinerário da criminologia crítica, atualmente em foco, deverá consumir-se, a meu ver, em criminologia dialética. Nesta, evitando-se, tanto a alienação, quanto o comprometimento cego numa *praxis acrítica*, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e da política criminais”. (Lyra Filho, 1972: p.124)

Em outro momento, juntamente com João Marcelo de Araújo Júnior, Roberto Lyra aponta para a Nova Criminologia (ou criminologia radical) como aquela que desvela o discurso repressivo-seletivo do Estado Capitalista:

“A Nova Criminologia desbrava suas próprias rotas, com suas próprias forças. Seu ramo mais extremado, o da Criminologia Radical, parte da idéia de sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos e interesses que são próprios da classe dominante. Os instrumentos de controle social, por isso, estão dispostos opressivamente, de modo a manter dóceis os prestadores de força de trabalho, em benefício daqueles que detêm os meios de produção. O Direito Penal é, assim, elitista e seletivo, fazendo cair fragorosamente seu peso sobre as classes sociais mais débeis, evitando, por outro lado, atuar sobre aquelas que detêm o poder de fazer as leis. O sistema destina-se a conservar a estrutura vertical de poder e dominação, que existe na sociedade, a um tempo desigual e

provocadora de desigualdade. Isso se demonstra pelo caráter ‘fragmentário’ do Direito Penal, que pune intensamente condutas que são típicas dos grupos marginalizados e deixa livre de pena comportamentos gravíssimos e socialmente onerosos, como, por exemplo, a criminalidade econômica, só porque seus autores pertencem à classe hegemônica e, por isso, devem ficar imunes ao processo de criminalização.”(Araújo,1990: p. 212)

A partir desses pressupostos, Ela Wieko demonstra que a máquina processual penal do Brasil tem se prestado, tão somente, a atender a interesses de classe, posto que todo o sistema legal repressivo construído pelo parlamento (que reza o credo do princípio da reserva legal para se revestir de uma democrática) é intencionalmente preparado para dificultar o acesso do braço repressivo do Estado aos mais poderosos economicamente. A linguagem penal, aqui, é explicitamente utilizada como mecanismo para tornar o aparelho repressivo do Estado ineficaz numa atuação igualitária entre as classes sociais. Note-se:

“As normas penais traduzem uma anterior seleção dos bens a serem tutelados e dos comportamentos ofensivos a esses bens. Por sua vez, a seleção é feita de acordo com uma pauta, um sistema de valores. O Código Penal brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.

Além disso, a seleção se revela na formulação técnica dos tipos penais e na previsão das agravantes e das atenuantes (é difícil, por exemplo, a realização de furto não-qualificado). Assim, figurativamente, as malhas do tipo penal são, em geral, mais estreitas para as infrações típicas das classes sociais mais baixas do que para aquelas que constituem os crimes do colarinho branco. Estas infrações típicas das classes mais altas, mesmo no plano da proibição em abstrato, apresentam possibilidade maior de

permanecer imunes. Por isso, sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, pelo qual certos comportamentos não são, nem devem ser, alcançados por ele, *Baratta*, põe em dúvida as justificativas baseadas na natureza das coisas ou na inidoneidade técnica de certas matérias frente ao controle jurídico-penal. A seu ver, trata-se de uma ideologia que oculta o privilégio das classes dominantes e a tendência a preservar da criminalização primária comportamentos socialmente danoso, típicos dos integrantes das classes sociais hegemônicas e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista. Com isso, criam-se zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se dirige particularmente às classes subalternas”. (Wiecko, 1998: p. 50)

O que é apontado pela autora como pertinente ao Direito Penal, vale para todo o sistema penal, e exemplificando o funcionamento viciado da máquina processual, Ela Wiecko destaca a forma de tratamento dispensada às ações penais oriundas de distintas ramificações sociais:

“A morosidade decorre de um lado da estrutura material do Judiciário e de outro, o mais relevante, de vários fatores, ínsitos no processo, tais como a centralização do mesmo em um só juiz, a formulação das provas, a interposição de recurso, os prazos legais, as vistas etc., que se multiplicam quando se trata de criminalidade econômica, em geral praticada pelas empresas.

Estudo realizado por *Melo* comparou, dentro de uma moldura temporal no estado de Santa Catarina, o desenvolvimento relativo de três tipos de criminalidade: macrocriminalidade, média e baixa microcriminalidade. Tomou como base uma ação penal, datada de 1983, contra administradores de uma sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, pela prática de crimes falimentares e de apropriação indébita (Grupo A). Comparou-a, por amostragem, com ações penais relativas a

diversos crimes (societários, contra a propriedade industrial, artística e de direito autoral, tributários, cambiários, de poluição ambiental, exercício ilegal de profissão, contra a saúde pública, falimentares, contra a economia popular, usura praticados por pequenos e médios comerciantes (Grupo B), e com ações penais versando sobre crimes contra o patrimônio – roubo, furto e estelionato – (Grupo C). Observou que, durante os quatro anos de tramitação no Juízo local do primeiro processo, ainda não concluído em abril de 1987, foram examinados e julgados pelo Tribunal de Justiça nada menos que 500 outros processos, relativos a crimes do Grupo B e C.” (grifo nosso)³¹ (Wiecko, 1998: p.277)

Mais grave que a existência de artifícios legais que podem retardar enormemente a marcha processual penal, quando os acusados se situam entre as classes mais altas da sociedade, é a atuação explícita do Estado para encobrir e “remediar” grandes impactos criminosos provocados por esses agentes no mercado financeiro, os quais, quando não ocasionam a quebra de algumas instituições, provocam, sim, grandes subtrações de capital que oneram criminosamente grandes

³¹ Molina aponta outras características do “crime de colarinho branco”, que possibilitam a impunidade: “Numerosos factores propician la impunidad, además de los ya apuntados. Con razón se há hablado de un ‘síndrome de circunstancias’ – básicamente, la escasa visibilidad del delito, la volatilización de la cualidad de víctima y las estructuras anónimas de comunicación - . Ante todo, la propia *imagen del autor*, del delincuente de cuello blanco, que goza de una excelente ‘tarjeta de presentación’. Sabe ‘presentarse’ y ofrecer a los demás una imagen favorable de sí mismo. Aprovecha su prestigio, su honorabilidad y su influencia. Em el caso de las *corporaciones*, el factor ‘organización’ es decisivo, pues éste implica una eficaz maquinaria que sitúa a la misma fuera del alcance de la ley, sin que sea difícil a sus asesores encontrar el abrigo de una norma de cobertura. La *organización*, además, en la criminalidad de ‘cuello blanco’, difiere sutilmente del crimen convencional, porque no tiene la forma ‘piramidal’ y ‘rectilínea’ de éste, en el que la jerarquía y atribución de cometidos en todos sus niveles tiene el único objetivo de obtener un fin criminal, com el menor riesgo posible. La criminalidad de cuello blanco sabe introducirse en los procesos ‘normales’ de la economía y de las finanzas y utilizar estos procesos para su beneficio. La actividad no es intrínsecamente – inequívocamente – delictiva. Es más, el delincuente de ‘cuello blanco’ no busca un enfrentamiento ‘directo’ com la ley – su violación ostensible -, sino que trata de eludirla, mientras el delincuente convencional carece de tal capacidad de ocultación. La *naturaleza técnica, compleja de la infracción* neutraliza, también, la reacción social. El *corpus delicti* – a veces, un simple guarismo o dato contable – no provoca lógicamente la repulsa y desaprobación del crimen convencional. Falta la carga de emotividad, de afectividad que caracteriza a éste.” (Molina. 179; 1984)

camadas da população³². Após tecer comentários sobre empresas que atuam no mercado de importação e exportação causando grandes prejuízos ao sistema financeiro brasileiro, Ela Wiecko conclui:

“Todavia, tanto este episódio como o outro anteriormente descrito comprovam que efetivamente os funcionários graduados do Banco Central agem com alto grau de discricionariedade, justificando as soluções adotadas como as únicas possíveis para evitar prejuízos ao sistema financeiro ou ao mercado cambial. A solução aplicada para as quebras do Econômico e do Nacional repete o mesmo raciocínio tantas vezes já utilizado na história das falências de instituições financeiras: o Tesouro paga a conta para impedir a perda total da credibilidade no sistema financeiro, isto é, a quebra geral.

Nesse aspecto, é oportuno transcrever trecho de parecer do Deputado Amaral Netto, como relator da Comissão de Economia, Indústria e Comércio que aprovou o Projeto de Lei n. 273/83:

‘Discordamos (...) no tocante ao peso aparentemente exclusivo que dá à ausência de legislação específica, como causa de tantos crimes financeiros. cremos, na verdade, que as autoridades econômicas de inúmeros governos e o próprio meio empresarial também possuem parcela relevante de culpa, ao aceitarem, sem contestação, o mito de que a comoção causada pela quebra de uma instituição financeira é muito maior do que o custo dos

³² Maria Cristina Gianini, na década de 70, já refletia sobre os grandes prejuízos que os crimes de “colarinho branco” estavam de um lado, a impor ao Estado e a Sociedade, de outro mostrava que o Estado não estava devidamente capacitado, através do Poder Judiciário, nem mesmo para atuar de forma eficaz nos crimes menores, quer seja pela falta de recursos, quer seja pela falta de pessoal. Há de se questionar porém, sobre a intencionalidade política de desaparecimento do Poder Judiciário. Eis o posicionamento de Gianini:

“Abitualmente si tiene conto dei cosiddetti ‘delitti tradizionali’ contro la proprietà e la persona, e non si riflette sulle ramificazioni della corruzione e della criminalità ‘dal collecto bianco’ che rappresentano un costo sociale incalcolabile. Il furto dell’impiegato, l’esempio più frequente tra questo genere di criminalità, viene a costare negli Stati Uniti più di un miliardo di dollari l’anno. (...)”

L’analisi dei costi per l’amministrazione della giustizia è complicata dalla mancanza in molte nazioni di metodi di stima standardizzati e dalla necessità di poter disporre di costi separati per i procedimenti penali e quelli civili. La valutazione delle spese per l’amministrazione della giustizia há proprie limitazioni. Le nazioni prive di tribunali minorili sembrano avere costi più bassi nel settore della delinquenza minorile. Dove non esiste personale giudiziario qualificato o especili strutture per la detenzione durante il processo, il costo della delinquenza sembra essere più basso semplicemente perché mancano tali elementi. Comunque il prezzo pagato in termini di recidivismo può essere alto.” (Gianini, 1972: p. 172)

recursos públicos destinados à cobertura dos ‘rombos’ deixados por administradores inescrupulosos ou inexperientes.’

Provavelmente, em nenhum outro setor da criminalidade há tanta boa vontade dos agentes estatais de buscar soluções negociadas e alternativas menos traumáticas para os infratores, invocando-se o interesse público.”

(Wiecko, 1998: p. 252)

Por fim, o controle dos poderes constituídos por agentes ligados aos grandes grupos econômicos evidencia, de maneira cristalina, os motivos de inoperância do sistema penal. Em derradeira análise, destaca Ela Wiecko:

“A imunidade dos autores de condutas prejudiciais ao sistema financeiro é real. A resistência do Poder Legislativo brasileiro à criminalização primária, ou seja, à produção das normas que definam tais condutas, como crime, está relacionada com a existência dos detentores de poder econômico que sustentam o poder político e, entre eles, significativamente, os agentes financeiros, em especial os bancos privados.

A mesma resistência se revela no âmbito do Poder Executivo, quando deste se espera a complementação de regras ou a efetiva fiscalização das instituições financeiras, e está relacionada com o mesmo poder econômico.” (Wiecko, 1998: p. 287)

Todo esse quadro descrito do sistema penal, e particularmente do Processo Penal no Brasil, somente evidencia um comprometimento com as elites que, como se viu anteriormente, remonta desde as ordenações, perpassando pelo Modelo Processual do Império, chegando à República Velha, atravessando o Estado Novo (e as codificações de Getúlio Vargas), o regime militar de 64 e chegando aos dias atuais com reformas legais pouco significativas. Nesse contexto, buscou-se apenas dar ao Processo Penal as cores da mentalidade neoliberal já ostentadas pela Constituição Federal de 1988. A atuação ineficaz do Estado no combate à criminalidade, explicitada pela ineficácia do Processo Penal e de todo o Sistema

Penal, revela tão somente e em síntese que, de um lado, não quer o Estado pôr fim àquela situação denominada, no capítulo anterior, de “O lado honesto do crime”, visto que uma diminuição vertiginosa da criminalidade comum causaria grande impacto ao mercado produtivo de bens e serviços que atua nessa área, aumentando o desemprego e a crise econômica. E de outro lado, o processo penal é revelador de um Estado que busca encobrir, sempre que possível, os interesses criminosos das classes detentoras do capital. No caso brasileiro, apesar de haver alternância de personagens e partidos no Poder, são sempre das mesmas classes os agentes que tomam majoritariamente o assento às cadeiras no parlamento, no poder executivo e até no judiciário³³.

Assim evidencia-se aqui a idéia de Louis Althusser de que “**o Direito pertence ao mesmo tempo ao aparelho repressivo do Estado e ao sistema dos AIE (Aparelhos Ideológicos do Estado)**” (1998: p. 68).

5.1 – A Negação da Cientificidade

Todo esse panorama de subserviência política e ideológica do Direito Processual Penal compromete sobremaneira os princípios anteriormente elencados, particularmente o princípio da **verdade real**.

³³ Raimundo Faoro reflete sobre a alteração dos personagens na direção da máquina estatal (e a falta de representatividade destes), todavia sem que nesta haja alteração de classes no poder. Daí pode-se concluir que a criminalidade praticada por estas classes fica sempre ao largo do braço judicial, que como parte do Estado, é parte da classe dominante.

“Este curso histórico leva à admissão de um sistema de forças políticas, que sociólogos e historiadores relutam em reconhecer, atemorizados pelo paradoxo, em nome de premissas teóricas de vária índole. Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária, embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores. No plano das interrogações teóricas, um longo debate, aberto provavelmente por Hegel, discute a possibilidade da existência desse setor autônomo, estatal no conteúdo, disciplinador da sociedade, absoluto na essência. Marx e Engels, num escrito de juventude, advertem para a realidade, vinculando-a à concepção do Estado como forma de domínio da classe dominante.” (Faoro, 2000: p. 368)

A verdade, que deveria ser fruto de um processo lógico-científico, com pressupostos minimamente articulados entre si, dentro do conjunto probatório, é, em grande parte dos casos, deturpada, deixando assim de se constituir como **verdade real** e viciando a decisão judicial que tem o caráter valorativo³⁴.

