

CLARA MARIA ROMAN BORGES

**JURISDIÇÃO E NORMALIZAÇÃO:
UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DA JURISDIÇÃO PENAL**

**CURITIBA
2005**

CLARA MARIA ROMAN BORGES

**JURISDIÇÃO E NORMALIZAÇÃO:
UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DA JURISDIÇÃO PENAL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutora no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

**CURITIBA
2005**

**JURISDIÇÃO E NORMALIZAÇÃO:
UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DA JURISDIÇÃO PENAL**

por

Clara Maria Roman Borges

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora em Direito, na área de Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, por banca composta pelos professores:

Membro da Banca Examinadora: _____
Professor Orientador
Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Membro da Banca Examinadora: _____
Prof. Dr.

Membro da Banca Examinadora: _____
Prof. Dr.

Membro da Banca Examinadora: _____
Prof. Dr.

Membro da Banca Examinadora: _____
Prof. Dr.

Curitiba, de de 2005

À Erna e ao Gui, por preencherem meus dias de esperança.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer a todos que de alguma maneira contribuíram para a realização deste trabalho, desde aqueles que foram generosos e cederam parte do seu saber para a articulação das idéias nele transcritas, até os que foram simplesmente cúmplices da angústia e do prazer que marcaram a exposição da minha falta de conhecimento e a descoberta de que há muito mais para conhecer.

Em especial a minha mãe, por me ensinar desde os primeiros passos que as mulheres são livres para trilhar seus próprios caminhos.

Ao meu irmão, pelos momentos compartilhados desde a infância e em particular por aqueles que dele roubei durante à realização deste trabalho. Sem você, as passagens foucaultianas não seriam as mesmas e a minha vida infinitamente mais triste.

Ao meu pai, por cultivar desde cedo em mim o amor pelos livros.

À Allana, a irmã que a vida me presenteou, pelo apoio sincero e sensível que nunca deixou faltar.

Ao Marco Berberi, meu irmão de alma, pela cumplicidade nos estudos, nas lutas acadêmicas e políticas, nem sempre vitoriosas, mas sem dúvida bem combatidas.

À Érica, minha nova irmã, por cuidar com carinho da minha família e por compartilhar comigo a paixão pelo estudo do processo penal.

Aos meus tios e primos, que estiveram ao meu lado inclusive quando não pude fisicamente estar próxima.

À Rose, pelos incontáveis cafezinhos e apoio silencioso.

Aos amigos, Giova, Ana Claudia, Maria Christina, Silvana e Flávio Trovão, pelos momentos de descontração que tornaram esta caminhada mais leve.

À Araune, por me fazer acreditar que ainda é possível ensinar numa Universidade privada.

Aos meus colegas de doutorado, de Curitiba e da Espanha, Alexandre Rosa, Alexandre Wunderlich, Gladys Skola, Chiara Saez, Jheison, Rosana e Mónica, pela troca de idéias e experiências.

Ao Jacinto, meu orientador, pela originalidade de seus estudos que certamente serviram de inspiração ao presente trabalho.

“I can’t believe the news today
I can’t close my eyes and make it go away
How long, How long must we sing this song?
How long?”

(Sunday bloody Sunday – U2)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
RESUMÉ	ix
INTRODUÇÃO	01
1. JURISDIÇÃO	04
1.1 A concepção na esfera do direito processual civil.....	04
1.2 A adaptação para o processo penal.....	36
1.3 A adoção limitada da definição chiovendiana.....	59
2. PODER	72
2.1 Uma perspectiva microfísica.....	72
2.2. Um caminho anti-disciplinar.....	108
3. JURISDIÇÃO E NORMALIZAÇÃO	121
3.1. A jurisdição normalizadora.....	121
3.2 A jurisdição anti-disciplinar.....	179
CONCLUSÃO	186
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	189

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise da jurisdição penal brasileira, a partir de referenciais extraídos da obra de Michel Foucault. Para cumprir tal intento, preocupa-se inicialmente com as discussões existentes no âmbito jurídico a respeito do próprio conceito de jurisdição, sem deixar de estabelecer uma crítica às visões que abordam o tema a partir da Teoria Geral do Direito Processual e, conseqüentemente, a partir de uma posição privatista. Aliás, essas críticas tornam evidente a necessidade de estabelecer uma nova definição que seja capaz de traduzir de maneira mais adequada o atuar da jurisdição na esfera penal. Não por outro motivo, resolve-se ir além do olhar estrito da dogmática jurídica para buscar elementos aptos a engendrar um conceito que imprima um novo sentido ao poder jurisdicional. Neste momento, são utilizados os escritos do filósofo Michel Foucault sobre o poder para explicar como atualmente a jurisdição se concretiza por meio de práticas normalizadoras, que não têm outro intuito senão vigiar, controlar, separar, classificar e governar os corpos de acordo com certos princípios e procedimentos que se constituem como hegemônicos numa dada sociedade. Demonstra-se, inclusive, como os atuais mecanismos processuais brasileiros efetivam essas práticas, sem deixar de dar o devido destaque as inovadoras formas de justiça consensual. Por fim, o que se propõe é um novo conceito de jurisdição penal que leva em consideração a necessidade de um constante questionamento das práticas que a concretizam, bem como de sua transformação em práticas que não normalizam ou se deixam normalizar.

ABSTRACT

Starting from extracted land-marks of Michel Foucault, this research has for main to accomplish an analysis of the brazilian criminal jurisdiction. At first, to fulfil this purpose, it's necessary to worry about the discussions in judicial scope of the own jurisdiction concept, without forgetting to estabilish some critiques of the sights that approach the subject from General Theory of de Processual Right, and, consequently, from privatist position. In fact, those critiques detach the need to construct a new definition able to better translate the actin of the jurisdiction in the criminal sphere. Not for other reason, for beyond the strict glance of the legal study, it decides to look for capable elements to engender a concept that prints a new sense to the jurisdictional power. At this time, philosopher Michel Foucault's writing about the power are used to explain how, currently, the jurisdiction is rendered through normalized practices, that don't have other intention except watching, to control, to separate, to classify and to govern the bodies as certain principles and procedures that are constituted as hegemonic in a determinate society. It demonstrate itself, besides, how the brazilian processual mecanisms execute those practices, without leaving of giving the due prominence for the innovatour forms of consensual justice. Finally, what is proposed is a new concept of criminal jurisdiction that takes in considerations the need of a constant questioning of the practices that render itself, as well as of your transformation in practices that don't normalize or let itself normalize.

RESUMÉ

Ce travail a pour objectif faire une analyse de la juridiction criminelle, à partir de l'oeuvre de Michel Foucault. Pour réussir le succès de cette entreprise, la recherche s'occupe, d'abord, avec des discussions existantes dans le sphère juridique en concernant du propre concept de la juridiction, sans laisser de faire une critique aux toutes visions que partent de la Théorie Général du Procès, et, par conséquent, au même temps, d'une position privatiste. En fait, cetttes critiques mettent en évidence le besoin d'établir une nouvelle définition qui sort capable de meilleur traduire le rôle de la juridiction dans la sphère criminelle. Pars pour autre raison, on décide de laisser le coup d'oeil strict de la dogmatique juridique, pour chercher des éléments capables de faire naître un concept qui imprime un nouveau sens au pouvoir juridictional. À ce temps, les écrits du philosophe Michel Foucault sont utilisés au sujet du pouvoir pour expliquer comme, maintenant, la juridiction se concrétise par le pratiques normalisateur, que n'ont le but que regarder, contrôler, séparer, classer et gouverner les corps avec certains principes et procédure, les quels sont constitués comme hegemonie d'une société donné en accord. On démontre comment le mécanismes du procès brésilien exécutent ces entraînements, sans partir de donner les formes des innovateurs de justice consensuelle. Finalement, lequel ce qu'on propose est la configuration d'un nouveau concept de juridiction criminelle, que rendre la considération du besoin d'un questionnement constant des entraînements que le concretisent, aussi bien que de votre transoframtion dans entraînements que ne normalisent pas ou se laisse pour normaliser.

INTRODUÇÃO

Quando se pretende redefinir a jurisdição penal, tal como se propõe a presente tese, o primeiro passo implica sem dúvida alguma deixar para trás as desgastadas e desinteressantes análises realizadas pelos manuais de direito processual penal.

É preciso, inevitavelmente, transcender a mera reprodução de definições elaboradas por processualistas italianos do século passado e repetidas cegamente, ou mal repetidas, por aqueles poucos que se arriscam no estudo do direito processual penal, até porque depois da teoria geral do processo ele não passa de uma réplica precária e pobre do pujante direito processual civil.