A construção da prova no processo e a sua avaliação são condições essenciais para que a verdade se concretize. Todavia, aquelas condições de produção das provas que para todos deveriam ser iguais, dentro do espírito ditado pelo caput do art. 5º da Constituição Federal, são, na prática do cotidiano judiciário, condições bem diferenciadas, tendo em vista a classe social de cada acusado.

Essa seletividade econômica dos acusados compõe a “cientificidade metodológica” do processo penal e, uma vez constatada, faz com que o princípio da verdade real seja tão somente uma mistificação, ou no máximo um componente simbólico sem grande efeito na aplicação da justiça. Em uma análise aplicada sobre os métodos de investigação criminal, a jurista cubana Caridad Navarrete Calderon aponta a ausência e deficiência de dados sociais do acusado como fatos que acentua a seletividade.

“Investigaciones criminológicas de actualidad, tales como las de evaluación de la eficacia del sistema de justicia penal, y del control formal, pueden ser realizadas por jueces, fiscales, abogados, interesados en la búsqueda

³⁴ Sobre a interferência direta dos funcionários do Poder Judiciário no mundo processual, comenta Costa Ribeiro:

“De acordo com o sociólogo alemão Max Weber (1944), ‘previsibilidade’ e a ‘calculabilidade’ do ‘direito formal’ residem na constância e na regularidade das atitudes dos funcionários burocráticos do sistema jurídico que são responsáveis pela transformação dos conflitos correntes em confrontações jurídicas. O trabalho dos funcionários do sistema jurídico consiste exatamente na seleção de alguns aspectos da realidade que devem ser traduzidos nos autos. Mas é justamente esta seleção que revela as idéias e os valores dos representantes do sistema jurídico. Ao selecionar o que deve constar dos autos, policiais, magistrados e advogados acabam revelando suas representações do que é bom ou mal no mundo social – suas ideologias. A chamada ‘racionalização das normas’ possibilitaria a objetividade ou a imparcialidade das decisões jurídicas, mas a seleção dos fatos, que devem constar ou não dos processos judiciais, seria um momento subjetivo e de parcialidade na elaboração dos autos, que serão julgados nos tribunais. Se é verdade, como Weber (1944) aponta, que o trabalho dos profissionais do sistema legal de ‘dar forma’ aos atos segundo regras predeterminadas possibilita uma certa objetividade, também é verdade que este mesmo trabalho dá espaço para o surgimento de decisões subjetivas e parciais. Estas decisões expressam as crenças dos representantes do sistema jurídico-policia que podem ser tanto crenças vigentes na sociedade mais ampla, quanto crenças particulares deste grupo de profissionais.

científica, por la relativa simplicidad de la recogida de la información de los materiales de las causas penales. Mas no es necesario sobrestimar el valor cognoscitivo del método que se analiza, ya que, en los materiales de las causas penales se encierra una información desigual por su volumen, por ejemplo, con frecuencia están ausentes hasta algunos datos socio-demográficos del acusado”. (CALDERÓN, 2002: p. 255)

No Brasil, várias são as situações em que a produção e a avaliação da prova ficam comprometidas no Processo Penal. A título de exemplo, vale relembrar o julgamento feito pelo Tribunal do Júri, que embora se valorize positivamente seu caráter democrático e popular, muitas vezes, o leigo que integra aquela instituição, no papel de julgador, não pode avaliar a prova produzida, com a exatidão que ela merece.

Outro exemplo é a própria violação do princípio do contraditório durante a fase do inquérito policial, sendo que nesse momento são construídas provas que subsidiarão a denúncia e orientarão o juiz para interrogatório, sem que delas o acusado possa tomar conhecimento amparado pelo serviço gratuito de um defensor habilitado, uma vez que este só lhe será franqueado após o interrogatório.

A própria Lei 8.137/90 (Dos Crimes Contra a Ordem Tributária), já mencionada anteriormente, exemplifica também a violação explícita aos princípios processuais do direito ao silêncio, da presunção de inocência e de produção de uma prova lícita para a formulação de uma verdade sem vícios.

Enfocando o caráter deturpado e “mítico” da verdade real no Processo Penal, Francisco das Neves Batista aponta para a pouca objetividade da verdade produzida no atual processo penal brasileiro, especialmente na prática adotada a partir da Lei 9.099/95:

“Do procedimento sumaríssimo, previsto na mesma Lei n. 9.099, é afastada a regra do art. 158 do Código de Processo Penal, substituindo-se o exame de corpo de delito por ‘boletim médico ou prova equivalente’ (art. 77, § 1º), ficando o critério de aferição dessa equivalência a cargo do juízo.

O excurso probatório é concentrado em audiência e restrito às demonstrações que o juiz reputar suficientes, pertinentes e oportunas (art. 81, § 1º)

Salta aos olhos a absoluta impossibilidade de falar-se, a propósito de semelhante procedimento, de verdade qualquer, que não seja uma avaliação subjetiva dos julgadores. A decantada busca, pois, da verdade real, de suposta imposição principiológica, se fosse efetivamente exigível para alguma espécie criminal, já o não seria, *ex-vi legis*, em relação a um considerável número de infrações.” (Baptista, 2001: p.198)

Por mais que, no caso dos crimes de menor potencial ofensivo, a lei ofereça celeridade e maior punição com penas alternativas e socialmente mais recomendáveis, fica evidente, muitas vezes, que a lei sempre beneficiará aquele que primeiro procurar o poder Judiciário, mesmo sendo este o culpado que, usando de artifícios falsos, levará a vítima a pagar uma pena alternativa para se ver livre de um penoso processo-crime. Assim, a vítima se torna duas vezes vítima: vitimizada pelo agressor e pela justiça.

No rito ordinário, a forma de produção das provas, a da conexão estabelecida entre estas e da sua avaliação final que deveria ter como produto a verdade real, foi severamente criticada por Francisco das Neves Batista:

“O conceito de prova, por isso mesmo, afigura-se indissolavelmente ligado, ao longo da história dos procedimentos judiciais, à idéia de superação de uma incerteza inextricável, da fixação de um ponto ou momento em que se dão por vencidas todas as dúvidas e estabelecida uma certeza, consistente, *ultima ratio*, numa convicção de que algo *deve ser* de certo modo. O formalismo persistente, desde os ordálios antigos e medievais até o juramento (compromisso) de hoje – das testemunhas, peritos e, em certos sistemas, do próprio imputado -, denuncia a pragmática desconfiança na atingibilidade de qualquer verdade, real ou não.” (Baptista, 2001: p. 205)

Baptista (2001. p. 211), por fim, conclui sobre as dificuldades que os menos afortunados enfrentam dentro do rito processual, o que de fato compromete aquilo que deveria ser a verdade real como produto último da investigação científica e rigorosa.

O referido autor conclui em seu trabalho que, diante da impossibilidade de uma verdade real, seria minimamente aceitável uma **verdade ética** ou uma **“verdade suficiente, pragmaticamente construída mediante argumentação, para pôr termo a uma contenda, a uma tensão oriunda da proposta punitiva do Estado, visando a atingir o imputado, sempre, em sua dignidade (com a desonra da reprovação pública) e, por vezes, em sua liberdade de locomoção.”** (2002: p. 211)

Ora, se se aceitar, portanto, que a “verdade real” produzida no processo (que em parte está viciado pelas circunstâncias político-ideológicas ou econômicas e que por outro lado nega seus próprios princípios) torna-se um mito ou uma mera figura de linguagem nos manuais acadêmicos, vale, então, indagar sobre a cientificidade do método escolhido para se aplicar a justiça penal no Brasil.

Deixando claro que o Poder Judiciário não tem o controle absoluto do Processo Penal e que outros poderes e setores políticos igualmente instrumentalizam a máquina repressiva, Michel Foucault afirma:

“O último ponto capital que a teoria penal coloca em questão ainda mais fortemente do que Beccaria é que, para assegurar o controle dos indivíduos – que não é mais reação penal ao que eles fizeram, mas controle de seu comportamento no momento mesmo em que ele se esboça – a instituição penal não pode mais estar inteiramente em mãos de um poder autônomo: o poder judiciário.” (Foucault, 1996: p. 85)

E Foucault se remete ao passado ao reconhecer que, historicamente, o poder capitalista se utilizou do sistema penal para concretizar seus interesses de dominação no século XIX e que se consolidaram no século XX:

“Da mesma forma, no século XIX também se inventaram a partir de problemas jurídicos, judiciários, penais, formas de análise bem curiosa que chamaria de *exame (examen)* e não mais de inquérito. Tais formas de análise deram origem à Sociologia, à Psicologia, à Psicopatologia, à Criminologia, à Psicanálise. Tentarei mostrar-lhes como, ao procurarmos a origem destas formas, vemos que elas nasceram em ligação direta com a formação de um certo número de controles políticos e sociais no momento da formação da sociedade capitalista, no final do século XIX.” (Ibid: p.12)

Assim como Foucault, outros pensadores se posicionam, forçando a admitir que a “verdade real”, sendo apenas uma figura de retórica, não permite negar que os “sofistas” não estejam longe do Poder. Ao contrário, usurparam a cátedra, as cadeiras do parlamento, do judiciário e do executivo e fazem todos crerem, inclusive os acusados, que as penas impostas são valoradas com base numa verdade rigorosamente científica e respeitadora dos princípios constitucionais e processuais.

Desta forma, se se pode entender que não há uma verdade real como pressuposto para aplicação da Justiça, mas, no máximo, uma “verdade possível”. Se contar com a boa vontade do julgador ao trabalhar com instrumentos obsoletos e provas viciadas, dever-se-á então verificar a validade do método utilizado para a produção da verdade processual.

6 – O PROCESSO PENAL E AS ESCOLAS FILOSÓFICO – CIENTÍFICAS

A síntese exposta no início deste trabalho, resumindo o posicionamento epistemológico das principais escolas filosóficas, pode orientar a situação, ou não situação, do Processo Penal Brasileiro dentro de algum referencial teórico.

Se se pudesse afirmar que o processo penal brasileiro segue as regras da lógica formal de Aristóteles, ter-se-ia sempre resultados lógicos e igualmente válidos a partir de premissas fortemente construídas (as provas).

Entretanto, o que se verifica, nesse particular, é que no duplo modelo ainda existente (inquisitorial e acusatório), aquilo que poderia se constituir como forte premissa para o resultado lógico já está, de antemão, comprometido pela falta de cientificidade da polícia que iniciou o trabalho probatório, inclusive à revelia dos princípios constitucionais já abordados. Assim, os ritos probatórios realizados na fase policial e repetidos na fase judicial, quase sempre produzem resultados contraditórios e, certamente, ilógicos, do ponto de vista formal.

De outro modo, não se pode, também, dizer que o Processo Penal Brasileiro esteja plenamente imbuído de um racionalismo cartesiano, e que seus resultados passem necessariamente pelo método proposto pelo filósofo francês. O racionalismo cartesiano, que se consolidou com a mecânica de Newton, prevê o funcionamento perfeito dos sistemas que são logicamente construídos, assim como são as máquinas internas dos relógios e a própria noção dos autômatos.

Dessa forma, o uso de regras gerais, independentemente dos sujeitos investigados e de suas realidades sociais, implicaria sempre no funcionamento da máquina processual penal de maneira uniforme e produzindo sempre resultados racionalmente válidos. Todavia, já devidamente exposta e na prática histórica já comprovada, tal assertiva não é verdadeira.

Não se pode dizer, ainda, que o Processo Penal Brasileiro se faz valer rigorosamente das regras do empirismo baconiano, haja vista que mesmo que se levantem hipóteses diante de um fato típico, buscando a sua autoria, a delimitação da materialidade ou mesmo da culpabilidade, a verificação dessas hipóteses nem sempre segue o mesmo ritual legal e científico e vale observar que a metodologia das provas acaba por ser, na prática, bastante heterogênea, ou quando homogênea, permanece heterogênea na sua avaliação, no momento em que sobre seus resultados se lançam os olhos axiológicos. A título de exemplo, basta verificar que a grande

maioria dos acusados de homicídio nos Estados Unidos chega ao grande júri com a acusação construída por rigorosa prova produzida pela polícia científica, em que são apresentados exames químicos, biológicos, objetos, instrumentos e material audiovisual que, isoladamente ou juntos com a prova testemunhal, produzem a necessária verdade que levará o jurado a decidir pela absolvição ou condenação (há de se observar, entretanto, os diversos erros judiciais ocorridos nos Estados Unidos). No Brasil, raramente se lança mão da perícia especializada, até porque a tecnologia policial ainda é bastante acanhada e o trabalho de investigação se resume, na maioria das vezes, em reduzir a termo o depoimento testemunhal. Eventualmente se apreende arma ou outros objetos e se junta aos autos laudo pericial simples quando há lesão corporal, morte da vítima ou, em se tratando de narcotráfico, da droga retida pela autoridade policial.

Longe, então, de estar classificado rigorosamente como empirista, o processo penal brasileiro carece, ainda, de uma definição teórica que o situe no mundo da ciência.

Pelas razões expostas, referentes à inadequação do Processo Penal, ao racionalismo e ao empirismo, vale também dizer que, frente à teoria do conhecimento de Kant (criticismo), o método de investigação criminal adotado no Brasil também não resiste às rigorosas categorias epistemológicas propostas pelo filósofo alemão na sua *Crítica da Razão Pura*. Nem mesmo os juízos sintéticos *a priori*, como o *espaço* e o *tempo*, podem ser bem delimitados dentro do Processo Penal sem gerarem contradições e controvérsias que, por vezes, são plenas de motivações políticas, econômicas e ideológicas. Observe-se, como exemplo, o número excessivo de jurisprudência acumulada ao longo dos anos sobre conflitos de competência em razão do lugar, bem como sobre o prazo prescricional.

Inúmeros autores insistem em enxergar no processo uma certa natureza **dialética**, sem contudo explicitar se se trata de uma postura dialética idealista, aos moldes Hegelianos, ou se o processo se encaixa na visão da dialética preconizada por Marx e Engels, calcada na história e no materialismo.

Outros³⁵, ainda, chegam a enquadrar o processo penal nos moldes de um conhecimento produzido a partir do método dialético, simplesmente tomando por fundamento a presença obrigatória do princípio do contraditório, visto que, sem a sua correta aplicação, o processo poderia ser completamente nulo.

Talvez a melhor descrição para o processo fosse realmente a figura do triângulo, visto que trata-se de um sistema fechado entre as partes. Vislumbrem-se dois pólos, e o órgão julgador compondo o ângulo superior desse triângulo.

Ora, o simples fato do processo trazer consigo o exercício do contraditório entre as partes e deste exercício resultar a síntese elaborada pelo juiz e materializada pela sentença, não garante, por si só, o contraditório, a dialeticidade do processo.

Um conhecimento, fruto de um método dialético, pressupõe mais que o exercício do contraditório entre duas partes; pressupõe, acima de tudo, que este conhecimento seja o mais totalizante possível, isto é, não ignore as partes do triângulo. Todavia o triângulo não pode permanecer fechado com as partes se retroalimentando.

³⁵ Nesse sentido, asseveram Benedito Hespánha (83), Paolo Tonini (88 /90) e Ada Pellegrini Grinover, respectivamente:

“Como decorrência da natureza dialética e dinâmica do processo, o Estado cria constitucionalmente o direito de ação que é também direito público subjetivo, dando ao titular da pretensão jurídica o direito da tutela jurisdicional através do processo.” (Hespánha, 1986: p. 83)

“O princípio do contraditório possibilita a participação das partes na formação da prova. Em relação à prova declaratória, isso corre quando as partes formulam as perguntas e realizam as contestações. Desse modo, os elementos de prova formam-se na dialética das partes : tem-se o contraditório ‘para a prova’. O juiz tem condições de valorar a credibilidade do declarante e a idoneidade de suas declarações. No sistema acusatório, é interesse da justiça que o acerto do crime ocorra de acordo com o modo dialético: ao mesmo tempo, isso garante às partes o direito à prova. Nesse sentido, a oralidade contribui para o contraditório pois viabiliza o máximo da dialética processual.” (Tonini, 2001: p. 89)

“O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve”.

Uma das primeiras lições impostas pela academia ao neófito do Direito, é a de que “aquilo que não está nos autos do processo não existe”, ou seja, para a consideração das partes, especialmente do juiz, não pode e não deve existir.

Ora, tal proposição desconsidera por completo as interfaces do sistema processual com o mundo real e dinâmico, desconsidera as relações das partes e do juiz com esse mesmo mundo e as interferências diretas e indiretas da cultura, da economia, da política, da religião e de todos os setores da vida individual e coletiva na atividade forense e nos atos processuais.

O Processo Penal é radicalmente um exemplo daquilo que Karel Kosik poderia descrever como resultado de um conhecimento sistemático, em oposição ao que seria se fosse produzido por um método dialético, aberto, que prioriza a totalidade dos fatos, e seria então, o processo, como denominou Heidegger, um “ser” no tempo, histórico, um “ser-aí”. Assim comenta Maman:

“No caso do ser social, pergunta-se sobre a sociedade, sobre a essência e o ser do direito e a pergunta é feita à socialidade e à historicidade, enquanto modos de ser do *ser-aí*. Isto equivale a dizer que a pergunta tem que ser feita ao *ser-aí*, que é *ser-no-mundo-com-o-outro*, originária e constitutivamente, se não se cai na velha metafísica de Aristóteles e Habermas. Este, ao eliminar o que chama de “subjetivismo” (que atribui erroneamente a Heidegger), líquida também a filosofia, principalmente a alemã (ao jogar fora a água do banho, lá se vai junto a criança). Há em Heidegger uma forma *aparentemente* subjetiva, mas claramente *social*, quando na estrutura originária do *ser-aí* revela-se a sua condição de *ser-com*. Melhor isto se esclarece:

‘Aparentemente, nada está mais perto de um homem do que ele mesmo. Todavia, para que ele possa real e verdadeiramente compreender-se, é obrigado a compreender primeiro o mundo. Portanto, cada um de nós só chega à compreensão de si mesmo passando pela mediação do mundo e não somente do mundo, mas também dos outros. Essa a aparência; a verdade porém é que o mundo e o outro são-nos dados simultaneamente e

originariamente no próprio ser de cada qual. Ser para o homem, isto é, *ser-aí*, significa ser com o mundo e ser com o outro.’

Para a pesquisa do justo deve-se partir não do indivíduo isolado, mas sim da sociedade. O pensamento jurídico da individualidade não corresponde ao ser-autêntico do direito, que se perdeu com o sistema capitalista de produção. O indivíduo só será *livre* para suas possibilidades quando a sociedade também for. Qual é o autêntico fim da sociedade? Realizar a existência autêntica do *ser-com*: igualdade para a liberdade, ou ainda liberdade igualitária.” (Maman, 2000: p. 78)

Como um conhecimento sistemático, o processo penal é fechado em si mesmo, se confirma tão somente como um amontoado de situações ou de fatos que se sobrepõem, se somam uns aos outros e acrescentam informações ao juiz dentro de uma linearidade já pré-estabelecida³⁶.

Para ser dialético o processo penal, evidentemente que sem ferir seus objetivos e sem violar os princípios da dignidade humana de cada um dos envolvidos, poderia ou deveria considerar toda a conjuntura em que os indivíduos estão inseridos e as repercussões dessa conjuntura no corte factual que está sendo analisado. Assim, por exemplo, em muitas situações em que a regra estaria

³⁶ “Justamente porque o real é um todo estruturado que se desenvolve e se cria, o conhecimento de fatos ou conjuntos de fatos da realidade vem a ser conhecimento do lugar que eles ocupam na totalidade do próprio real. Ao contrário do conhecimento sistemático (que procede por via somatória) do racionalismo e do empirismo – conhecimento que se move de pontos de partida demonstrados através de um sistemático acrescentamento linear de fatos ulteriores -, o pensamento dialético parte do pressuposto de que o conhecimento humano se processa num movimento em espiral, do qual *cada início* é abstrato e relativo. Se a realidade é um todo dialético e estruturado, o conhecimento concreto da realidade não consiste em um acrescentamento sistemático de fatos a outros fatos, e de noções a outras noções. É um processo de *concretização* que procede do todo para as partes e das partes para o todo, dos fenômenos para a essência e da essência para os fenômenos, da totalidade para as contradições e das contradições para a totalidade; é justamente neste processo de correlações em espiral no qual todos os conceitos entram em movimento *recíproco* e se elucidam mutuamente, atinge a concreticidade. O conhecimento dialético da realidade não deixa intactos os conceitos no ulterior caminho do conhecer; não é uma sistematização dos conceitos que procede por soma, sistematização essa fundada sobre uma base imutável e encontrada uma vez por todas: é um processo em espiral de *mútua compenetração e elucidação* dos conceitos, no qual a abstratividade (unilateralidade e isolamento) dos aspectos é superada em uma correlação dialética, quantitativo – qualitativa, regressivo – progressiva. A compreensão dialética da totalidade significa não só que as partes se encontram em relação de interna interação e conexão entre si e com o todo, mas também que o todo não pode ser petrificado na abstração situada por cima das partes, visto que o todo se cria a si mesmo na interação das partes.” (Kosik, 1976: p. 91)

logicamente a impor a condenação do acusado, vez que ficaria comprovada a ocorrência do fato típico, da autoria e da culpabilidade (entendida esta dentro dos conceitos apontados pela tradição dogmática), observando o caso numa concepção dialética e tomando o plano da totalidade como referência, poder-se-ia constatar a ausência absoluta do Estado na vida individual e social do acusado, e estando esse numa situação de abandono total, nos limites de sobrevivência abaixo da linha de miserabilidade, não se poderia ter outro responsável pelo seu delito senão a evidente ausência de políticas públicas que, por direito, lhes deveriam ser previamente dirigidas. Incidiria, então, o acusado, numa *inimputabilidade* motivada por um fator externo à sua personalidade ou conduta e, conseqüentemente, lhe seria imposta a absolvição. Porém, esta conclusão não seria normal dentro do atual modelo processual, visto que, de certa forma engessado, a atual dialética processual não passa de mera figura de linguagem para tentar explicar o frágil exercício do contraditório entre as partes.

O campo majoritário da doutrina processual penal muito dificilmente é capaz de perceber que a relação dialética no processo estaria a ocorrer muito mais na relação deste com mundo e com a série de fatores que o cerca e que com ele interagem, do que propriamente nas meras relações internas, pertinentes à forma de processamento do feito e da ritualística.

É temerário, então, se afirmar que o processo penal brasileiro tem como fundamento filosófico-epistemológico o método dialético.

Quanto ao modelo fenomenológico inicialmente exposto, que visa a superação do psicologismo, (posto que nesta situação o conhecimento é resultado de uma profunda intervenção subjetiva), tem-se na distinção entre consciência e objeto a possibilidade de um conhecimento válido em direção ao Eidos, (a essência), daquilo que se quer, de fato, conhecer. É um desvelamento do objeto a partir de uma investigação prévia, ou daquilo que Hursel denominou de redução eidética.

Ora, nesse sentido seria, pois, necessária ao Processo Penal, para se considerar enquadrado dentro do modelo fenomenológico, essa redução prévia da

sua essência e só posteriormente poder-se-ia se adentrar na matéria processual ou na essência do direito substantivo que se busca no processo. Todavia, a dificuldade de se separar ou de se retirar o intenso subjetivismo seletivo, do qual o processo penal está carregado, faz com que a essência daquilo que, de fato, se busca no processo fique flagrantemente obscurecida.

Esta seletividade que envolve os que são alcançados pelo braço processual penal, prenhe de pré-conceitos de classe, deixa inibida qualquer possibilidade de confiança numa realização de justiça. E nesse contexto fenomenológico, afirma Mamon:

“A realização da justiça funda-se sobre o modo constitutivo do *ser-aí*, sobre o *existencial*, que é *ser-com-outrem* e permite a juridicidade da existência autêntica – o modo autêntico do ser jurídico. É, pois, a ontologia que fundamenta a igualdade política e jurídica na existência autêntica, pelo reconhecimento da recíproca alteridade dos coexistentes.

Definição de justiça ou do jurídico, à luz dessa analítica: modo de ser do *ser-aí*, no-mundo-com-os-outros.

A experiência constitui a base principal e a primeira condição do conhecimento; a constituição prática do homem existente permanece o essencial.

A primeira consequência de ordem política a ser derivada da filosofia de Heidegger é a igualdade de todos os homens porque ontologicamente fundada na constituição originária do *ser-aí*. O método fenomenológico praticado pelo filósofo permite alcançar o universal concreto através do singular, isto é, descortina a inteligibilidade e o ser de todo homem pela via da análise existencial ou ontologia fundamental. Este singular, o *ser-aí*, não é indivíduo, é o *ser-com*, o *ser-aí* que se constitui *no-mundo-com-o-outro*. É o homem existente na sua condição solidária, na vontade permanente de *estar junto*, ou melhor ainda, de *ser o mesmo*.” (Mamon, 2000: p. 75)

Não se pode, assim, afirmar que seja o Direito Processual Penal e toda a sistemática punitiva brasileira, calcada em bases da epistemologia fenomenológica. Falta, então, à doutrina processual penal brasileira, um reconhecimento prévio de seus limites, um “meia culpa” intelectual e principalmente um reconhecimento expresso da sua não-cientificidade.

Seria, pois, mais coerente para o processo penal se este se reconhecesse e se impusesse como o “braço armado do poder constitucional” ou mesmo como um poder (no sentido lato do termo) do Estado e não como uma ciência, de profundas bases filosóficas epistemológicas. Está, a doutrina, a induzir ao erro os neófitos que buscam a cientificidade (inexistente) do processo e aos já bastante iniciados ao se repetirem numa retórica vazia quando se referem à “ciência processual” como se esta fosse uma realidade quase ontológica. A própria dogmatização dessa pseudo cientificidade já seria suficiente para fazê-la ruir diante do pressuposto de Popper: **“os que não se disponham a expor suas idéias à eventualidade da rejeição não participarão do jogo científico”**. (Popper, p. 307)

E continua Popper a desmistificar o ideal de ciência como uma construção estática ou como aquela apregoada pelos repetidos manuais de Processo Penal:

“O 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 enunciado científico permaneça *provisório para sempre*. Pode ele, é claro, ser corroborado, mas toda corroboração é feita com referência a outros enunciados, por sua vez provisórios. Apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar ‘absolutamente certos’.

Com a queda do ídolo da certeza (inclusive a dos graus de certeza imperfeita, ou probabilidade), tomba uma das defesas do obscurantismo que barra o caminho do avanço da ciência. Com efeito, a idolatria desse ídolo afeta não apenas a temeridade de nossas questões, mas também o rigor e a

integridade de nossos testes. A visão errônea da ciência se 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 o faz é a persistente e arrojada *procura crítica da verdade*.” (Popper, 2000: p. 309)

Da forma como se estrutura atualmente a sistemática processual penal, fica evidenciado, de um lado, uma mistificação da linguagem expressa nos termos legais, visto que não se pode mais, como na modernidade, valer a qualquer custo a vontade do rei sem se preocupar com a opinião pública. Assim a linguagem legal parece ter sintonia com os princípios processuais. Essa aparente sintonia se presta a evidenciar outra coerência histórica, ou seja, o atual modelo processual também revela sua origem histórica, como instrumento pretérito e atual de seletividade punitiva frente ao *status* social.

Se do ponto de vista epistemológico e metodológico o resultado produzido pela máquina processual está distante da verdade, portanto em profunda incoerência com seu propósito expresso na linguagem formal, de outro ponto, o da metalinguagem, o processo penal é coerente ao realizar com eficiência sua tarefa de auxílio armado do Poder Econômico que se reveste com o **manto do Estado**.