Por certo, tal intento exige um trabalho exaustivo de desconstrução das bases fundadas, que passa pela negação de conceitos conhecidos e ovacionados em território pátrio, tais como aqueles elaborados por Francesco Carnelutti, Giuseppe Chiovenda e Giovanni Leone.

Então, só depois de cortadas as velhas raízes que se pode caminhar firmemente na direção de um conceito que explique o atuar jurisdicional a partir de uma Teoria Geral do Direito Processual Penal e sem deixar de considerar as características que lhe são próprias num processo de essência inquisitória como o brasileiro.

Inicia-se, neste momento, uma aventura pelo campo filosófico a procura de elementos totalmente novos que possam auxiliar na compreensão das práticas que atualmente concretizam a jurisdição penal e, conseqüentemente, na elaboração de definição diversa daquelas concebidas noutro lado do Atlântico.

Obviamente, esta jornada poderia ter invadido outros limites como aqueles dos terrenos psicanalítico e criminológico, entretanto era preciso fazer uma opção e aqui poderiam ser despendidas uma infinidade de palavras para retoricamente justificá-la.

Contudo, sabe-se que esta espécie de escolha nem sempre é voluntária e consciente, pois não raro advém do receio que o autor sente ao embrenhar-se em campos ainda desconhecidos, da própria insuficiência de seu conhecimento em determinadas áreas, ou simplesmente do prazer despertado por olhar o mundo a partir daquele viés.

Assim, o principal argumento que se pode deduzir para explicar a eleição do discurso filosófico como fio condutor do presente manuscrito é justamente a abordagem inédita que ele proporciona em relação ao tema proposto.

Note-se que o mesmo se pode dizer da utilização do pensamento foucaultiano para esmiuçar os efeitos das práticas jurisdicionais e para reconcebê-las distantes das violências e opressões. Talvez uma justificativa irrefutável seja a proximidade que as investigações deste filósofo sempre mantiveram em relação ao sistema penal, porém certamente não seria ela suficiente.

Aliás, o próprio Michel Foucault, quando questionado numa entrevista realizada por Raymond Bellour sobre as razões que o fizeram escolher o método arqueológico para conduzir alguns de seus estudos manifestou: “Eu lhe responderei que, de fato, não deverá haver escolha privilegiada. É necessário poder ler tudo, conhecer todas as instituições e todas as práticas. Nenhum dos valores reconhecidos tradicionalmente na história das idéias e da filosofia devem ser aceitos como tais... dever-se-ia tudo ler, tudo estudar.”¹

Em outras palavras, quis dizer que é preciso se preocupar menos com as escolhas e mais com a investigação minuciosa dos mais variados discursos para de todos desconfiar.

¹ [trad. da autora] “Je vous répondrai qu’en fait il ne doit pas y avoir de choix privilégié. Il faut pouvoir tout lire, connaître toutes les institutions et toutes les pratiques. Aucune des valeurs reconnues traditionnellement dans l’histoire des idées et de la philosophie ne doit être acceptée comme telle. ... On devrait tout lire, tout étudier.” (BELLOUR, Raymond. **Michel Foucault: ‘les mots et les choses’**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald, Paris: Gallimard, 1994, p. 499, v. I).

Então, destruídos os velhos conceitos e feita a escolha por um apressado passeio nas aragens filosóficas, adentra-se na última e espinhosa fase do percurso que leva à ousada experimentação de uma nova definição.

Este novo conceito, por sua vez, tem como objetivo estabelecer as premissas para o exercício de uma jurisdição diferente daquela que atualmente funciona no processo penal brasileiro e, principalmente, distante daquela concebida nos empoeirados manuais.

1. JURISDIÇÃO

1.1 A concepção na esfera do direito processual civil

1.1.1 No rastro da chamada “teoria geral do direito processual”

A etimologia da palavra jurisdição revela que sua origem se encontra no vocábulo latino *iurisdictionis*, traduzido na expressão “da dicção do direito”, visto que se trata de uma forma declinada do caso genitivo singular do substantivo *iurisdictionis*, o qual por sua vez significa “dicção do direito” e remete finalmente à locução *dicere ius*, a qual define o ato de dizer o direito.

Entretanto, sabe-se que a atual jurisdição em muito difere da *iurisdictionis* romana, exercida não somente na administração da justiça, mas também na organização administrativa do território e na resolução de questões militares².

Ressalte-se que os magistrados romanos, eleitos anualmente no auge da República (510 a.c - 27 a.c), exerciam a jurisdição e faziam atuar a *potestas* e o *imperium*, isto é, com sua própria vontade expressavam a vontade do Estado, de

² “...en el Derecho romano no existe aquella neta diferenciación que está ínsita en los ordenamientos modernos y que corresponde a la división de poderes. En el Derecho romano donde aún no se había teorizado una estructura constitucional clara al magistrado correspondía un conjunto de poderes, y a su función jurisdiccional habrá que añadir otras competencias administrativas y también ejecutivas: piénsese por ejemplo en la *coercendi potestas* de los magistrados. Porque no había en Roma una división clara de poderes, y es muy difícil deslindar claramente donde empezaba el *imperium* y donde acababa la *iurisdictionis* como función típica del magistrado en muchos casos, es por lo que hay que estar en guardia contra una diferenciación demasiado tajante entre las funciones que correspondían al magistrado, y por tanto, en términos generales, son rechazables las tesis radicales de Leifer y Lauria.” (TORRENT, Armando. **La ‘iurisdictionis’ de los magistrados municipales**. Salamanca: Salamanca, 1970, p. 93). [trad. da autora: ...no Direito romano não existe aquela diferenciação nata que se encontra ínsita nos ordenamentos modernos e que corresponde à divisão de poderes. No Direito romano, em que ainda não se havia teorizado uma estrutura constitucional clara, ao magistrado correspondia um conjunto de poderes e a sua função jurisdiccional haveria de se acrescentar outras competências administrativas e também executivas: pense-se por exemplo na *coercendi potestas* dos magistrados. Porque não havia em Roma uma divisão clara de poderes e é muito difícil deslindar claramente onde começava o *imperium* e onde acabava a *iurisdictionis* como função típica do magistrado em muitos casos, é por isso que se faz necessário estar prevenido contra uma diferenciação muito precisa entre as funções que correspondiam ao magistrado, e portanto, em termos gerais, são rechaçáveis as teses radicais de Leifer e Lauria.].

modo a impor a supremacia deste em relação a todo cidadão tanto na cidade quanto na guerra³, nem que para isso fosse necessário levantar tropas e comandá-las, requisitar o auxílio das comícios; deter e punir os cidadãos culpados, e também resolver assuntos de direito privado⁴. Já no baixo Império ou no período que se costuma chamar de Dominato (285 a.c – 565 d.c), o monarca absoluto era praticamente o único autorizado a exercer este poder de *dicere ius* e costumava fazê-lo por meio de seus funcionários, que não gozavam de qualquer autonomia e se restringiam ao cumprimento de suas ordens⁵.

³ “La contraposición entre el régimen de la ciudad y el régimen de la guerra no estribaba en las condiciones objetivas de los actos de los magistrados, sino tan sólo en el lugar donde se realizaran estos actos. Todo acto ejecutado dentro del recinto murado se hallaba sometido a las leyes del primer régimen, y lo mismo sucedía con los que se ejecutaran dentro del espacio exterior a los muros hasta una distancia de mil pasos de cada una de las puertas, o, lo que es igual, hasta la primer piedra miliaria de las carreteras o vías que partían de Roma. Más allá de este límite, o más allá del propio muro de la ciudad, en el caso de que el magistrado hubiera traspasado el recinto murado con las formalidades a que acabamos de referirnos, comenzaba el régimen de la guerra, al cual se hallaba sometido, por consiguiente, tanto el campo de la ciudad, como todo el territorio extranjero. Para los efectos de las funciones oficiales non eran tomados en cuenta los límites de hecho entre el asiento de la ciudad y el campo, los cuales, por lo demás, estaban continuamente variando.” (MOMMSEN, Theodor. **Compendio del derecho publico romano**. Buenos Aires: Albatros, 1942. p. 133 e 134). [trad. da autora: A contraposição entre o regime da cidade e o regime da guerra não se fundamentava nas condições objetivas dos atos dos magistrados, senão no lugar onde se realizavam estes atos. Todo ato executado dentro do recinto murado se achava submetido às leis do primeiro regime, e o mesmo acontecia com aqueles executados no espaço externo do muro, até mil passos de distância de cada uma das portas, ou o que é similar, até a primeira pedra milhar das estradas ou vias que partiam de Roma. Mais além deste limite, ou mais além do próprio muro da cidade, nos casos em que o magistrado ultrapassasse o recinto murado fixado de acordo com as formalidades a que acabamos de nos referir, começava o regime da guerra, ao qual se encontrava submetido, por consiguiente, tanto o campo da cidade, como todo o território estrangeiro. Para os efeitos das funções oficiais não eram tomados em conta os limites de fato entre o assentamento da cidade e o do campo, os quais, por demais, estavam continuamente variando.]

⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 13 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 16.

⁵ “Diocleciano concentró la soberania del Estado en la persona del monarca, no admitiendo al lado de éste más que auxiliares; y como la organización de éstos se hizo por asuntos, es claro que el mando militar y la administración de justicia, cuya reunión había demostrado a menudo la práctica, desde bien pronto, ser poco conveniente, quedaron separados. Uno de los rasgos más esenciales del nuevo sistema fué esta separación, que llegó hasta las mismas gradas del trono.” (MOMMSEN, Theodor. **Compendio del derecho publico romano**. Buenos Aires: Albatros, 1942. p. 483). [trad. da autora: Diocleciano concentrou a soberania do Estado na pessoa do monarca, não admitindo ao lado deste mais do que auxiliares; e como a organização destes se fez por assuntos, é claro que o mando militar e a administração da justiça, cuja reunião tinha se mostrado diminuta na prática, de imediato, ser pouco conveniente, restaram separados. Um dos traços mais essenciais do novo sistema foi

Certamente, as definições contemporâneas jamais atribuíram à jurisdição tão larga extensão, até porque a teoria da separação dos poderes, alicerce do Estado Moderno, tornou imperativo aos processualistas distinguir o exercício do poder jurisdicional dos demais poderes estatais.

Aliás, os autores que vieram depois da polêmica entre Bernhard Windscheid⁶ e Theodor Muther⁷ e foram responsáveis pelo desenvolvimento de importantes estudos da jurisdição como objeto do direito processual civil⁸ evidenciaram suas inquietações na busca de um conceito que fosse capaz de diferenciar a jurisdição da legislatura e da administração estatais.

Dentre eles, os italianos do início do século passado foram escolhidos para uma interlocução com o presente trabalho, já que suas discussões fizeram

esta separação, que chegou até mesmo à bancada do trono.].

⁶ WINDSCHEID, Bernhard. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJEJA 1974, p. 01-196; _____. **La actio. Replica al Dr. Theodor Muther.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJEJA 1974, p. 293-355.

⁷ MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestato y de la sucesion singular en las obligaciones.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzahaf Buenos Aires: EJEJA 1974, p. 197-291.

⁸ Francesco Carnelutti ressaltava que o conceito de *iurisdictionis* nasceu no processo penal, ao contrário do conceito de *actio*, que se originou no processo civil. Isto porque em seus rudimentos inquisitórios o processo penal procedia da iniciativa do juiz, sem fosse necessária a ação, ao contrário do que ocorria no processo civil, em que as partes sempre se dirigiam ao juiz para pedir justiça: “Bajo este aspecto aparece la precedencia histórica o, quizá, prehistórica del proceso penal sobre el proceso civil; verdaderamente el proceso penal presenta, en sus orígenes, un aparato más simple que el proceso civil, también primitivo; la diferencia está en que el proceso penal, en sus forma primeras, procede de la iniciativa del juez, faltando absolutamente la acción, mientras que en el proceso civil están siempre las partes pidiendo justicia, y por eso aparece la acción en él en todos los casos; una investigación histórica cuidadosa debería confirmar esta intuición, mostrando en el proceso civil una formación secundaria al proceso penal. Por eso, sin duda, mientras el concepto de la *iurisdictionis* ha surgido en el terreno del proceso penal, el origen del concepto de la *actio* está en el otro campo.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal.** Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosh, v. II, 1950, p. 06). [trad. da autora: Sob este aspecto aparece a precedência histórica ou, talvez, pré-histórica do processo penal sobre o processo civil; verdadeiramente o processo penal apresenta, em suas origens, um aparato mais simples que o processo civil, também primitivo; a diferença está no fato de que o processo penal, em suas formas primeiras, procede da iniciativa do juiz, faltando absolutamente a ação, enquanto no processo civil as partes estão sempre pedindo justiça, e por isso aparece em todos os seus casos a ação; uma investigação histórica cuidadosa deveria confirmar esta intuição, mostrando o processo civil como uma formação secundária ao processo penal. Por isso, sem dúvida, enquanto o conceito de jurisdição surgiu no terreno do processo penal, a origem da ação, está em outro campo.].

avançar em muito as pesquisas sobre o direito processual e, principalmente, sobre a jurisdição.

Veja-se que, no início da década de 20, Giuseppe Chiovenda desde logo demonstrava sua preocupação em definir as especificidades do atuar jurisdicional:

...entre as três funções da soberania nós vemos uma mais ou menos clara separação conceitual, mas freqüentemente difícil de determinar. A contraposição é bastante simples entre a função legislativa e jurisdicional, porque àquela compete determinar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos (supra p. 29), a esta aplicá-las (supra p. 65 e ss.); é menos fácil definir a diferença entre administração e jurisdição, de um modo que valha para todos os casos: porque também a administração pode contrapor-se à legislação como atuação da lei.⁹

Porém, Francesco Carnelutti foi talvez o mais mirabolante deles, pois ao tentar concretizar seu sonho de estruturar uma Teoria Geral do Direito Processual¹⁰ afirmou que a jurisdição, também nominada de função processual,

⁹[trad. da autora] “Fra le tre funzioni della sovranità noi vediamo una più o meno chiara separazione concettuale ma spesso difficile a determinare. Se la contrapposizione è abbastanza semplice fra funzione legislativa e giurisdizionale, perchè a quella appartiene porre le norme regolatrici dell’attività dei cittadini e degli organi pubblici (sopra p. 29), a questa attuarle (sopra p. 65 e segg.), è meno facile definire la differenza fra amministrazione e giurisdizione, in modo che valga per tutti i casi: perchè anche l’amministrazione si può contraporre alla legislazione come attuazione di legge.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 293).

¹⁰ “Ma all’amico Calamandrei, il quale trova soltanto (e certo senz’ombra di ironia) che quel che scrivo è originale, ho pur diritto, anzi dovere (per l’amore, più che delle mie idee, del comune ideale), di rispondere, e il Signore mi perdoni anche quest’atto di vera superbia, che era originale anche Cristoforo Colombo, quando si ostinava a far quel giro, che gli fruttò la scoperta dell’America! Ora lasciamo stare la originalità e guardiamo ai risultati. Qui aspetto l’amico mio. Lo aspetto tranquillo quando la bussola, è buona, la meta non falla. L’ago magnético della mia bussola, non è, in fondo che un po’ di buon senso; e non è colpa mia se questo, talvolta, in mezzo agli scienziati, passa per originalità. Nientre altro che il buon senso mi ha guidato a impostre la teoria processuale sul’elementare concetto che il processo si fa per guarire la lite.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e processo**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 104, 1928). [trad. da autora: Mas ao amigo Calamandrei, o qual considera sobretudo (e corretamente, sem sombra de ironia) que aquilo que escrevo é original, tenho por direito, senão dever (por amor, mais que por minha idéia, por um ideal comum) de responder, e o senhor me perdoe também este ato de verdadeira soberba, que era original também Cristovão Colombo, quando se obstinava a fazer aquela viagem, que resultou na descoberta da America! Agora deixe de lado a originalidade e vejamos os resultados. Aqui espero meu amigo. Espero tranqüilo porque quando a bússola é boa, a meta não falla. A agulha magnética da minha bússola não é, no fundo, mais do que um pouco de bom senso; e não é minha culpa se isto, inclusive, em meio aos cientistas, passa por originalidade. Nada

diferenciava-se das demais formas de atuação estatal porque tivera sempre como escopo a resolução de uma lide, mais especificamente, de um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida¹¹.