Ivo Dantas, ao citar Candido Dinamarco, no âmbito do estudo do Direito Comparado, aponta a necessidade de uma linguagem adequada ao método e ao objeto a ser investigado, sob pena de se empobrecer os resultados científicos:

“Embora reconhecendo a inexistência de uma rigidez vocabular nos estudos jurídicos, CÂNDIDO DINAMARCO (Fundamentos do Processo Civil Moderno), já identifica nele um progresso que o torna ‘mais minucioso e apurado’. Textualmente, escreve que ‘mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem, e as palavras se usem sem grande precisão técnica.’” (DANTAS, 2000: p. 18)

No mesmo diapasão, Óscar Correias, aponta no Direito, discursos tidos como científicos mas que tão somente reforçam a “legitimidade” da violência estatal:

“O que temos até aqui é o que o direito existe em textos, que portam discursos prescritivos produzidos como vinculantes por funcionários autorizados, que ameaçam com a violência, e que generalizadamente são reconhecidos *como* tais, ou seja, como ‘obrigatórios’ pode entender-se ou que os receptores crêem que se não obedecem serão reprimidos, e obedecem por medo, ou que os receptores pensam que é ‘bom’ obedecer, em cujo caso o fazem pelo que Gramsci chamou ‘consenso’ (é um problema específico da *Sociologia Jurídica* saber se o temor e o consenso coexistem e em que proporções)” (Correias,1995: p.86)

E ainda destaca Correias a cumplicidade do jurista que de maneira acrítica recebe o discurso jurídico e o repassa sem a percepção de que está diante de um canal político de manipulação que usa da linguagem e da metalinguagem:

“O que os juristas fazem é o mesmo que qualquer outro receptor do discurso do direito, isto é, o reconhecem ou o desconhecem, mas com a diferença de que o estado os preparou e designou como funcionários especializados em realizar esta parte da tarefa do exercício do poder. (...)

A tarefa dos juristas é a *legitimação do poder*. Frequentemente se diz que é o direito quem legitima o poder. Em realidade, se o direito é um discurso prescritivo, não legitima nada até que o mesmo seja conhecido. A legitimação consiste no reconhecimento. Com a palavra ‘legitimação’ nos referimos a um fenômeno do qual cabe esperar que uma ciência, talvez a *Psicologia Política*, possa dar uma explicação plausível. Para nós, aqui, se trata é de uma destas tantas palavras que estão no lugar de uma perplexidade. O certo é que pertencem à nossa experiência cotidiana o respeito ‘ao que disse o advogado’, pertencem à nossa experiência cotidiana as condutas que chamamos ‘de obediência’ ao discurso destes profissionais.” (Ibid: p. 87/88)

CAPÍTULO III

A NECESSIDADE DE UMA NOVA PERSPECTIVA METODOLÓGICA

Os desafios sociais e científicos do terceiro milênio estão a exigir do Direito e especificamente do Direito Processual Penal uma nova ordem de investigação e, conseqüentemente, que sejam revistos os critérios de produção dos resultados (da verdade) sob os quais incidirão o julgamento como atitude valorativa.

A produção do conhecimento que se iniciou com o advento da modernidade, mesmo tomando como matéria de investigação a natureza, os abstratos raciocínios matemáticos, não deixou de influenciar sobremaneira a ciência política, a historiografia, a humanidade de uma forma geral e especificamente a produção jurídica.

O conhecimento não pode, assim, ser considerado como se composto por partes isoladas, em que cada uma, à sua maneira, reflete sobre uma parcela da totalidade, métodos e resultados totalmente autônomos e independentes entre si.

O modo de pensar o universo proposto por Descartes e Newton certamente influenciou todo um conjunto de ciências naturais, humanas e sociais aplicadas³⁷. O raiar do século XX assistiu, entretanto, à mudança de paradigmas da física em relação ao universo e aos seus próprios métodos e isto fez com que a concepção de matéria, ciência, conhecimento, vida, energia e, enfim, de tudo que é inerente ao homem e à sua relação com o meio fosse radicalmente alterada.

Enquanto todas as áreas do saber voltaram seus olhos para essa nova compreensão do universo e do conhecimento, fazendo com que os limites das

fronteiras epistemológicas fossem gradativamente desaparecendo, por outro lado, no Direito, por força das interferências políticas e de outras contingências, as alterações dessa nova visão de mundo e de produção do conhecimento, nada ou quase nada interferiram na rotina processual. A pesquisa da “verdade” continuou ainda vinculada à tradicional metodologia da seletividade social já exposta.

É, portanto, necessário agora que se inicie uma reconstrução do método processual, da mesma forma como foi reconstruído o olhar metodológico da física contemporânea sobre a física newtoniana ou da psicanálise frente as tradicionais escolas da psicologia. Aquilo que é, hoje, a linguagem do processo penal e que era a linguagem oficial da natureza expressa por Newton, pode ser recolocado num exercício de metalinguagem³⁸ para a criação de um novo processo penal a exemplo do que foi feito com a estruturação da física quântica e da relatividade. Sobre essa interface da natureza e da natureza humana, merecedora de maior explicitação, comenta Foucault:

“Esse processo de comunicação entre a natureza e a natureza humana, a partir de duas funções opostas mas complementares, pois que não podem exercer-se uma sem a outra, traz consigo amplas consequências teóricas. Para o pensamento clássico, o homem não se aloja na natureza por intemédio dessa ‘natureza’ regional, limitada e específica que lhe é concedida por direito de nascimento como a todos os outros seres. Se a natureza humana se imbrica com a natureza, é pelos mecanismos do saber e pelo seu funcionamento; ou, antes, na grande disposição da *epistémê* clássica, a natureza, a natureza humana e suas relações são momentos funcionais, definidos e previstos.” (Foucault, 2000: p. 427)

³⁷ Termos mais utilizados recentemente dentro da universidade brasileira para a subdivisão das áreas de saber.

³⁸ “Verdade - Na lógica, a verdade caracteriza-se pela possibilidade de atribuir um valor 1 (verdadeiro) ou 0 (falso) a uma proposição. Na lógica e nas matemáticas, os axiomas são postos como verdadeiro por hipótese e os teoremas são proposições estabelecidas como verdadeiras com a ajuda de uma demonstração. Nas ciências da natureza, e em particular na física, os fatos observados são considerados verdadeiros. Na mecânica quântica, existem propriedades verdadeiras que não são fatos observados diretamente, mas sim consequências desses fatos. (fato Crível) – Na mecânica quântica, uma proposição crível resulta de um fato observável, mas só tem sentido em certos quadros lógicos autorizados pela existência da *complementaridade*, e não em todos, ao contrário das proposições verdadeiras.” (Omnés, 1996: p. 302/309)

Destarte, o que se propõe no próximo passo deste trabalho é a releitura da metodologia processual penal sob a ótica da física quântica, por ser esta a porta de entrada não somente para um novo entendimento da natureza, mas também por ser construída com um método que coloca o conhecimento num estado de maior coerência com os resultados obtidos na investigação científica.

1 – A MECÂNICA QUÂNTICA

Antes de se propor a refletir sobre o método da mecânica quântica e o método processual penal, é mister que se faça uma breve retomada histórica da construção do pensamento quântico e também que sejam apresentados seus postulados principais.

Os conceitos apresentados no texto deste trabalho são somente aqueles necessários para se estabelecer as conclusões a que se pretende chegar ao final. Todavia podem refletir exatamente a possibilidade de um diálogo a se estabelecer entre o Direito e a Física ou entre o Direito e outras ciências, diálogo esse tão importante que Cláudio Souto, referindo-se à sociologia jurídica e o pensamento científico, pode igualmente sugerir uma situação análoga no Direito Processual Penal:

“Não é que o direito não possa surgir direta e espontaneamente da sociedade. Mas é que pode surgir também através da obra de cientistas e de técnicos. É que, em qualquer caso, a racionalidade do direito depende da adequação do conhecimento que o informa à realidade. Adequação que é a atividade consciente da ciência em geral e da Sociologia Jurídica em particular. O que não quer dizer que, em muitos casos, a ciência não se limite a concordar com os dados da elaboração social inconsciente, espontânea, da normação jurídica. O que não significa, contudo, por sua

vez, que os melhores critérios de verificação de conhecimento não sejam os conscientemente científicos. Afinal, uma Sociologia do Direito que negue a importância decisiva do conhecimento científico começa por negar-se a si própria.” (SOUTO, 1978: p. 63)

2 – A FÍSICA CLÁSSICA

A modernidade foi marcada pelos olhares que Bacon e Descartes lançaram sobre o mundo. Particularmente o racionalismo cartesiano possibilitou uma organização metodológica que fundamentou todo conhecimento sobre a natureza que posteriormente viria a se produzir.

O empirismo baconiano igualmente contribuiu com a produção desse saber, embora tenha figurado historicamente como um modelo que se contrapunha ao racionalismo de Descartes. Essa aparente contradição epistemológica foi devidamente resolvida pela crítica Kantiana³⁹.

Há, porém, de se observar que essa nova ordem racional da modernidade conseguiu representar o universo como uma máquina devidamente organizada, como um relógio que, em suas engrenagens perfeitamente encaixadas, pudesse medir com precisão toda a trajetória da natureza e se destacar no tempo.

Iniciara-se uma era em que ficava evidente a necessidade de um sistema que pudesse ser paradigma para o entendimento total da natureza e do homem, e para que fossem desvelados os fenômenos ainda não explicados e encobertos por

³⁹ Capra ressalta a interseção entre os pensamentos cartesiano e baconiano:

“A concepção cartesiana do universo como sistema mecânico forneceu uma sanção ‘científica’ para a manipulação e a exploração da natureza que se tornaram típicas da cultura ocidental. De fato, o próprio Descartes compartilhava do ponto de vista de Bacon, de que o objetivo da ciência é o domínio e controle da natureza, afirmando que o conhecimento científico podia ser usado para ‘nos tornarmos os senhores e dominadores da natureza’.” (Capra, 1995: p. 56)

uma linguagem codificada. O novo sistema, simbolizado pelo avanço da matemática, seria a chave deste código⁴⁰.

O modelo cartesiano de representação da natureza, através de uma máquina que funciona com a precisão da matemática, ficou impregnado na cultura ocidental, marcando definitivamente toda a produção científica⁴¹.

Sem se fechar nos sistemas cartesianos, mas se sustentando no método racional de investigação científica e nos recursos que a matemática podia oferecer, Isaac Newton (1642 – 1727) construiu uma explicação quase completa dos fenômenos físicos. E a natureza, a partir de Newton até o início do século XX, passou a ser um todo sistematicamente ordenado e, principalmente, **explicável** com postulados lógicos irrefutáveis, calçados nos pilares da comprovação experimental e da abstração do cálculo integral e diferencial, sendo este fundamental para as leis da Dinâmica.

Nas Leis de Newton a construção teórica que explicava as forças de atração e repulsão encontrou em Empédocles, filósofo pré-socrático e no conceito egípcio do amor e ódio, a inspiração necessária para impulsionar a investigação e

⁴⁰ Sobre o papel da matemática destaca Shemberg:

“O papel da Geometria de Euclides no desenvolvimento da Física foi fundamental, continuando a ser o principal instrumento matemático até a época de Kepler e Galileu. O desconhecimento da Geometria grega parece ter sido o principal empecilho para o desenvolvimento da Física chinesa, pois a Geometria euclidiana só foi introduzida na China na época dos mongóis.

O século XVII foi um período áureo para o desenvolvimento da Geometria. Com a descoberta da Geometria Analítica por Descartes e Fermat, surgiu, na realidade, o conceito moderno de espaço, como também observou Einstein. Na Grécia havia o conceito de espaço ocupado por um objeto, mas não ainda de espaço em si. O desenvolvimento do Cálculo Diferencial e Integral no século XVII esteve também profundamente relacionado com problemas geométricos e cinemáticos.

⁴¹ “A concepção de Descartes sobre organismos vivos teve uma influência decisiva no desenvolvimento das ciências humanas. A cuidadosa descrição dos mecanismos que compõem os organismos vivos tem sido a principal tarefa dos biólogos, médicos e psicólogos nos últimos trezentos anos. A abordagem cartesiana foi coroada de êxito, especialmente na biologia, mas também limitou as direções da pesquisa científica. O problema é que os cientistas, encorajados por seu êxito em tratar os organismos vivos como máquinas, passaram a acreditar que estes *nada mais são* que máquinas. As consequências adversas dessa falácia reducionista tornaram-se especialmente evidentes na medicina, onde a adesão ao modelo cartesiano do corpo humano como um mecanismo de relógio impediu os médicos de compreender muitas das mais importantes enfermidades da atualidade.

Eis, pois, a ‘maravilhosa ciência’ anunciada por Descartes. Usando seu método de pensamento analítico, ele tentou apresentar uma descrição precisa de todos os fenômenos naturais num único sistema de princípios mecânicos. Sua ciência pretendia ser completa, e o conhecimento que ofereceu tinha a intenção de fornecer uma certeza matemática absoluta.” (Capra, 1990: p. 57)

solidificação da teoria da gravitação dos corpos e das forças elétricas (Schenberg. 2001: 23).

Com um sistema teórico que daria uma explicação que pretendia ser universal para a dinâmica da natureza, ou seja, considerando inclusive o movimento dos astros e planetas, posto que a explicação deste poderia se dar a partir de experimentos realizados na terra sob a regência da matemática, Newton então estabeleceu basicamente as três leis:

“1ª Lei: Afirma Newton que qualquer objeto – e, por implicação o universo inteiro – ou fica parado ou permanece se movendo em linha reta; a não ser que alguma força lhe seja aplicada.” (Gribbin, 1999: p. 10)

“2ª Lei: Afirma que uma força produz aceleração, e pode ser resumida pela equação $\vec{F} = m \cdot \vec{a}$, o que significa que para produzir uma aceleração \vec{a} em um corpo de massa m é necessário aplicar uma força \vec{F} que é igual ao produto de m por \vec{a} ”. (Hamburger, 1992: p. 18)⁴².

3ª Lei: Afirma que a reação é igual e oposta à força inicial.

Todo o arcabouço da física, desde Newton até o final do século XIX, se orientou de certa maneira pela máquina cartesiana, estruturado sobre uma precisa lógica-matemática, sem deixar, evidentemente, de ver na empírica a confirmação dos avanços teóricos, esses, muitas vezes, oriundos do campo experimental.