Segundo as palavras do autor, “a função legislativa é dirigida à composição dos conflitos de interesse (em geral) mediante determinação das normas jurídicas (instrumentais ou materiais); a função processual é dirigida à composição de um conflito de interesse (de uma lide) mediante imposição de um comando singular (complementar ou autônomo). As duas funções convergem na finalidade e divergem no conteúdo: vejam, uma e outra, a compor, mas uma a compor uma série indeterminada de conflitos, a outra a compor uma lide.”¹²

Já no que se referia à distinção entre o atuar jurisdicional e o administrativo do Estado, esclarecia que ambos teriam por escopo a satisfação de interesses públicos, porém este seria exercido com vistas à composição do conflito existente entre os interesses públicos externos e internos, enquanto aquele com o objetivo de compor conflitos de interesses individuais e desta

mais que o bom senso me guiou a sustentar a teoria processual sobre o elementar conceito de que o processo se faz para sanar uma lide].

¹¹ “Per queste ragioni la definizione della lite contenuta nell’art. 87 del mio progetto del codice di procedura civile, apparisce più complessa di quella, che ho proposto nelle *Lezioni*; ora mi pare, che potrei dire, ancora più esattamente, esistere la lite *quando taluno pretende la tutela di un suo interesse in contrasto con l’interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell’interesse o mediante la contestazione alla pretesa.*” (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e fusione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 29, 1928). [trad. da autora: Por estas razões a definição de lide contida no art. 87 do meu código de processo civil, parece mais complexa do que aquela, a qual propus nas *Lições*; agora me parece que poderei dizer, ainda com mais exatidão, que existe a lide *quando alguém pretende a tutela de seu interesse em contraste com o interesse de um outro e este resiste mediante a lesão do interesse ou mediante a contestação da pretensão*.].

¹² [trad. da autora] “...la funzione legislativa è diretta alla composizione dei conflitti di interessi (in genere) mediante imposizione di norme giuridiche (strumentali o materiali); la funzione è diretta alla composizione di un conflitto di interesse (di una lide) mediante posizione di un comando singolare (complementar o autonomo). Le due funzione convergono nella finalità e divergono nel contenuto: mirano, l’una e l’altra, a comporre, ma l’una a comporre una serie indeterminata di conflitti, l’altra a comporre una lite.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione**. Padova: Litotipo, 1920, v. II, p. 150).

maneira atender ao interesse público de pacificação social.¹³

Assim, concluía a exemplificar que no processo de conhecimento, em que o juiz exerce função essencialmente cognoscitiva, o que se busca é a “formação de um comando complementar ou autônomo, para a composição de uma lide. (...) Por isso o poder que corresponde a esta função se chama jurisdição, de fato o juiz, quando acerta a norma jurídica ou quando pronuncia a sentença dispositiva, *ius dicit*.”¹⁴ Complementava, ainda, que “a função essencial do juiz é aquela de decidir uma lide”.

Aliás, dizia o subjetivista italiano que ao atuar sem este objetivo o juiz estaria exercendo prática não relacionada à jurisdição propriamente dita, a qual ele chamava de contenciosa, mas de maneira anômala estaria fazendo atuar os poderes administrativos do Estado e a exercer a nominada jurisdição voluntária.

Note-se que para fortalecer os alicerces de sua teoria delineou a célebre distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária e esclareceu que o exercício daquela tinha como finalidade dirimir conflitos, enquanto desta apenas fazer com que a lei produzisse seus efeitos, independentemente da existência de uma

¹³ “La differenza si fonda sulla distinzione tra l’interesse (pubblico) alla composizione dei conflitti e l’interessi (pubblici) in conflitto, cioè, come altrove dicemmo, tra interesse (pubblico) esterno e interesse (pubblici) interni. La funzione processuale mira a soddisfare il primo; la funzione amministrativa tende a svolgere l’altri. La funzione amministrativa si compie nel conflitto,; la funzione processuale opera sopra il conflitto. (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione**. Padova: Litotipo, 1920, v. II, p. 154). [trad. da autora: A diferença se funda sobre a distinção entre o interesse (público) à composição dos conflitos e os interesses (públicos) em conflito, isto é, como alhures dissemos, entre interesse (público) externo e interesses (públicos) internos. A função processual visa a satisfazer o primeiro; a função administrativa tende a desenvolver o outro. A função administrativa se cumpre no conflito; a função processual opera sobre o conflito.]

¹⁴ [trad. da autora] “I diversi scopi del processo, che furono fin qui considerati, si riassumano nella formazione di un comando, complementare o autonomo (supra n 47); per la composizione di una lide. Per la formazione di questo comando l’organo del processo spiega una attività essenzialmente conoscitiva, conosce la legge e la lide. Perciò queste varie specie di proceso si ricomprendono in un genero che si chiama processo di cognizione. Perciò la funzione processuale rispetto a queste forme si chiama giudizio e giudice l’organo che la compie. Perciò il potere, che corrisponde a questa funzione, si chiama giurisdizione: in fatti il giudice, quando acerta la norma giuridica o quando pronuncia la sentenza dispositiva, ius dicit.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione**. Padova: Litotipo, 1920?, v. II, p. 74 e 75).

lide¹⁵. Ademais, citou como exemplo deste último aqueles casos em que o juiz autorizava a venda dos bens imóveis de um menor¹⁶.

Entretanto, todo esse esforço criativo não foi suficiente para esconder as debilidades de sua estrutura teórica, a qual visivelmente não conseguia explicar por que no processo penal a jurisdição atuava sem o objetivo de compor uma lide e ao mesmo tempo se diferenciava tanto da tal jurisdição voluntária, ou seja, do mero atuar administrativo do juiz.

Obviamente, tal deficiência se deve ao fato de que todo o edifício da teoria carneluttiana foi construído para explicar o atuar jurisdicional no processo civil, ainda que não fosse esse o objetivo final de seu autor. Percebe-se, claramente, que quando Francesco Carnelutti pensou na lide, tinha em mente definir o conteúdo do processo civil ou delimitar o que seria resolvido pela jurisdição ao longo de seu desenvolvimento.

Em razão disso, acabou por concebê-la na esfera das relações reguladas pelo direito privado, tanto é que todos os seus elementos daí derivam. Veja-se que interesse nada mais é do que uma relação entre uma necessidade do homem e um *quid* ato para satisfazê-la¹⁷; já um conflito de interesses existe quando a

¹⁵ “Pero lo que he comprobado también, y me he permitido enseñar, es que son dos fines diversos el componer la litis y el comprobar o tutelar las relaciones no litigiosas. Si esta diversidad es o no tal que sólo el primero de esos fines, y no también el segundo, deba reconocerse como característico de la función del Estado que llamamos judicial o procesal, de manera que cuando opera para la consecución del otro deba el proceso llamarse impropio, constituye un problema científico al que puede el legislador considerarse extraño.” (CARNELUTTI, Francesco. **Proceso civil de cognición**. Estudios de derecho procesal. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Europa-América: Buenos Aires, v. I, 1952, p. 67). [trad. da autora: Mas o que comprovei também e me permiti ensinar é que são dois fins diversos o de compor uma lide e o de comprovar ou tutelar as relações não litigiosas. Se esta diversidade é ou não tal que somente o primeiro desses fins, e não também o segundo, deve-se reconhecer como característico da função do Estado que chamamos de judicial ou processual, de maneira que quando opera para a consecução do outro deve o processo chamar-se impróprio, constitui um problema científico em relação ao qual pode o legislador considerar-se estranho].

¹⁶ [trad. da autora] “... el juez hace jurisdicción voluntaria cuando autoriza la venta de los bienes inmuebles de un menor ...” (CARNELUTTI, Francesco. **Proceso civil de cognición**. Estudios de derecho procesal. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Europa-América: Buenos Aires, v. I, 1952, p. 67).

¹⁷ “La nozione fondamentale per lo studio del diritto è la nozione di interessi. Questa è a sua volta strettamente legata alla nozione di bisogno, interesse è appunto un rapporto tra uno bisogno del'uomo e un quid atto a soddisfarlo.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di**

situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação para satisfação de outra necessidade¹⁸, e a pretensão, por sua vez, configura-se quando um dos sujeitos afirma perante o outro que lhe compete, num conflito de interesses, a proteção do direito¹⁹.

É verdade que no início, em tom soberbo, Francesco Carnelutti ignorava a precariedade de sua tese e sustentava inclusive que a jurisdição penal era exercida para compor uma lide entre o ladrão e o roubado, ou seja, entre autor do crime e vítima²⁰.

Acrescentava, quase zombando daqueles que com ele polemizaram, que

diritto processuale civile. Padova: Litotipo, 1920, p.06). [trad. da autora: A noção fundamental para o estudo do direito é a noção de interesse. Esta está por sua vez estreitamente ligada a noção de necessidade, interesse é exatamente uma relação entre uma necessidade do homem e um quid ato para satisfazê-la.].

¹⁸ “Se l’interesse è una situazione favorevole per la soddisfazione de un bisogno, se i bisogni dell’uomo sono illimitati, se sono invece limitati i beni, cioè le porzioni del mondo esteriore atte a soddisfarle, prodotto necessario della convivenza dell’uomo con altri uomini, è il conflitto di interessi. Vi è conflitto fra due interessi quando la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno esclude la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno inverso.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile.** Padova: Litotipo, 1920, p.19). [trad. da autora: Se o interesse é uma situação favorável para a satisfação de uma necessidade, se as necessidades do homem são ilimitadas, se ao invés são limitados os bens, há porções do mundo exterior prontas a satisfazê-las, produto necessário da convivência do homem com outros homens, é o conflito de interesses. Há conflito entre dois interesses quando a situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação de uma necessidade inversa.].

¹⁹ “Elementi differenziali della lite sono soltanto a) le parti, b) il bene, c) gli interessi in contrasto, cioè la situazione che rispetto al bene ciascun parte pretende.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile la funzione del processo di cognizione.** Padova: Litotipo, 1925, v. IV, p.05). [trad. da autora: Elementos diferenciais da lide são apenas a) as partes, b) o bem, c) os interesses em contraste, isto é, a situação de respeito ao bem que cada uma das partes pretende.].

²⁰ “Erra dunque, se non mi inganno, il mio amico Calamandrei quando gli sembra que non ci sia lite nel processo esecutivo e nel proceso penale. (...) È, altrettanto, in lite il ladro, a cui si fa il processo penale; e non, como accenna Calamandrei confondendo ancora una volta lite e contraddizione (*infra*, n. 9), col pubblico ministero, in cui io ho chiaramente additato non un *soggetto della lite*, ma un *soggetto dell’azione*; bensì col *derubato*, di cui ha contrastato la pretesa ledendone l’interesse.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e fuzione processuale.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 31, 1928). [trad. da autora: Erra portanto, se não me engano, o meu amigo Calamandrei quando pensa que não há lide no processo executivo e no processo penal. (...) Está, tanto quanto, em lide o ladrão, para quem se faz o processo penal; e não, como acena Calamandrei confundindo ainda mais uma vez lide e contradição (*infra*, n. 9), com o ministério público, o qual eu claramente indiquei não como um sujeito da lide, mas um sujeito da ação; ao contrário com o roubado, de quem contrastou a pretensão lesando interesse.].

pensar diferente implicaria confusão entre administração e jurisdição, pois só a lide era o elemento capaz de diferenciá-las.

Além disso, quando questionado diretamente sobre aquelas hipóteses em que a jurisdição penal atuaria ainda que não existisse propriamente um conflito entre imputado e parte lesada, respondia que este conflito estaria sempre presente já que a prática de um delito implicaria inevitavelmente na violação de um interesse juridicamente protegido²¹. Dizia, ainda: “ou a lide existe também no processo penal ou não existe nem no processo civil.”²²

Ressalte-se que, para defender sua Teoria Geral do Processo, Francesco Carnelutti pressupôs ser a prática de um delito inevitavelmente instauradora de uma lide, isto porque do contrário seria forçado a admitir que no processo penal a aplicação da pena pelo juiz decorreria de mero atuar administrativo do Estado, o que seria no mínimo absurdo.

Justamente, com intuito de fugir desta armadilha, sem dúvida perigosa, pois afirmar que a aplicação da pena decorre da atuação dos poderes administrativos significaria retirar das sentenças penais a sua estabilidade dada pela formação da coisa julgada, acabou por revelar que na verdade o processo penal ocuparia uma posição intermediária entre a jurisdição voluntária e a contenciosa, seria um processo impróprio tal como ressaltara anteriormente²³.

²¹ “Resterebbe da discorrere della lesione del consenziente. Qui, invece, secondo me, la parte lesa non è altri che il consenziente. Il Paoli ha l’aria di mettersi a ridere a quest’idea; ma io gli consiglio di riflettere sulla differenza tra *diritto soggettivo* e *interesse protetto*, che è un’altra delle chiavi di volta del sistema e di notare che per fare una parte lesa basta la lesione di un interesse protetto, la cui lesione non è esclusa dal consenso dell’interessato.” (CARNELUTTI, Francesco. **Postilla al articolo “La nozione di lite nel processo penale”**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 77, 1930). [trad. da autora: Resta discorrer sobre a lesão daquele que consente. Aqui, ao contrário, segundo meu pensamento, a parte lesada não é outra senão aquele que consente. O Paoli pode rir desta minha idéia; mas eu o aconselho refletir sobre a diferença entre direito subjetivo e interesse protegido, que é uma outra chave de volta ao sistema e de notar também que para fazer um parte lesada basta a lesão de um interesse protegido, a qual não é excluída pelo consentimento do interessado.]

²² [trad. da autora.] “...o la lite c’è anche nel processo penale o non c’è neanche nel processo civil.” (CARNELUTTI, Francesco. **Ancora sulla lite nel processo penale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 245, 1930).

²³ Ao falar do processo impróprio, Francesco Carnelutti dizia: “Anche qua confesso che non riesco a rendermi ragione perchè, mentre la dottrina del diritto costituzionale impiega

Contudo, de imediato não conseguiu definir que posição era esta, apenas repetiu incansavelmente, por alguns anos, que o escopo da jurisdição penal era sem dúvida a composição de um conflito entre imputado e parte lesada e que se este não estivesse realmente presente, ainda assim a sua teoria seria válida, porque neste caso se evidenciaria uma exceção.

Apesar da inegável genialidade dos artifícios carneluttianos, a Teoria Geral do Processo ruiu após o bombardeio de críticas liderado pelos objetivistas e penalistas.

Neste momento, o processualista italiano, para salvar ao menos parte de seus estudos e também de seu prestígio, resolveu admitir que sua teoria seria aplicável apenas ao processo civil. Deste modo, assumiu definitivamente que a jurisdição penal não atuaria para solucionar uma lide, isto é, ela se manifestaria no processo penal para dar conta de um *affare*, mais especificamente, para garantir a prática de um ato cuja finalidade seria a satisfação de um interesse juridicamente tutelado.²⁴ Note-se que um dos grandes problemas desta nova concepção é que ela acabar por aproximar ainda mais a jurisdição penal da jurisdição voluntária²⁵ ou do atuar administrativo do Estado.

oramai senza contrasto la necessaria categoria della leggi improprie, la nostra abbia da arricciare il naso a sentir parlare di *processo improprio*, se non pensando che giuristi sono, e fino a un certo punto è bene che siano, dei tenaci conservatori onde le cose nuove, per quanto utili e savie, non meritano il loro consenso se non quando, a furia di sentirle, finiscono per esservi abituati.” (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e fuzione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 37, 1928). [trad. da autora: Também aqui confesso que não consigo deixar de me dar razão por que, enquanto a doutrina do direito constitucional utiliza atualmente sem divergências a necessária categoria da lei imprópria, a nossa há de torcer o nariz ao ouvir falar de processo impróprio, senão pensando que juristas são, e afinal até certo ponto é bom que sejam, os obstinados conservadores para os quais as coisas novas, ainda que úteis e sábias, não merecem o consenso salvo quando, já impacientes de ouvi-las, acabam por se tornar a elas habituados.]

²⁴ “Dessa forma, sem lide, o processo penal passa a ter por conteúdo um *affare* que, ‘no sentido puro da palavra, é qualquer coisa que se deve fazer (é *da fare* ou *a fare*) para a satisfação de um interesse; (...) e portanto também aquele do Ministério Público, que deve prover a punição dos culpados...” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 103).

²⁵ “De qualquer modo, mesmo aparecendo a pretensão (que aproxime o processo penal do processo contencioso), em uma verificação mais profunda, observa-se a aproximação do processo penal ao processo voluntário desde que só há uma parte, segundo CARNELUTTI, em sentido material (o Ministério Público não tem o interesse de uma parte contraposta como

Anos mais tarde, este posicionamento seria revisto e aperfeiçoado pelo próprio autor para dar lugar à conhecida tese de que no processo penal a jurisdição seria exercida para a comprovação do delito e a aplicação da pena²⁶.