⁴² A lei da gravitação, de Newton, direta e matematicamente relacionada com a 2ª Lei orientou a compreensão da dinâmica do universo (do Macro – Universo e do Micro – Universo) até o final do século XIX, quando a mecânica quântica e a relatividade apresentaram novas bases para o entendimento da natureza. A Lei de Gravitação pode ser representada: “A Lei da Gravitação de Newton, pode ser representada matematicamente pela equação:

$$F = G \frac{M_p M_s}{d^2}$$

que significa que a força F que o Sol exerce sobre um planeta P aumenta proporcionalmente à massa M_p do planeta e a massa M_s do Sol e diminui proporcionalmente ao quadrado da distância d entre o Sol e o planeta. A letra G representa um valor numérico constante pelo qual devemos multiplicar a fração $\frac{M_p M_s}{d^2}$ para obter o valor de F . Na equação acima falta dizer qual é a direção da força: é uma força atrativa que puxa o planeta para o Sol. (Hamburger, 1992: p. 17)

Até o início do século XX era pacífico o entendimento quanto à radiação emitida pelo calor, ou seja, levados a um aquecimento, os corpos encandecidos tomam inicialmente a cor avermelhada e depois, em temperatura mais elevada, a cor embranquecida. Quanto ao corpo negro que, por princípio, não emitiria luz ou radiação, visto que, ao contrário, era tido como agregador de todas as cores e da própria luz, foi devidamente investigado por Planck que, com base na constatação anterior de emissão de radiação, até então inexplicável, deu o “ponta-pé” inicial na caminhada da mecânica quântica. (Heiserberg, 1999: p. 48).

Planck não concentrou sua pesquisa propriamente na radiação dos corpos negros, mas buscou verificar o que poderia estar ocorrendo com o átomo radiante (ou átomo oscilador⁴³). Assim, após o diálogo mantido com Curbaum e Rubens, Planck pôde concluir que, ao oscilar, o átomo investigado emitia *quanta* de energia, ou, em outras palavras poder-se-ia dizer que “pacotes” de energia eram emitidos com a oscilação atômica em condições térmicas variáveis.

Desta forma, a natureza que, até então, estava toda decifrada e explicada pela física newtoniana, ou pelo menos, poderia afirmar-se que os pressupostos para sua explicação já eram definitivos, inclusive com influências na físico-química e na própria biologia, agora se mostrava mais enigmática apesar do avanço de Planck. A título de exemplo, poder-se-ia dizer que a teoria conservacionista de Lavoisier foi colocada em xeque, e mais radicalmente questionada após a intervenção de Einstein logo após a publicação da descoberta de Planck⁴⁴.

Ao estudar o fenômeno da luz, Einstein verificou que a teoria ondulatória da luz, por si só, não continha toda a explicação necessária, começando então a

⁴³ O átomo oscilador é aquele que, por exemplo, submetido a uma alta temperatura faz seus elétrons variarem nas camadas orbitais.

⁴⁴ “Planck comparou a situação da radiação do corpo negro com a das ondas superficiais de um tanque de água no qual jogamos uma pedra. Inicialmente se formam ondas grandes que depois se fragmentam nas reflexões nas paredes do tanque. Esse processo de fragmentação das ondas corresponde a um deslocamento de energia para comprimentos de ondas menores, e portanto frequências maiores, que continuam indefinidamente, impedindo a realização do equilíbrio termodinâmico. Em busca de algo que pusesse fim a esse deslocamento de energia para grandes frequências, Planck deu uma explicação intuitiva ao introduzir sua constante e tornar possível a existência de um equilíbrio estatístico na radiação de um corpo negro.”(Schemberg, p. 40)

pressupor uma teoria, também corpuscular da luz. Observou Einstein que metais emitiam elétrons sob ação da luz (efeito fotoelétrico)⁴⁵.

Inicialmente explicada por Maxwell como estando constituída por ondas eletromagnéticas, a luz foi assim também aceita e compreendida por Einstein. Todavia ele não podia negar que a idéia do *quantum* como pacote de energia, formulada por Planck, também era bastante razoável para explicar a consistência da luz, podendo esta, portanto, vir a ser explicada como sendo constituída por *quanta* que viajavam em velocidades altíssimas.

De outra forma, não se poderia afirmar que a teoria ondulatória da luz estava liquidada, o que forçava inexoravelmente uma, até então, contraditória indagação. Seria a luz onda e *quantum* (pacotes de energia ou ftons) ao mesmo tempo? Ou, acionando ainda mais a contradição, seria a luz, onda e partículas, ao mesmo tempo?

Esta Segunda forma de se indagar é somente uma outra maneira de expor o *quantum*, visto que, enquanto pacote de energia ou onda, poderia também ser tido como matéria, tal é a compreensão da física em relação a mesma natureza ontológica entre matéria e energia⁴⁶, que posteriormente fora bem retratada pela famosa

⁴⁵ “Outras propriedades do efeito fotoelétrico também são difíceis de serem entendidas à luz da teoria clássica, mas são quase evidentes quando o fenômeno é visto como uma absorção instantânea de um quantum de luz pelo elétron com o qual ele colide. Por exemplo, foi observado que a emissão fotoelétrica se inicia instantaneamente quando a luz incide sobre o material emissor. Isso ocorre mesmo quando a intensidade da luz incidente é bastante pequena. Do ponto de vista clássico, cálculos mostram que o tempo estimado entre o instante de incidência da luz e a emissão de fotoelétrons pelo metal é de aproximadamente 100 s. Experimentos realizados por Lawrence e Beams em 1928 mostraram que o tempo máximo observado nesse evento é da ordem de 10^{-9} s. Foi observado ainda que, sob a ação de uma luz monocromática, a taxa de emissão de elétrons é diretamente proporcional à intensidade da luz incidente, o que é esperado do ponto de vista quântico, visto que o número de quanta – e portanto de colisões com os elétrons do metal – é diretamente proporcional à intensidade da luz incidente. No efeito fotoelétrico, a luz age como se fosse um feixe de partículas e não como ondas, contrariando, assim a teoria ondulatória da luz, tão claramente confirmada nos experimentos de interferência e polarização, mencionados anteriormente.”(Wolney Filho:2002.p.33)

⁴⁶ “A sugestão de que a matéria pode ter propriedades de ondas foi apresentada por Louis De Broglie em 1924. Ele argumentou que se a luz – um fenômeno ondulatório, segundo a teoria clássica, confirmado por muitos experimentos – pode, em determinadas circunstâncias, comportar-se como uma partícula, então, seria também possível que a matéria – que classicamente consiste de partículas – pudesse apresentar, sob determinadas circunstâncias, um comportamento de ondas”. (W. Wolney. p. 44)

fórmula de Einstein: energia é igual ao produto da massa pela velocidade da luz ao quadrado ($E=MC^2$). Heisenberg explicita essa dualidade energia-matéria:

“Assim, a inércia aumenta com a energia cinética. Mas, de uma maneira bastante geral, qualquer tipo de energia, de acordo com a teoria da relatividade, contribuirá para a inércia, isto é, para a massa; e a massa que corresponde a uma dada quantidade de energia é exatamente essa energia dividida pelo quadrado da velocidade da luz. Assim, portanto toda energia carrega consigo uma massa; mas mesmo uma energia elevada dará lugar somente a uma massa muito pequena: essa é a razão pela qual a relação entre massa e energia não tinha sido observada a mais tempo. As duas leis de conservação, da massa e da carga elétrica, perdem sua validade própria, em separado, e combinam-se para dar lugar a uma única lei que pode ser denominada de lei da conservação da energia ou massa.” (Heisenberg, 1999: p.164)

Porém, essa conclusão só viria mais tarde. Inicialmente, a questão sobre a consistência da luz, se em ondas eletromagnéticas ou em partículas (*quanta*) ou nos dois, permaneceria em aberto por algum tempo.

Em 1913 Niels Bohr aponta uma teoria para a estabilidade atômica, ou seja, a de que “se o átomo pode mudar sua energia somente por *quanta* com energias discretas, isso deve significar que o átomo só possa existir em estados discretos estacionários, aquele de energia mais baixa, sendo o estado em que ele normalmente se encontra. Portanto, após qualquer tipo de interação, o átomo retornará ao seu estado normal. (Heisenberg, 1999: p. 92)

Alertando que para o avanço da mecânica quântica era necessário fazer a pergunta correta, a investigação precisa, Heisenberg comentava o trabalho de Bohr:

“A teoria de Bohr abriu uma nova linha de pesquisa. A grande quantidade de dados experimentais, colecionados pela espectroscopia através de muitas décadas, estava agora à disposição para prestar informações sobre as estranhas leis quânticas que governam os

movimentos dos elétrons nos átomos. E as muitas experiências da química podiam ser utilizadas para o mesmo propósito em vista. Foi desse tempo em diante que os físicos aprenderam a fazer as perguntas corretas; e fazer a pergunta certa é, freqüentemente, mais do que a metade do caminho que conduz à solução do problema.

Mas quais eram essas perguntas? Praticamente, todas elas tinham a ver com as estranhas contradições que pareciam persistir entre resultados de diferentes experiências. Afinal, como pode ser que a mesma radiação que produz figuras de interferência e que, portanto, deve consistir de ondas também produza o efeito fotoelétrico e deva, conseqüentemente consistir de partículas em movimento?”. (Heisenberg, 1999: p. 54)

Heisenberg destaca, ainda, a cooperação de outros teóricos que, a partir das operações de cálculo com matrizes, propuseram verdadeiramente um avanço metodológico em relação à mecânica Newtoniana:

“Partindo-se então, dessas novas equações e modificando-as ligeiramente, poderíamos esperar obter relações para as grandezas que correspondem às freqüências e intensidades da radiação emitida, mesmo para o caso de órbitas pequenas e para o *estado fundamental* (ou normal) do átomo. Esse plano pôde de fato ser posto em prática e, no verão de 1925, deu lugar ao formalismo matemático que foi denominado *mecânica das matrizes* ou, para se usar uma expressão mais geral, *mecânica quântica*. Assim, as equações de movimento da mecânica clássica foram substituídas por equações formalmente semelhantes entre matrizes; foi uma experiência realmente estranha ver que muitos resultados da mecânica newtoniana, como a conservação da energia e outros, podiam ser igualmente derivados no novo esquema. Posteriormente, as investigações de Bohr, Jordan e Dirac mostraram que as matrizes representativas da posição e momento do elétron não comutam. Esse último resultado revelou claramente a diferença essencial entre as mecânicas quântica e clássica.” (Ibid: p. 58/59)

3 - OS PRINCÍPIOS DA DUALIDADE E INDETERMINAÇÃO (OU INCERTEZA), DA PROBABILIDADE, DA SUBJETIVIDADE E DA COMPLEMENTARIDADE

Inicialmente, vale lembrar que esses princípios não são independentes entre si mas que, ao se completarem, compõem as explicações iniciais da mecânica quântica, necessárias a este trabalho.

3.1 – A Dualidade e Indeterminação (ou Incerteza)

Por esses princípios Heisenberg, juntamente com outros teóricos, deixa evidente que, tanto a onda quanto a partícula, dentro do universo subatômico, fazem parte da mesma realidade ontológica. Porém, não se pode definir ao certo, num momento preciso, determinado e indicado objetivamente, se aquela forma está expressa como onda ou como partícula⁴⁷ e mesmo, se dentro de um dado espaço e tempo houve variações entre o estado de onda ou partícula e em que quantidade e forma se tem tal oscilação. De outro modo, Heisenberg afirma ainda que, dadas as condições da realidade do universo microscópico, somente se pode indicar com precisão ou a posição ou a velocidade e direção da partícula, sendo impossível determinar, ao mesmo tempo, posição e movimento.

Acerca da dualidade e da inovação espantosa proposta pela mecânica quântica para a ciência no século XX, afirma Crema:

“Constatou-se a natureza ondulatória das partículas atômicas. E um dos maiores pasmos: as unidades subatômicas são sutilmente abstratas e

⁴⁷ “Recapitulando: por que os *quanta* devem ser ondas e partículas? A luz tem uma frequência, por isso deve se propagar em ondas. No entanto, como explicar a ausência da ‘catástrofe ultravioleta’? Planck sugeriu que as ondas não eram contínuas (como deveriam ser, segundo a física clássica). Em lugar disso, eram *quanta*, ou seja, um conjunto de ondas ou objetos, emitidos como partículas discretas. E os *quanta*, para diferentes frequências de luz, tinham, cada um, um tamanho físico diferente (qualidade da matéria), que explicava por que o ultravioleta não era inicialmente emitido de forma tão intensa. Os *quanta* eram, assim, ondas que se moviam sob a forma de partículas e partículas que consistiam em ondas.” (Strathern, 1998: p. 39)

têm um *aspecto dual*: de acordo com a observação apresentam-se ora como *partículas*, ora como *ondas*. Também foi evidenciada a natureza dual da luz que se pode manifestar como partícula e onda eletromagnética. A dualidade partícula-onda, que as unidades subatômicas exibem, faz desabar solenemente o princípio da não-contradição da Lógica formal, que se encontra na base do racionalismo clássico. A é A e também A é não-A!” (Crema, 1988: p. 41).

Ressaltando a indeterminação como uma marca que diferencia a mecânica quântica da física clássica, Heisenberg comenta:

“Na física clássica, deve-se também considerar, em uma experiência cuidadosamente conduzida, os erros experimentais. Como resultado, obteríamos uma distribuição de probabilidade para os valores iniciais das posições e velocidades e, assim, algo muito semelhante à função de probabilidade da mecânica quântica, com a diferença que as incertezas vinculadas ao princípio de indeterminação estão ausentes na física clássica.” (Heisenberg, 1999: p. 69)

3.2 – A Probabilidade

Se não há como estabelecer “verdades” ou certezas sobre o comportamento das ondas ou partículas subatômicas, pode-se, por outro lado, traçar possibilidades ou probabilidades de ocorrência do fenômeno, o que, de certa forma, diminuiria a lacuna explicitada pelo princípio da indeterminação. Ressalta Hamburger:

“Como conciliar em nossas cabeças os aspectos de partícula e de onda exibidos por elétrons, prótons e outras chamadas ‘partículas’ atômicas? Um exemplo da dificuldade de juntar estas propriedades está no princípio da incerteza, que é uma lei científica que afirma que é impossível saber com precisão absoluta ao mesmo tempo a posição e a velocidade de uma

destas partículas: se determinarmos com grande precisão a posição, a velocidade fica indeterminada, e se, por outro lado, determinarmos a velocidade exatamente, é a posição que fica desconhecida.” (Hamburger, 1992: p. 56)

O conceito de probabilidade foi, para Hamburger, um verdadeiro avanço na solução de certas contradições do fenômeno de dualidade entre onda e partícula:

“A conciliação se deu por meio do conceito de probabilidade. Há uma onda que se propaga, mas o significado desta onda é a probabilidade de se encontrar a partícula puntiforme em cada ponto. Em outras palavras, nos locais onde a onda é intensa, é muito provável encontrar-se a partícula e onde ela é fraca, é pouco provável achar-se a partícula. Esta interpretação da Mecânica quântica levantou muitas objeções filosóficas, pois a teoria deixava de ser determinista. A Mecânica clássica é determinista, isto é, quando se descrevem de forma completa a posição e a velocidade de uma partícula num dado instante, e se conhecem as forças que agem sobre ela, pode-se prever exatamente onde a partícula estará em cada instante subsequente: o seu movimento posterior fica determinado. Para a Mecânica quântica, ao contrário, fica determinada somente a probabilidade de a partícula se encontrar em diversos lugares, e não sabemos com certeza onde estará. Mesmo que saibamos com toda precisão possível sua posição e velocidade iniciais, não fica determinado seu movimento posterior, mas determinam-se somente as probabilidades de inversos movimentos possíveis. A teoria é indeterminista.” (Hamburger, 1992: p. 57)

Essa probabilidade é o que Capra aponta como **“tendência para existir”**, como probabilidade ontológica, ou em suas palavras:

“A resolução do paradoxo partícula/onda forçou os físicos a aceitarem um aspecto da realidade que contestava o próprio fundamento da visão mecanicista de mundo – o conceito de realidade da matéria. Em nível

subatômico, a matéria não existe com certeza em lugares definidos; em vez disso, mostra ‘tendências para existir’, e os eventos atômicos não ocorrem com certeza em tempos definidos e de maneiras definidas, mas antes mostram ‘tendências para ocorrer’.” (Capra, 1995: p. 74)

3.3 – A Subjetividade

A subjetividade, dentro do contexto da mecânica quântica, não tem necessariamente o mesmo significado semântico ou filosófico do termo.

Entende-se, aqui, a subjetividade como sendo a intervenção do sujeito no fenômeno com vistas a conhecê-lo. Assim, haverá sempre no fenômeno a ser conhecido uma parcela de resultado que é oriundo de intervenção para medi-la e identificá-la.

Esse resultado poderá expressar tanto os atos do sujeito quanto as ações dos instrumentos utilizados. A posição ou velocidade do *quantum* também dependerá, necessariamente, da forma como foi observado e medido.

No terreno da física subatômica não há experimento, medição ou observação que seja isolado do observador e este, ou o instrumento, sempre influenciará no resultado, ou seja, o resultado da medição ou observação indicará sempre a intervenção sofrida durante a experiência. Dessa forma, captar e registrar um “fenômeno puro” no campo da mecânica quântica é impossível⁴⁸.

⁴⁸ Segundo Bohr:

“Qualquer medida da posição de um elétron por meio de um aparelho, tal como o microscópio, que utilize radiação de alta frequência estará, segundo as relações fundamentais (1), ligada a uma troca de momento entre o elétron e o instrumento de medida, que será tão maior quanto mais exata for a medida da posição que se procura obter”. (Bohr, ano: p. 50)

Bohr ainda comenta:

“Em particular, qualquer procedimento imaginável que vise localizar os elétrons de um átomo no espaço e no tempo implicará, inevitavelmente, uma troca essencialmente incontrolável de momento e energia entre o átomo e os aparelhos de medida, aniquilando por completo as notáveis regularidades da estabilidade atômica pelas quais o *quantum* de ação é responsável.” (Bohr, ano: p. 84)

Falando sobre essa interação entre o sujeito e seus instrumentos e o objeto a ser estudado, tal como acontece na física quântica, em comparação com a teoria da relatividade, Bohr chega à conclusão de que os elementos e conceitos básicos da física clássica podem ainda ser utilizados como sistemas de referência no estudo relativista, o que seria impossível dentro do modelo de conhecimento proposto pela mecânica quântica.

Por seu turno, Heisenberg muito se pronunciou sobre esta “interferência necessária” entre o sujeito observador e seus instrumentos na medição e conseqüentemente no resultado. Assim, Heisenberg ressalta a profunda ligação entre o observador, o mundo, seu instrumento de investigação e o fenômeno subatômico:

“O instrumento de medida somente fará por merecer seu nome se estiver em contato bem próximo com o resto do mundo, e se houver uma interação entre esse instrumento e o observador. Portanto, a incerteza, com respeito ao comportamento microscópico do mundo, penetrará no sistema teórico quântico também naquele caso, da mesma maneira que na primeira interpretação. Fosse o instrumento de medida isolado do resto do mundo, ele não seria um instrumento de medida, nem tampouco pederia ser descrito nos termos da física clássica. (Heisenberg, 1999: p. 84)

Prossegue Heisenberg, ao comentar o posicionamento de Bohr sobre a temática:

“Portanto aquela parte de matéria, ou de radiação, que toma parte do fenômeno, é o ‘objeto’ natural no tratamento teórico e deveria ser separado, nesse sentido, dos instrumentos utilizados no estudo do fenômeno. Isso de novo realça o elemento subjetivo na descrição dos eventos atômicos, pois o instrumento de medida foi construído pelo observador, e temos que nos lembrar que aquilo que observamos não é a Natureza em si mas, sim, a Natureza exposta ao nosso método de questionar. Nosso trabalho científico, em física, consiste em fazer perguntas sobre a Natureza, usando a linguagem que possuímos e tentando

conseguir as respostas por via experimental, com os meios de que dispomos. Dessa maneira, a teoria quântica nos faz lembrar, como disse Bohr, de uma sabedoria muito antiga segundo a qual – na procura da harmonia da vida – jamais deveremos esquecer que, no drama da existência, somos ao mesmo tempo atores e espectadores.” (Heisenberg, 1999: p. 85)

3.4 – A Complementaridade

A noção de complementaridade, bastante defendida por Niels Bohr, deu ao mundo científico a possibilidade de ver na mecânica quântica, realmente, o grande passo do conhecimento do século XX em relação à física clássica.

Enquanto esta se debruçava sobre certos fenômenos e os via isoladamente, ainda que pertencentes a um determinado grupo de ocorrências da natureza, a mecânica quântica, com seus postulados já expostos e com a noção de complementaridade, expunha de forma explícita, a necessidade de se construir um novo conhecimento, um conhecimento que tomasse como referência a inter-relação entre os fenômenos e a troca de sistematização e resultados.

Portanto, ao lançar mão do conceito de complementaridade, Niels Bohr e os físicos de sua geração romperam definitivamente com um modelo de física e de conhecimento em que os resultados da investigação já estavam pré-ajustados, como aqueles previstos nos modelos cartesiano e newtoniano.

A construção do conceito de complementaridade era uma necessidade inquestionável e seu surgimento quase natural, em face da situação dual onda – partícula para a realidade ontológica do mundo subatômico. Também os princípios da incerteza, da probabilidade e da subjetividade, imperiosamente exigiam a noção de complementaridade para que as nuances da mecânica quântica pudessem ser explicitadas na sua totalidade. A esse respeito comenta Capra:

“Para um melhor entendimento dessa relação entre pares de conceitos clássicos, Niels Bohr introduziu a noção de complementaridade. Segundo ele, a imagem da partícula e a imagem da onda são duas descrições complementares da mesma realidade, cada uma delas só parcialmente correta e com uma gama limitada de aplicação. Ambas as imagens são necessárias para uma descrição total da realidade atômica e ambas são aplicadas dentro das limitações fixadas pelo princípio de incerteza. A noção de complementaridade tornou-se parte essencial do modo como os físicos pensam a natureza, e Bohr sugeriu várias vezes que também pode ser um conceito útil fora do campo da física. De fato, isso parece ser verdade, e voltaremos a esse assunto quando examinarmos os fenômenos biológicos e psicológicos. A complementaridade já foi amplamente usada em nosso exame da terminologia chinesa *yin / yang* uma vez que os opostos *yin* e *yang* estão interrelacionados de um modo polar, ou complementar. O moderno conceito de complementaridade está claramente refletido no antigo pensamento chinês, fato que causou profunda impressão em Niels Bohr.” (Capra, 1995: p. 75)

O próprio Niels Bohr, na coletânea de ensaios intitulada Física Atômica e Conhecimento Humano, explicita a noção de complementaridade:

“Entretanto, as informações sobre o comportamento de um objeto atômico, obtidas em condições experimentais definidas, podem, segundo uma terminologia freqüentemente usada na física atômica, ser satisfatoriamente caracterizadas como *complementares* a qualquer informação sobre o mesmo objeto, obtida por um outro arranjo experimental que exclua o atendimento das primeiras condições.” (Bohr, 1995: p. 33)

Assim, os resultados obtidos, por exemplo, em certas condições experimentais com uma onda de luz, não poderão dar conta da realidade total daquela situação, senão depois de considerados os resultados dos experimentos com

as partículas ou com os fatores isolados ou agrupados em outras condições. A complementaridade é mais que a soma, pura e simples, de resultados. É a interação dialética entre as experiências diversas. Observe-se o posicionamento de Heisenberg a esse respeito:

“Uma outra maneira de abordar o problema foi o conceito de complementaridade introduzido por Bohr. Schrödinger tinha descrito o átomo não como um sistema composto de partículas, núcleo e elétrons, mas sim como constituído de núcleo e ondas de matéria. Essa descrição dos elétrons como ondas de matéria certamente encerrava um elemento de verdade. Já Bohr considerou a maneira quântica de descrever em seus dois aspectos, de partícula e de onda, como duas descrições complementares da mesma realidade.” (Heisenberg, 1999: p. 64)

Finalmente, recolocando o conceito de complementaridade diante da questão de complementaridade diante da questão da verdade, Omnès diferencia o que chama de **Crível** e o que seria a verdade, observe-se:

“Na lógica, a verdade caracteriza-se pela possibilidade de atribuir um valor 1 (verdadeiro) ou 0 (falso) a uma proposição. Na lógica e nas matemáticas, os *axiomas* são postos como verdadeiros por hipótese e os *teoremas* são proposições estabelecidas como verdadeiras com a ajuda de uma demonstração. Nas ciências da natureza, e em particular na física, os fatos observados são considerados verdadeiros. Na mecânica quântica, existem *propriedades* verdadeiras que não são fatos observados diretamente, mas sim conseqüências desses fatos.

Na mecânica quântica, uma proposição crível resulta de um fato observável, mas só tem sentido em certos quadros lógicos autorizados pela existência da complementaridade, e não em todos, ao contrário das proposições verdadeiras.” (Roland Omnès, 1996: p. 309)

A contribuição de Bohr com o conceito de complementaridade, juntamente com o trabalho dos demais físicos que investiram na produção dos conceitos anteriormente descritos, construindo a mecânica quântica, possibilitaram uma reformulação completa do saber no século XX, que transcendeu as fronteiras da física e foi às ciências biológicas e humanas, chegando agora, mais recentemente, ao Direito.

CAPÍTULO IV

A MECÂNICA QUÂNTICA E A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO

Após todo o trabalho desenvolvido por décadas, os físicos que contribuíram com as formulações teóricas da mecânica quântica e com a teoria da relatividade, em particular Heisenberg, Bohr e Einstein, compreenderam que o modelo de conhecimento gerado a partir dessa etapa da história da ciência inevitavelmente não ficaria restrito às fronteiras epistemológicas da física.

Logo de início foi possível fazer um distanciamento da compreensão mecanicista (cartesiana) do universo, e conseqüentemente fugir da pesquisa e da construção científica com base positivista. A matemática “endeusada” por Augusto Comte e imposta como paradigma para as demais ciências passou a cumprir importante papel na mecânica quântica, mas certamente não o principal. Veio, sim, auxiliar os avanços que a física e a investigação dos fenômenos estavam a exigir. Assim, com a mecânica quântica e com a teoria da relatividade, não era a física que se dobrava aos ditames da matemática, mas a matemática é que passou a auxiliar a física, inclusive desenvolvendo determinadas formulações e teoremas que pudessem ser úteis na pesquisa subatômica e cosmológica.

Desse modo, podendo sair do determinismo positivista, a mecânica quântica forneceu às outras áreas do saber alguns instrumentos que, se bem considerados, com a devida harmonização dos seus conceitos com cada espaço de conhecimento, poderiam certamente proporcionar um salto qualitativo do conhecimento humano como um todo.

Se de um lado a física se abriu para as outras áreas do saber, por outro, inúmeros setores do conhecimento humano encontraram no século XX, na mecânica quântica, os postulados e as referências para inaugurarem uma nova forma de produção do saber, a exemplo do que ocorreu com a química, com a biologia, psicologia, geografia e antropologia cultural e, propriamente, com a filosofia, que teve profundas atuações no campo da metafísica, da ontologia, da axiologia, da epistemologia e da ética.

Pode-se dizer que houve, de ambas as partes, da física e das demais ciências, uma caminhada no século XX, para a construção de bases comuns que pudessem dar uma nova compreensão do homem e da natureza que o cerca. Assim, a distância entre as ditas ciências humanas e naturais, bastante ampla na perspectiva positivista, foi reduzida a patamares significativos sem, contudo, fazer com que se descaracterizassem as formas particulares de produção de conhecimento.

Um dos fatores marcantes para esse avanço foi a retomada do problema da *linguagem*, visto que esta, até então, já totalmente estruturada para os modelos existentes, e muitas vezes utilizada como elemento de mistificação, como foi ressaltado no início deste trabalho, teve necessariamente que ser revista para que pudesse traduzir, da maneira mais fiel possível, as novas descobertas, os novos avanços e as novas concepções científicas que se entrelaçassem formando não uma nova física, mas uma nova forma de ver o universo, o homem e sua cultura.