Em outras palavras, para superar os problemas impostos pela noção de *affare* e para postar a jurisdição penal definitivamente numa posição intermediária entre a voluntária e a contenciosa²⁷, Francesco Carnelutti derradeiramente definiu que o juiz no processo penal atuaria para verificar uma pretensão punitiva do Estado, independentemente de qualquer resistência por parte do acusado²⁸

no processo civil). Mas não é só esse o motivo. Visto pelo ângulo da pena (que é preventiva e repressiva), com ela se dá oportunidade do réu liberar-se do mal que cometeu ou ainda poderá cometer e, portanto, o interesse em jogo, que ele também busca não é alheio (como no processo civil), mas seu, o seu supremo interesse.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Juruá: Curitiba, 1989, p. 84).

²⁶ “...por tanto, la jurisdicción penal es la jurisdicción que se manifiesta en el proceso penal mediante la comprobación del delito y la aplicación de la pena... Lo que yo he llamado aquí hasta ahora poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar. Esta fórmula no es inexacta en su segundo miembro, esto es, en el atributo; cuando el *dicere ius* se refiere a la materia penal, naturalmente se resuelve en establecer la declaración de certeza del delito y en aplicar la pena...” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosh, v. II, 1950, p. 145 e 149) – tradução do original **Lezione sul processo penale**. Roma: Atenco, v. III, 1947). [trad. da autora: ... portanto, a jurisdição penal é a jurisdição que se manifesta no processo penal mediante a comprovação do delito e a aplicação de uma pena... O que chamei até agora de poder jurisdiccional se conhece sob o nome corrente de direito de castigar. Esta fórmula não é exata em seu segundo membro, isto é, no atributo; quando o *dicere ius* se refere à matéria penal, naturalmente, resolve-se com o estabelecimento da declaração de certeza do delito e de aplicação da penal.].

²⁷ ... per il miglior chiariamento della figura del processo civile occorre conoscere quei caratteri funzionali e strutturali del processo penale, in cui sta la ragione della distinzione. Da questa breve indagine sarà chiarito come il processo penale occupi una posizione intermedia tra il processo contenzioso e il processo volontario, al cui riconoscimento mi è stato possibile giungere dopo avere decisamente affermato che anche il processo penale opera per la composizione di una lite; alcune tra le obiezioni mosse a questo punto di vista mi hanno indotto a modificarlo liberando il nucleo di verità dalle scorie di un errore.” (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. rev. e atual. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 21). [trad. da autora: para melhor esclarecimento da figura do processo civil é necessário conhecer aqueles caracteres funcionais e estruturais do processo penal, nos quais está a razão da distinção. Nesta breve pesquisa será esclarecido como o processo penal ocupa uma posição intermediária entre o processo contencioso e o processo voluntário, cujo reconhecimento me foi possível alcançar depois de decisivamente afirmar que também o processo penal opera para compor uma lide; algumas dentre as objeções movidas em relação a este ponto de vista me induziram a modificá-lo liberando o núcleo de verdade das escórias de um erro.].

²⁸ “Emerge da questi rilievi che quando si tratta di applicazione della sanzione penale,

Certamente, ao reconhecer a inaptidão de sua teoria, Francesco Carnelutti surpreendeu a todos e deixou sem rumo muitos autores que na época adotaram irrestritamente seus conceitos, inclusive por conta da credibilidade que adquirira com a elaboração do Código de Processo Civil, que entrou em vigor no ano de 1942.

Todavia, cumprindo a sina de todas as teorias, que irremediavelmente se separam de seu criador e ganham vida por outras mãos igualmente habilidosas, a Teoria Geral do Processo sobreviveu sem o aval de seu mentor e foi apropriada por alguns que não pouparam esforços para tentar explicar suas incoerências e sustentar que jamais fora ela abandonada, apenas revisada.

Aliás, tudo isso foi também alimentado pela vaidade do próprio Francesco Carnelutti, que mesmo após admitir a impossibilidade de continuar defendendo suas idéias, em alguns arroubos de imodéstia não resistiu e se intitulou arquiteto da famosa Teoria Geral do Processo, leia-se o que disse na quinta edição ampliada e revisada de sua obra *Istituzione del processo civile italiano*, publicada em 1956 :

Pertence à comum experiência não tanto a distinção quanto a separação do processo civil e do processo penal, culminante na existência de dois códigos, um dos quais é dedicado ao primeiro e um ao segundo. Por outro lado, com o progredir dos estudos, primeiro os cultores do direito processual civil, depois também aqueles do direito processual penal procuraram se dar conta das posições respectivas dos dois processos com o resultado inevitável, porquanto cegamente negado por alguns, de haver iniciado se não completado a construção de uma teoria geral do processo.²⁹

la funzione del processo è diversa da quella composizione della lite; più precisamente non si tratta della composizione d'una lite, ma della verificazione di una pretesa, cioè della pretesa penale o punitiva, alla quale verificazione deve procedersi quand'anche tale pretesa non incontri una resistenza." (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. rev. e atual. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 25). [trad. da autora: Emerge desta observação que quando se trata de aplicação da sanção penal, a função do processo é diversa da composição da lide; mais precisamente não trata da composição de uma lide, mas da verificação de uma pretensão, isto é, da pretensão penal ou punitiva, a qual se deve proceder ainda quando tal pretensão não encontre uma resistência.].

²⁹ [trad. da autora] "Appartiene alla comune esperienza non tanto la distinzione quanto la separazione del processo civile dal processo penale, culminante nell'esistenza di due codice, uno dei quali è dedicato al primo e uno al secondo. Peraltro con il progredire degli studi prima i cultori del diritto processuale civile, poi anche quelli del diritto processuale

Entretanto, as palavras que seguem este trecho deixam claro que tudo não passou de um momento narcíseo do processualista italiano, que na página subsequente reconheceu sem hesitar que a jurisdição penal não atua necessariamente para compor uma lide³⁰:

(...) que quando se trata da aplicação da sanção penal, a função do processo é diversa daquela da composição da lide; mais precisamente não se trata da composição de uma lide, mas da verificação de uma pretensão, isto é, da pretensão penal ou punitiva, cuja verificação deve proceder-se quando também tal pretensão não encontra resistência.³¹

Apesar disso, os defensores da malfadada Teoria Geral do Processo não arrefeceram suas forças e até os dias de hoje, principalmente no Brasil, vêm o

penale hanno cercato di rendersi conto delle posizioni rispettive dei due processi con il risultato inevitabile, per quanto da alcuni ciecamente negato, di aver iniziato se non compiuto la costruzione di una teoria generale del processo” (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. rev. e atual. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 21).

³⁰ Nas palavras de Carnelutti, “o conteúdo do processo penal é antes um *affaire* do que uma lide, não existindo razão para limitar o conceito de *affaire*, na sua pureza, somente ao campo dos interesses econômicos; de resto a semelhança entre o processo penal e o processo de estado, em particular o processo de interdição e inabilitação, se vê a olho nu. Distingue-o do processo civil, também voluntário, a sua verdadeira função, que não é tão ligada a um conflito de interesses atual (lide) de reprimir ou de prevenir, quanto a uma possibilidade do homem modificar sua pena; aqui ao lado da analogia aflora a diferença entre o processo penal e o processo civil de interdição ou de inabilitação, uma vez que este último, como já se observou, visa verificar a incapacidade de um homem ao passo que o processo penal, verificada com o delito uma anomalia na estrutura moral de quem o cometeu, tende a eliminá-la.” (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 26). [trad da autora: “...il contenuto del processo penale è piuttosto un *affaire* che una lite, non essendovi ragione di limitare il concetto di *affaire*, nella sua purezza, al solo campo degli interessi economici; del resto la simiglianza del processo penale al processo di stato, in particolare al processo di interdizione e di inabilitazione, si coglie a occhio nudo. Lo distacca però dal processo civile, anche volontario, la sua più vera funzione, che non tanto è legata un conflitto d’interessi attuale (lite) da riprimere o da prevenir, quanto a una condizione dell’uomo da modificare mediante la pena; qui accanto all’analogia affiora la differenza tra il processo penale e il processo civile d’interdizione e di inabilitazione, poiché quest’ultimo, come già si osservò, non mira che ad accertare l’incapacità di un uomo mentre il processo penale, accertata con il delito un’anomalia nella struttura morale di chi lo ha commesso, tende ad eliminarla.”].

³¹ [trad. da autora] “(...) che quando si tratta di applicazione della sanzione penale, la funzione del processo è diversa da quella della composizione della lite; più precisamente non si tratta della composizione d’una lite, ma della verificação di una pretesa, cioè della pretesa penale o punitiva, alla quale verificação deve procedersi quand’anche tale pretesa non incontri una resistenza.” (CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. rev. e atual. Roma: Foro Italiano, 1956, p. 22).

processo penal com olhos privatistas e continuam a definir jurisdição como a função estatal destinada à resolução das lides, malgrado as absurdas incoerências impostas por tal pensamento.