Inicialmente a física teve algumas dificuldades com uma linguagem que pudesse expressar o real conteúdo de seus avanços, ou seja, a “verdade” da mecânica quântica não encontrava na linguagem, até então empregada, uma forma de ser explicitada sem parecer contraditória, isto é, sem parecer uma “inverdade”. Quanto a esse problema ressalta Heisenberg⁴⁹:

⁴⁹ “Quanto à linguagem, percebeu-se gradualmente que não se deveria, talvez, insistir demasiado sobre certos princípios. Observemos que é sempre difícil encontrar-se critérios fidedignos que indiquem quais, e de que maneira, termos linguísticos devam ser empregados. Aqui, a solução é, por assim dizer, um compasso de espera, a fim de que a evolução da linguagem venha, no passar do tempo, a permitir um ajustamento à nova situação”. (Heisenberg, 1999: p. 242)

“Esse fato de que a linguagem utilizada pelos físicos peca por uma imprecisão que não temos como evitar conduziu então a tentativas de definição de uma linguagem nova e precisa que obedecesse a certos esquemas lógicos, em plena conformidade com a formulação matemática da teoria quântica. O resultado dessas tentativas, da autoria de Birkhoff e Neumann, e mais recentemente por parte de Weizsacker, pode ser descrito dizendo-se que o esquema matemático da teoria quântica pode ser interpretado como uma extensão ou modificação da lógica clássica”.
(Heisenberg, 1999: p. 250)

Essa contradição também preocupou Bohr, que via a necessidade de coerência entre forma e conteúdo, ou seja, entre aquilo que era estudado e investigado e a forma de se retratar, registrar esses resultados, visto que a antiga linguagem já não acudia suficientemente as necessidades da mecânica quântica. Observe-se:

“Reconhecendo, entretanto, os muitos obstáculos ao entendimento mútuo no que concerne a um assunto em que a abordagem e os antecedentes estão fadados a influenciar a atitude de todos, acolhi de bom grado esta oportunidade de uma exposição mais ampla da elaboração através da qual, a meu ver, uma verdadeira crise da ciência física foi superada. A lição que recebemos disso parece ter-nos feito dar um decisivo passo à frente na infundável luta pela harmonia entre conteúdo e forma, e ter-nos ensinado, mais uma vez, que nenhum conteúdo pode ser apreendido sem um arcabouço formal, e que qualquer forma, por mais útil que se tenha mostrado antes, pode revelar-se estreita demais para abarcar novas experiências.” (Bohr, 1995: p. 81)

Relativamente superado o problema da linguagem e o desmascaramento da mistificação do conhecimento que a linguagem antiga estava a dar continuidade, foi possível se estabelecer um diálogo mais próximo entre a física quântica e as ciências diversas, em particular com as ciências humanas e a filosofia. É bem

verdade que os contatos iniciais foram ásperos, isso porque os físicos se viram questionados no terreno da ética em razão da construção da bomba atômica.

Passada esta fase, os próprios físicos reconheceram que uma aproximação de seu saber com as humanidades era imprescindível e mais, que a mecânica quântica e a teoria da relatividade não estavam somente calcados na história do conhecimento ocidental iniciada com os gregos. Reconheceram os físicos que a mecânica quântica e a teoria da relatividade em inúmeros aspectos formaram uma forte interseção com a filosofia e o conhecimento oriental.

Destacando a necessidade de uma nova ordem mundial a qual denominou de “ecologia profunda”, o físico Fritjof Capra, estudioso da mecânica quântica, reconhece:

“A ecologia profunda é apoiada pela ciência moderna e, em especial, pela nova abordagem sistêmica, mas tem suas raízes numa percepção da realidade que transcende a estrutura científica e atinge a consciência intuitiva da unicidade de toda a vida, a interdependência de suas múltiplas manifestações e seus ciclos de mudança e transformação. Quando o conceito de espírito humano é entendido nesse sentido, como o modo de consciência pelo qual o indivíduo se sente vinculado ao cosmo como um todo, torna-se claro que a consciência ecológica é verdadeiramente espiritual. De fato, a idéia do indivíduo vinculado ao cosmo expressa-se na raiz latina da palavra ‘religião’, ‘religare’ (‘ligar fortemente’), assim como no sânscrito ‘yoga’, que significa ‘união’.

A estrutura filosófica e espiritual da ecologia profunda não é algo inteiramente novo, mas foi exposta muitas vezes ao longo da história humana. Entre as grandes tradições espirituais, o taoísmo oferece uma das mais profundas e belas expressões de sabedoria ecológica, ao enfatizar a unicidade fundamental e a natureza dinâmica de todos os fenômenos naturais e sociais. Assim, está no Huai-nan-tseu: ‘Aqueles que seguem a ordem natural fluem na corrente do tao’.” (Capra, 1995: p. 403)

Na mesma medida destaca Schenberg a importância da filosofia oriental:

“Tudo isto é muito importante e mostra que as idéias fundamentais da física e da matemática não são coisas puramente racionais; muitas vezes têm origem misteriosa. A idéia do zero, por exemplo, era uma coisa absolutamente natural para os indianos, sobretudo para o budismo que achava que o vazio era a coisa mais importante. A idéia do Nirvana era uma espécie de idéia de zero, do vazio. O vazio era a matriz de todas as coisas, tudo surgia deste vácuo. E essa idéia ficou muito bem ilustrada pela teoria dos campos na quântica, onde é exatamente o vazio que passou a aparecer como uma coisa extremamente complicada e fundamental. Esta importância moderna do vazio é uma coisa relativamente recente, surgida por volta de 1930, quando começou a construção da teoria quântica dos campos e descobriu-se então a importância fundamental do vazio, onde ocorriam muitos fenômenos importantes.” (Shenberg, 2001: p. 31)

O reconhecimento da importância da filosofia, particularmente das antigas escolas, fez com que a mecânica quântica pudesse dialogar mais de perto com as ciências humanas. Olhando o que ocorreu no ocidente particularmente entre os gregos, os pré-socráticos tiveram evidentemente maior relevo, desde Demócrito, que já teorizava sobre o átomo, a Pitágoras, com suas formulações matemáticas e musicais. Mas sem dúvida alguma, foi em Heráclito que a mecânica quântica pôde, de certa forma, encontrar seu ponto maior de identificação e de contato com o saber ocidental produzido em outras áreas do conhecimento. A dialética de Heráclito, que já indicava pista para os conceitos de dualidade, mutação constante, indeterminação, necessidade de totalidade, complementaridade e fortalecimento do gerúndio, como expressão maior da dinamicidade na linguagem, apareceu para os teóricos da mecânica quântica e da relatividade como um dos pontos de partida da nova epistemologia e como um inevitável ponto de chegada, aberto para infinitas conclusões.

Então, quando a mecânica quântica fugiu do determinismo cartesiano, e conseqüentemente da hierarquia do positivismo científico de Comte, pôde fornecer para outras áreas do saber novos postulados que, menos rígidos (sem deixarem, todavia, de ser rigorosos), pudessem levar a resultados mais amplos que só um modelo de bases dialéticas pode possibilitar.

A cultura científica produzida no século XX pode, seguramente, estabelecer na mecânica quântica um “divisor de águas” na questão metodológica em prol da construção de “verdades” menos falíveis e de conhecimentos mais globais, visto que a mecânica quântica possibilita não só a construção de teias entre as diversas áreas do saber, com também evidencia aquelas já existentes. Sobre isso comenta Bohr:

“Aqui, estamos num ponto em que a questão da unidade do conhecimento contém, evidentemente, uma ambigüidade, como a própria palavra ‘verdade’. De fato, no que concerne aos valores espirituais e culturais, também somos lembrados de problemas epistemológicos ligados ao equilíbrio adequado entre nosso desejo de um modo globalizante de encarar a vida, em seus aspectos multifacetados, e nosso poder de nos expressarmos de maneira logicamente coerente.” (Bohr, 1995: p. 102)

O Direito, em muitos momentos históricos, se colocou como um elemento isolado e independente de qualquer outra produção cultural da sociedade. Talvez porque, como instrumento de poder, o Direito tenha se visto como inatingível pelas diversas variantes culturais e científicas que, a todo momento, se alteram e alteram as relações humanas. Desta forma, o físico Niels Bohr traça interessante paralelo entre seu conceito de complementaridade e a organização sócio-jurídica. Observe-se:

“Com respeito à organização das sociedades humanas, podemos frisar, em especial, que a descrição da posição do indivíduo em sua comunidade apresenta aspectos tipicamente complementares, relacionados com a fronteira cambiante entre a apreciação dos valores e o contexto em que eles

são julgados. Sem dúvida, toda sociedade humana estável requer a imparcialidade, especificada nas normas judiciais, mas, ao mesmo tempo, uma vida sem apego a família e aos amigos seria, obviamente, privada de alguns de seus valores mais preciosos. Todavia, embora a combinação mais íntima possível de justiça e caridade representa uma meta comum de todas as culturas, convém reconhecer que qualquer ocasião que requeira a aplicação rigorosa da lei não deixa espaço para a manifestação de caridade, e que, inversamente, a benevolência e a compaixão podem entrar em conflito com as idéias de justiça. Esse ponto, miticamente ilustrado em muitas religiões pela luta entre divindades que personificam esses ideais, é enfatizado, na antiga filosofia oriental, na advertência de que nunca devemos esquecer, em nossa busca de harmonia na vida humana, que, no palco da vida, nós mesmos somos atores e espectadores.” (Ibid, 1995: p. 103)

No caso brasileiro, o Direito pátrio, que tem suas raízes fortemente fincadas no positivismo republicano que invadiu as escolas do Recife e de São Paulo, ainda ressentido, hoje, de elementos que o façam criar alternativas legais, doutrinárias, jurisprudenciais e principalmente hermenêuticas, pois ao colocar seus instrumentos em prol da construção de “verdades” sobre as quais incidirá a valoração do julgamento, utiliza-se, o Direito normativo atual, de um discurso positivista-liberal que serve para mistificar uma prática totalmente seletiva (conseqüentemente ideológica e de classes) como exposto no capítulo anterior.

Nesse sentido, vale dizer que se se retornar à história do Direito no Brasil, ver-se á que o momento de menor mistificação da Lei e da aplicação desta nos atos judiciais, talvez tenha sido por ocasião da vigência das ordenações, porquanto ali estava expressamente contida a vontade do soberano, e inclusive já determinados expressamente os direitos e deveres de cada indivíduo, segundo sua classe social. Desta forma, o Estado absolutista que encontra em Maquiavel a teorização mais completa da defesa do poder é o Estado de maior transparência quanto às relações de força.

Por outro lado, o Estado liberal, e agora Neo-liberal, de bases iluministas, que se utilizou também do discurso positivista, conseguiu mistificar a norma e toda produção jurídica em prol dos interesses de classe e, nesse contexto, a **linguagem** (aparentemente precisa) da lei se prestou à manutenção da máquina cartesiana jurídica, ou seja, de uma sociedade que, tudo ajustado, com cada peça no seu devido lugar, não viesse a comprometer a ORDEM que visava, nos moldes positivistas, o PROGRESSO.

Dependente, portanto, das relações econômicas e dos interesses de classe, o Direito passou a carecer de outras bases teóricas para que, de fato, pudesse vir a ser considerado como ciência que, utilizando de um método mais eficaz, produzisse uma “verdade” menos comprometida com os interesses mencionados e, assim, aparecendo cada vez menos como verdade.

No Brasil, esse problema da verdade do Direito, frente a uma nova proposta metodológica, vem à tona com as obras de Goffredo Telles Júnior e Willis Santiago Guerra, que vêem nos postulados da mecânica quântica a possibilidade de uma nova ordem metodológica:

• **Goffredo Telles Júnior** (1985)

Em sintonia com o discurso do físico Fritgof Capra, Goffredo Telles Júnior acena em *O Direito Quântico* (1985) para uma nova concentração de direito natural e direito positivo.

Sua reflexão passa por um profundo estudo da natureza, observando o macrocosmos, as grandes dimensões e sua ordem, chegando à terra com suas estruturas físico-químicas e a vida que nela se desenvolveu.

De forma semelhante ao que propôs o francês Teilhard de Chardin⁵⁰, Telles Júnior situa o homem como ser no mundo, natural e histórico e construtor de relações que podem ser compreendidas pelo modelo quântico. Falando sobre o

⁵⁰ Chardin, que escreveu o FENÔMENO HUMANO, marcou o pensamento antropológico do século XX com a idéia de um Homem profundamente ligado à natureza e à energia do universo e que é possuidor de uma vocação para a transcendência espiritual.

conceito de ordem, que desde os gregos influencia o ocidente e marcadamente o Direito, Telles Júnior acentua:

“O universo, tido como conjunto de todas as cousas existentes, só póde ser considerado como um *todo ordenado*.

Este é o motivo, sem dúvida, pelo qual os gregos chamavam o universo de ‘*cosmos*’, palavra que significa *ordem*, e não o chamavam de *caos*, palavra que significa *ausência de ordem*.

Mas esse quadro da ordem universal apresenta, a quaisquer olhos desprevenidos, áreas de sombra. Nem tudo, ao que parece, é ordem no mundo. A desordem também existe: o comportamento desregrado, a pratica do mal, a injustiça, o sofrimento, a dor são fatos reais, e fatos contrários ao que consideramos *ordem*. Mesmo no mundo físico, o indeterminismo cinemático dos *quanta* poderia se nos afigurar como flagrante violação da ordem cósmica.” (Telles Jr, 1985: p. 241)

O conhecimento construído, portanto, a partir da idéia de um homem inserido historicamente na natureza, e esta em constante transformação por sua própria essência, não pode ser um conhecimento estático e rigidamente definido em limites padronizados. A verdade, fruto desse conhecimento, será sempre relativa:

“Somente a *realidade* é absoluta. A *verdade* é sempre relativa.

A verdade é o conhecimento da realidade, segundo um dado sistema de referência. O erro é o falseamento da realidade, segundo um dado sistema de referência.

Para o viajante do ‘trem de Einstein’, a verdade é a simultânea abertura das duas portas; o erro, as aberturas sucessivas dessas portas. Segundo o *sistema de referência do viajante*, a simultaneidade das aberturas é uma verdade. Se ele pensasse que as portas não se abrem ao mesmo tempo, estaria em erro.

Mas, para o lavrador, a verdade é o sucedimento das aberturas. Segundo seu *sistema de referência*, estaria ele em erro, se pensasse que as portas se abrem simultaneamente.

A verdade não existe, quando não referida a um *sistema de referência*. Isto significa: um conhecimento só é uma *verdade* quando relacionado a um conhecimento mais vasto.” (Ibid. p.312)

Daí porque ao conceituar a cultura, Telles Júnior a coloca sempre com um “vir a ser”, sempre em movimento:

“*Toda cultura é um aperfeiçoamento. E todo aperfeiçoamento resulta de uma reordenação.*

Pela cultura, o homem impõe uma *ordem humana* às cousas do Mundo. O Mundo da Cultura é o Mundo da natureza *ordenada pelo homem*, com a *intenção de beneficiar o próprio homem.*” (Ibid. p. 313)

E é neste espaço cultural que o Direito deve ser construído, mantendo as mesmas perspectivas de amplitude e dinamicidade. Observe-se:

“É o *eu cultivador* e, ao mesmo tempo, o *eu produto da cultura*. Em suma, é o *eu histórico*.