Não se pode deslembrar que o grande problema da Teoria Geral do Processo se encontra no fato de que seus conceitos foram construídos sobre a base do processo civil e desta maneira não servem à elucidação dos institutos do processo penal, muito menos explicam o exercício do poder jurisdicional na esfera deste.

Ademais, as conseqüências deste equívoco são nefastas e para entendê-las certamente não se pode furtar ao estudo dos argumentos engendrados pelos objetivistas contemporâneos à tese carneluttiana.

1.1.2 A crítica dos objetivistas

Giuseppe Chiovenda foi com certeza o grande responsável pela formação da crítica que impediu a adoção irrestrita da Teoria Geral do Processo.

O objetivista³² italiano não via com bons olhos a tese de que o exercício da jurisdição se caracterizava pela resolução de uma lide e esclarecia: “em essência a concepção subjetiva do escopo processual confunde a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual com aquela remota vinculada ao possível resultado. Como se dissesse que a atividade que desempenha um pintor para compor um afresco tem para ele o escopo de adornar o templo”³³.

Além disso, antes mesmo de ser concebida a Teoria Geral do Processo,

³² “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura de processo que ‘prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes’.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 77).

³³ [trad. da autora] “In sostanza la concezione soggettiva dello scopo processuale confonde la finalità attuale, immediata, costante delle attività processuale col loro remoto e possibile o sia per necessario risultato. Come chi dicesse che la attività che compie un pittore per comporre un affresco hanno per loro scopo d’ornare il tempio.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 34).

assinhalava que “a decisão jurisdicional afirma a preexistente vontade da lei de que a prestação se realize e o direito à prestação se constitua, esta produz coisa julgada, é irrevogável, frente às partes e ao juiz”.³⁴

Deste modo, defendia que a jurisdição atuaria independentemente da existência de um conflito e que seu objetivo primordial era aplicar a lei aos casos concretos e impor de forma irrevogável os direitos e as obrigações dos sujeitos neles envolvidos.

Concluía, ainda, que o único critério capaz de diferenciar a jurisdição das outras atividades estatais era a coisa julgada, isto é, a cogência e vinculação impostas pelos atos decorrentes de seu exercício.

Verifica-se que aplicava tal raciocínio quando diferenciava a jurisdição voluntária da contenciosa e dizia que somente esta poderia ser considerada a verdadeira jurisdição, pois apta à formação da coisa julgada, enquanto aquela não passaria de mero atuar administrativo do Estado e, conseqüentemente, inábil para formação da coisa julgada³⁵.

³⁴ [trad. da autora] “...la decisione giurisdizionale afferma la preesistente volontà della legge che la prestazione si compia o che il diritto alla prestazione sia costituito: essa produce la cosa giudicata, è irrevocabile di fronte alle parti e al giudice.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 300).

³⁵ “La distinzione fra atti di volontaria giurisdizione e di contenziosa, ha una grande importanza pratica: il provvedimento di volontaria giurisdizione, come atto di pura amministrazione, per sé non produce *cosa giudicata*: l’interessato può sempre ottenere la revoca d’ un decreto negativo, e la modificazione o la rinnovazione d’un decreto favorevole rivolgendosi allo stesso organo che l’ha emanato e convincendolo di avere errato. L’interessato può anche servirsi del reclamo alla autorità superiore (Cod. proc. civ. art. 781) : ma questo reclamo facoltativo e senza termini non attribuisce alcun carattere giurisdizionale al provvedimento emanato o a quello a emanarsi: esso non ha nemmeno importanza del reclamo gerarchico nel campo amministrativo, perchè nel campo della giurisdizione volontaria il difetto di reclamo non rende definitivo il provvedimento dell’autorità inferiore. In ogni caso poi un decreto di giurisdizione volontaria può essere impugnato in sede giurisdizionale per difetto di condizioni (ad esempio, perchè un’autorizzazione a contrarre un mutuo fu data a chi non aveva la legittima rappresentanza dell’incapace): nè il terzo per salvare i diritti acquistati in base al decreto impugnato potrebbe eccepire la cosa giudicata; al più potrebbe fondarsi soltanto sulla natura pubblica, autoritativa del decreto. Invece l’atto giurisdizionale per eccellenza, la sentenza, porta con sé la cosa giudicata.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 318-19). [trad. da autora: A distinção entre atos de voluntária jurisdição e de contenciosa, tem uma grande importância prática: o provimento de voluntária jurisdição, como ato de pura administração, por si não produz coisa julgada: o interessado pode sempre obter a revogação de um decreto negativo, e a

Surgia, então, a conhecida fórmula chiovendiana de que a jurisdição propriamente dita é o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente.³⁶

Note-se que não houve um embate mais acirrado entre Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, pois este nunca deixou de nutrir a devida deferência pelo reconhecido mestre de Premosello.

Por outro lado, da breve leitura das *Reviste di Diritto Processuale Civile* publicadas naquela época, facilmente se constata que apesar desta reverência, Francesco Carnelutti não poupou de suas críticas a visão objetivista de processo e optou argutamente por atacar sem tréguas os discípulos de Giuseppe Chiovenda. Desses ataques, surgiram as grandes polêmicas, que marcariam os estudos de direito processual para sempre.

Piero Calamandrei, professor de Firenze e o mais conhecido dos seguidores da teoria chiovendiana, foi o primeiro a se manifestar sobre a impossibilidade de se eleger a contenciosidade como critério distintivo da jurisdição.

Em suas pesquisas desenvolvidas no final de 1920, sobre o processo civil inquisitório, verificou que em alguns casos a jurisdição atuaria com fim diverso àquele de composição das lides e até mesmo sem que essas estivessem presentes.

modificação ou a renovação de um decreto favorável dirigindo-se ao mesmo órgão que o emitiu e o convencendo de seu erro. O interessado pode também se servir da reclamação à autoridade superior (Cod. proc.civ art. 781): mas esta reclamação facultativa e sem prazos não atribui um caráter jurisdicional ao provimento emanado ou a ser emanado: este não tem menos importância do que a reclamação hierárquica no campo administrativo, porque no campo da jurisdição voluntária o defeito da reclamação não torna definitivo o provimento da autoridade inferior. Em todos os casos, um decreto de jurisdição voluntária pode ser impugnado em sede jurisdicional por defeito de condições (por exemplo, porque uma autorização à celebração de um acordo de mútuo foi dada a quem não estava legitimamente representado): nem o terceiro para salvar o direito adquirido com base no decreto impugnado poderia excepcionar a coisa julgada; além disso poderia fundar-se mormente sobre a natureza pública, autorizadora do decreto. Ao invés disso, o ato jurisdicional, por excelência a sentença, porta consigo a coisa julgada.].

³⁶ CHIOVENDA, *Istituzione di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1934, p. 01 e ss., v. II.

Piero Calamandrei criticava veementemente a visão reducionista e medieval de Francesco Carnelutti, que não reconhecia a atuação do poder jurisdicional longe das controvérsias³⁷. Acrescentava que esta forma de pensar a jurisdição já havia sido superada pelos processualistas mais modernos, os quais acreditavam que a administração da justiça no atual Estado tinha por objetivo mais alto garantir e controlar a observância da lei:

Considerar hoje a jurisdição como simples definição de controvérsias me parece que seja reduzir-lhe novamente a finalidade. Não se nega que aos alvares históricos da civilização se possa seguir no encaicho da arbitragem como primeira origem da função jurisdicional, inicialmente contida nos limites de uma interposição de um terceiro entre os contendentes, ao único escopo de dirimir o conflito individual e de manter, com a proibição da auto-defesa, a paz social: mas no lugar desta tentativa de pacificação social, que na origem basta para justificar a intervenção reservada da co-associação na lide dos co-associados, o Estado moderno colocou, desde quando ao juiz se reservou o ofício de aplicar aos casos concretos normas jurídicas gerais já formuladas em abstrato pelo legislador, um intento mais alto, que é aquele de garantir e controlar *a posteriori*, nos casos concretos, a observância da vontade do Estado, já manifestada *a priori* na lei.³⁸

³⁷ “Da quanto ho detto finora, industriandomi di riassumere fedelmente nei suoi elementi più caratteristici il pensiero del C., appare como egli, riducendo la giurisdizione a pura decisione di liti, sia tornato alla vecchia concezione della dottrina e pratica del processo italiano medievale, che non vedeva funzione giurisdizionale se non là dove fosse definizione di controversie, e che coerentemente poneva nella contenziosità il criterio distintivo tra la giurisdizione vera e propria e la cosiddetta *iurisdiction* voluntaria. Tale concezione pareva superata dalla dottrina moderna; ma il Carnelutti nel riportarla in onore, ha saputo darle una così suggestiva inquadratura sistematica, da farla apparire come una teoria interamente nuova, degna di esser ripresa in attento esame.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 06, 1928). [trad. da autora: “De tudo o que disse até agora, trabalhando-me para resumir fielmente nos seus elementos mais característicos o pensamento de C., tal como ele, reduzindo a jurisdição à pura decisão de lides, tenha retornado à velha concepção da doutrina e da prática do processo italiano medieval, que não via função jurisdicional se não lá onde fosse definição de controvérsia, e que coerentemente, colocava na contenciosidade o critério distintivo entre a jurisdição vera e própria e a dita *iurisdiction* voluntária. Tal concepção parecia superada pela doutrina moderna; mas Carnelutti ao colocá-la em destaque, soube dar-lhe, assim, uma sugestiva moldura sistemática, fazendo-a aparecer como uma teoria inteiramente nova, digna de ser retomada num cuidadoso exame.”].