O *eu histórico* é um *eu* permanente, mas um *eu* permanente em contínuo perfazimento. É o homem considerado na sua realidade concreta, no que ele é por natureza. E o homem por natureza é um *sêr* sempre tendido para bens que o perfazem, um *sêr* ‘intencional’, um *sêr* imantado pelo que ele julga ser seu bem. Porque é da condição da espécie humana, perfazer-se. (...)

Por tais motivos, póde-se dizer que a historia do homem é *causa e efeito do homem.*” (Ibid. p. 417)

Assim, de certa maneira, Telles Júnior retoma o conceito de complementaridade de Niels Bohr ao afirmar:

“E, então, a experiência ética em geral e a experiência jurídica em especial não podem ser entendidas como um simples suceder de fatos objetivos, sobre os quais o cientista curiosamente se debruça. O Direito como experiência não pode ser considerado como uma simples série de

fatos incluídos dentro de uma categoria estática, dentro de uma forma jurídica *a priori*.

A experiência jurídica há de ser apreendida como uma *experiência integral*, em que não só os fatos objetivos, mas, também, as categorias subjetivas, que os qualificam, são igualmente partes da experiência, e igualmente se acham incluídos na história do homem.” (Ibid. p. 418/419)

E o princípio da subjetividade, aquele que apresenta o resultado da observação, como também, resultado da intervenção do sujeito histórico e investigador e seu objeto de medida e valoração, é destacado por Telles Júnior:

“Isto significa que o sentido das cousas e o valor delas dependem de sua correlação com a pessoa humana, dentro do processo de perfazimento do homem. E é de notar-se que, desse sentido e desse valor, dados pelos homens às cousas, depende, por sua vez, em cada momento, o rumo da história. (...)

O *eu real a priori* é a medida com que se avaliam as cousas do mundo. É a referência para a determinação do sentido e do valor das cousas. Mas é um *eu* que inclui toda a sua experiência. Um *eu* que é *eu mais a sua longa historia*.” (Ibid. p. 420)

A partir dessas idéias Telles Júnior aponta para a possibilidade de que o Direito que aí está, dado de forma meramente legal, doutrinária e jurisprudencial, não responde à ordem maior exigida pela relação do homem com a natureza e do homem com sua cultura. Avalia assim Telles Júnior:

“Em tais casos, a ordenação imposta é um Direito *artificial*. É um Direito que não exprime a realidade biótica da sociedade. É um Direito desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um *pseudo-direito* e, às vezes, um *antidireito*. Ele forçará o surgimento de interações humanas insubmissas, dentro do campo de sua competência. Grande parte da vida social irá processar-se à revelia de seus mandamentos.” (Ibid. p 421/422)

E em seguida, apresenta um conceito de Direito Natural:

“Em suma, o *Direito Natural* é o conjunto das normas em que a inteligência governante da coletividade consigna os movimentos humanos que podem ser oficialmente exigidos, e os que são oficialmente proibidos, de acordo com o sistema ético vigente.

O Direito Natural é o Direito *legítimo*. (...)

Ao Direito Natural, ao Direito legítimo, conferimos o nome de *Direito Quântico*.” (Ibid. p. 424)

No tocante aos postulados quânticos do Direito, ressalta Telles Júnior:

“O Direito Quântico é o Direito que resulta do processo da *organização do humano*. É o Direito nascido de suas fontes bióticas. É o Direito a que chegou o imemorial processo de inumeráveis mutações. É o Direito destilado nos engenhos da seleção natural. (...)

Ele é *quântico* porque: não é arbitrário. É *quântico* porque é descomedido. É *quântico* porque é feito sob medida, e é a medida da liberdade humana. É *quântico* porque relaciona o *dever-ser* com o sêr de um sistema social de referencia.

Em conformidade com o Direito Quântico, dentro da sociedade, um *quantum* de movimentação é exigível legitimamente.

Em conseqüência, delimitada, também, é a energia humana gasta na produção dessa movimentação.

De fato, a energia humana, para os fins dessa movimentação, é liberada em *porções delimitadas*, em quantidades *comedidas*, porções e quantidades de energia que se podem chamar *quanta humanos*.

Os *quanta humanos* são porções ‘*discretas*’ (descontínuas) de energia humana.

Como a delimitação dos movimentos humanos, dentro da sociedade, é manifestada em normas jurídicas, e como tal delimitação implica, obviamente, a delimitação da energia necessária para a produção de cada

um desses movimentos, os *quanta humanos* são, em última instância, quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas.” (Ibid. p. 429)

E observa ainda, Telles Júnior, que a sociedade só pode se construir como tal se considerar o *quantum* de cada indivíduo:

“As quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas se chamam *quanta humanos*, porque tais quantidades são, precisamente, as que não podem deixar de se manifestar, para que a sociedade seja o que é. Outras quantidades de energia poderão se manifestar ou não; mas somente as quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas conferem à sociedade o seu sêr.” (Ibid. p. 429)

Dentro dessa estrutura *quântica* o homem, para Telles Júnior, é como o elétron que oscila de uma camada orbital para outra. Dessa forma, se a sociedade, assim como o universo, fosse sempre e somente compreendida pela ótica da mecânica newtoniana ou mesmo a partir da máquina cartesiana, nunca se poderia entender esse movimento, ou instabilidade humana e, portanto, não se teria um Direito que contemplasse esse caráter da natureza humana.

Telles Júnior também destaca que não se pode deixar de considerar qualquer movimento dentro da sociedade, por menor que seja, sob pena de se comprometer toda a estrutura normativo-social, da mesma forma que oscilações mínimas das partículas devem ser consideradas dentro de um sistema atômico:

“Lembremo-nos de que, nas micropartículas da matéria, há, também, uma *quantidade mínima de perturbação* a partir da qual a perturbação não pôde ser desconhecida porque quem se propõe observá-las, sob pena de ignorar o que as micropartículas são, essencialmente. Essa quantidade mínima de perturbação é causada por uma quantidade de energia, que os cientistas calcularam com rigor, e a que chamaram, como sabemos, *quantum de energia* ou, simplesmente, *quantum*.” (Ibid. p. 430)

Ainda quanto ao comportamento humano Telles Júnior traça uma analogia bastante razoável com o princípio da probabilidade já descrito anteriormente. Se para a mecânica quântica não se pode ao certo apontar a situação exata de uma partícula num determinado momento mas somente a possibilidade, ou a probabilidade de que ela esteja naquela situação, assim também, o homem, como parte de uma sociedade histórica em movimento, só pode ser visto como um ser cujo comportamento não se precisa com exatidão, de maneira presente e futura, não tendo, portanto, como fazer previsões exatas, mas apenas apontar para uma probabilidade, inclusive sobre o passado, até porque, quase nunca se pode falar de um homem só e sua ação, mas sempre de uma teia de ações humanas. Por isso insiste Telles Júnior:

“E é por este motivo que a energia de cada homem não se esgota num jacto, mas vai sendo liberada em porções ‘discretas’, à medida que a movimentação de cada homem se torna necessária.

A movimentação dos homens em sociedade é determinada pelas forças atuantes em seus respectivos *campos*.

As interações resultantes do encontro de *quanta* humanos constituem *relações jurídicas*.

Uma relação jurídica é sempre uma interação *quântica*. (...)

Pelo prisma do Direito, os homens são partículas delimitadas de energia. São objetos quânticos, ou *quanta*.

As interações dos homens – dos homens considerados como *quanta* (quantidades discretas de energia) – são regulamentadas por uma *ordenação quântica*.

O Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas.”
(Ibid.p.432/433)

E de maneira solene, Telles Júnior conclui sua obra, mostrando a possibilidade e a necessidade de um ordenamento jurídico intimamente vinculado ao ordenamento universal, não como um outro, mas como parte deste, contido neste:

“A ciência do Direito não anunciará jamais que um homem, ou um determinado grupo de homens, procederá desta ou daquela maneira, como a Física não póde prever o percurso que um electron ou um grupo de electrons irá fazer. A Ciência do Direito dirá, isto sim, que não sabe como um homem, ou um determinado grupo de homens, irá proceder, mas que esse homem, ou esse grupo de homens, tem mais probabilidade de proceder da maneira X, do que da maneira Y. A maneira X de proceder é a que é mais conforme ao sistema ético de referencia da coletividade a que pertence esse homem ou esse grupo de homens. É a maneira de proceder que o Direito Objetivo deve preconizar.

As leis humanas são, portanto, *leis de probabilidade*, como as demais leis da Sociedade Cosmica.

A ordenação jurídica é a própria ordenação universal. É a ordenação universal no setor humano.” (Ibid.p.434)

• **Willis Santiago Guerra Filho** (2001)

O jus-filósofo cearense não desce, em sua obra, ao detalhamento dos conceitos físicos como o fez Goffredo Telles Júnior. Todavia, ao tratar a questão dos “parâmetros metodológicos de uma abordagem científica do Direito”, o autor destaca que a idéia de verdade, tradicionalmente aceita pelo Direito, deve agora ser repensada, principalmente em face do novo enfoque da mecânica quântica.

A preocupação com a verdade a ser produzida pelo Direito empregando um determinado método dá a tônica deste capítulo da obra de Guerra Filho. Ressalta o jurista o “complexo de inferioridade” vivido pelo Direito e pelas ciências humanas no século XX quando suas bases, distantes da matemática, não se enquadravam nos padrões de cientificidade propostos pelo positivismo.

No entanto, a própria matemática mudou e mudou também em função de novos avanços da física no terreno da pesquisa cósmica (teoria da relatividade) e da investigação subatômica (mecânica quântica). Daí, os critérios de verdade, até então

rigidamente vigiados pelos postulados físico-matemáticos vigorantes até o século XIX, serem flexibilizados no século XX. Retomando os princípios já expostos, Guerra Filho comenta:

“Tomando a título de exemplos as ciências físicas, cuja elaboração matemática dos dados naturais é tida como paradigmática, ter-se-ia que, pela sua evolução no século XX, o ‘inimigo’ pode ser vencido em seu próprio terreno. A pesquisa do nível subatômico de organização da matéria, realizada no âmbito do novo ramo da Mecânica Quântica, demonstrou uma completa inadequação da abordagem clássica própria da Mecânica newtoniana, pois, ao contrário do que se dá no plano macroscópico, no mundo infinitesimal das partículas atômicas não se pode prever com precisão a ocorrência de eventos isolados, mas apenas fornecer uma probabilidade estatística do comportamento de sistemas. Assim, pelo princípio da incerteza ou indeterminação de Heisenberg, não é possível determinar com exatidão a posição e o *momentum* (dimensão, velocidade e direção) de uma partícula, tendo sido verificado continuamente, através da experimentação, que quanto mais se sabe sobre um, menos se conhece do outro. Pelo princípio fundamental da complementaridade, formulado por Niels Bohr, em se tratando, por exemplo, de uma partícula de luz (fóton), esta pode simplesmente, em dado momento, deixar de ser um corpúsculo e tornar-se um onda de energia, isso sem nenhuma causa identificável ou razão determinante, o que infringe, a um só tempo, os dois princípios básicos do modo axiomático de raciocínio, assentados por Aristóteles e Leibniz, o princípio da contradição e o princípio da razão suficiente.”
(Guerra Filho, 2001: p.125)

Tomando por pressupostos tais postulados da mecânica quântica e considerando, ainda, a investigação sobre o problema da verdade, bastante avançada

pela lógica contemporânea de Tarski⁵¹ e Carnap, Guerra Filho argumenta em prol de novas relações de conhecimento que deve o Direito estabelecer, para que se possa ter um resultado mais próximo da realidade e dos interesses axiológicos:

“Por outro lado, os estudos contemporâneos de epistemologia apontam para a possibilidade de se constituir, em termos lógicos, um conhecimento preciso das realidades humanas, ao qual se possa, inclusive, atribuir o valor-verdade, o que tem sido bastante trabalhado, em campos como a estética e o direito, a partir de modelos fornecidos pela teoria da informação, cibernética etc.” (Ibid.p.127)

No tocante à validade temporal dos conceitos e métodos empregados pelo Direito, Guerra Filho aponta, de certa forma, para uma necessária “metamorfose ambulante”, ao invés de se manter “a velha opinião formada sobre tudo”, como no dizer artístico do poeta Raul Seixas. Resguardando as exigências históricas e epistemológicas de cada época, Guerra Filho justifica o contínuo avanço do Direito dentro de um determinado conceito de ciência:

“Com relação à vigência temporária do Direito, lembre-se que também as cosmologias, por exemplo, modificam-se no correr da história, em que o sistema ptolemaico é como que ‘revogado’ pelo copernicano, o qual, por sua vez, é corrigido por Newton, Kepler e outros, estando atualmente superado pelas teorias relativistas de Einstein, que nada nos garante terão validade eterna.” (Guerra Filho, ano: p. 94)

⁵¹ Tal como já foi abordado no primeiro capítulo (fls. 43) o problema da verdade no pensamento de Tarski é retomado por Guerra Filho:

“A verdade como valor é algo como uma função matemática, que admite, enquanto expressão formal, determinados conteúdos, dotados daquela coerência intrínseca que ela impõe. Em uma frase, esta é a idéia fundamental, desenvolvida nos trabalhos sobre o assunto de Tarski e Carnap, com precedência, Chrisholm, Lehrer e outros, em seguida.” (Guerra Filho, ano: p. 94)

Se do ponto de vista da teoria geral do Direito há, por parte dos teóricos contemporâneos⁵², a necessidade de avanços em relação aos modelos mais tradicionais de pensar cientificamente, no processo penal essa necessidade se faz mais premente, visto que, neste campo, a intervenção do Estado na vida social e dos indivíduos, deste modo particular, atinge bens da mais alta relevância, como a vida, a liberdade e, em muitos casos, o patrimônio individual e familiar. Assim é que se apontam aqui os postulados fundamentais da mecânica quântica como uma possibilidade de revisão da teoria processual penal, especificamente daquilo que se ensina e se pratica no Brasil.

⁵² Além dos teóricos aqui destacados como Goffredo Telles Jr. E Willis S. Guerra Filho, nomes como os de Janette Antonia Nomam, de Benjamim Cardoso, Castanheira Neves dentre outros, apontam para uma necessidade de revisão dos métodos tradicionais.