³⁸ [trad. da autora] “Considerare oggi la giurisdizione come semplice definizione di controversie mi pare che sia rimpicciolarne la finalità. Non si nega che agli albori storici della civiltà possa rintracciarsi nell’arbitrato la prima origine della funzione giurisdizionale, inizialmente contenuta nei limiti di una interposizione di un terzo tra contendenti, al solo scopo di dirimire il conflitto individuale e di mantenere, col divieto dell’ autodifesa, la pace sociale: ma in luogo di questo intento della pacificazione sociale, che in origine basta a giustificare l’intervento della consociazione nelle liti dei consociati, lo Stato moderno ha

Afirmava, ainda, que a teoria carneluttiana não estava apta a explicações sobre o atuar jurisdicional naqueles processos que não possuíam necessariamente uma lide como seu conteúdo. Dentre esses destacava aqueles desenvolvidos à revelia das partes, os iniciados *inaudita altera pars* e também os chamados inquisitórios, que a despeito de estarem distantes da composição dos conflitos certamente não serviriam ao exercício da jurisdição voluntária ou do atuar administrativo do Estado.

Para ilustrar seus argumentos e estruturar sua crítica à definição carneluttiana de jurisdição, concentrou-se nesta última espécie de processo sem lide, o chamado processo civil inquisitório, sobre o qual desenvolvia estudos na época.

Piero Calamandrei defendia que neste gênero de processo o poder jurisdicional não tinha outro objetivo senão provocar entre as partes, independentemente de seus interesses convergirem ou não, um efeito jurídico de criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica que se não poderia conseguir fora do processo³⁹.

Dizia, ainda, que “nesses casos a sentença, pode de fato servir até para compor um conflito de interesses quando este conflito eventualmente exista, mas não tem como seu escopo jurídico a composição de tal conflito, já que ela é

posto, da quando al giudice è stato riservato l'ufficio di applicare a casi concreti norme giuridiche generale già formulate in astratto dal legislatore, un intento più alto, che é quello di garantire e controllare *a posteriori* nei casi concreti la osservanza della volontà dello Stato, già manifestata *a priori* nella legge.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 07, 1928).

³⁹ “Il carattere fondamentale del processo civile a tipo inquisitorio é questo: che esso serve a far conseguire alle parti mediante una sentenza costitutiva, un effetto giuridico (creazione, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico) che le parti, anche se concordi, non potrebbero conseguire all'infuori del processo.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 13, 1928) [trad. da autora: O caráter fundamental do processo civil do tipo inquisitório é este: de servir às partes para que consigam alcançar mediante uma sentença constitutiva, um efeito jurídico (criação, modificação, extinção de uma relação jurídica), que as partes, ainda que em concordância, não poderiam conseguir fora do processo.].

necessária inclusive quando não há conflito.”⁴⁰

Para concretizar sua tese ressaltava que no processo de anulação de casamento a convergência de interesses dos cônjuges seria juridicamente irrelevante, pois a extinção da relação matrimonial somente poderia ocorrer mediante a atuação jurisdicional, isto é, por meio de atos praticados pelo juiz com o objetivo último de tornar definitivo o fim da referida relação.

Esclarecia que neste modelo o acordo entre as partes não tinha poder de suprimir o interesse de agir, pois este não surgia da pretensão contrastada como no processo civil dispositivo, mas da proibição imposta pela lei à anulação de matrimônios por meio de mero acordo das partes. Aduzia, ainda, que tal acordo também não produziria efeitos preclusivos no campo da prova, cuja consequência seria o estabelecimento de fatos não controversos, uma vez que no processo civil inquisitório o juiz deveria utilizar todos os meios possíveis para buscar a verdade.

Ao final, advertia que nenhum juiz com bom senso poderia pensar nestas hipóteses que sua atuação seria meramente administrativa, até porque tinha como objetivo último a coisa julgada, em nenhum momento alcançada no exercício da administração estatal. Assim, ressaltava a tese chiovendiana de que a coisa julgada seria o critério distintivo da jurisdição em relação à atuação dos demais poderes estatais⁴¹.

⁴⁰ [trad. da autora] “...in questi casi la sentenza, se può di fatto servire anche a comporre un conflitto di interessi quando questo conflitto eventualmente ci sia, non ha come scopo giuridico la composizione di tale conflitto, giacchè essa è necessaria anche quando il conflitto non c’è...”. (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 13, 1928).

⁴¹ “Ritengo perciò che la teoria modernamente prevalente, dal Wach al Chiovenda, che pone nell’atuazione del diritto obiettivo lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale, sia idonea, meglio di quella que il Carnelutti vorrebbe resuscitare, a mettere in evidenza la natura essenzialmente pubblicistica del processo nei moderni ordinamenti giuridici, como instrumento per realizzare in concreto la astratta volontà dello Stato.”(CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 09, 1928). [trad. da autora: Tenho novamente para mim que a teoria modernamente prevalente, de Wach a Chiovenda, que coloca na atuação do direito objetivo o escopo característico da função jurisdicional, seja idônea, melhor do que aquela que Carnelutti quis resuscitar, colocando em evidência a natureza essencialmente publicística do processo

Os mesmos fundamentos utilizou para dizer que no processo penal, por excelência inquisitório, a jurisdição não teria como fim imediato a justa composição da lide, mas a punição do culpado.

Neste sentido, afirmou que “o processo penal tem por isso em cada caso, para obter o efeito jurídico da punição do réu, aquele mesmo caráter de necessidade (*nulla poena sine iudicio*) como no campo civil, para alcançar efeitos jurídicos não conseguidos pelas partes através do contrato, é próprio do processo do tipo inquisitório.”⁴²

Ademais, completou que no “processo penal em espécie, tal qual no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, em relação aos quais é preordenada à necessária intervenção do juiz para os regular, não são disponíveis àqueles que figuram como parte no processo.”⁴³

Ao final, defendeu que “o processo penal, na realidade, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do crime e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes.”⁴⁴

nos ordenamentos jurídicos modernos, como instrumento para realizar em concreto a abstrata vontade do Estado.].

⁴² [trad. da autora] “Il processo penale ha dunque in ogni caso, per raggiungere l’effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità* (*nulla poena sine iudicio*) che nel campo civile, per raggiungere effetti giuridici non conseguibili dalle parti attraverso il contratto, è il proprio del processo a tipo inquisitorio.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 16, 1928).

⁴³ [trad. da autora] “... che nel processo penale in genere, come nel processo civile inquisitorio, il conto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo...”. (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 17, 1928).

⁴⁴ [trad. da autora] “Il processo penale, infatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all’esistenza del reato e alla misura della pena, sicchè il processo perda la sua ragion d’essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due ‘litiganti’”. (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 16,

Contudo, o grande erro de Piero Calamandrei, que inclusive o impediu de relegar por completo a teoria carneluttiana, foi sustentar que as normas de direito material até podem ter como finalidade a composição em abstrato do conflito entre dois interesses, entretanto a intervenção jurisdicional com o escopo de aplicar a norma a uma relação concreta não teria como pressuposto inafastável um desacordo atual entre os sujeitos desta relação⁴⁵.

Talvez sem se dar conta, com este pensamento Piero Calamandrei definiu que mesmo nos processos inquisitórios estaria sempre presente um conflito de interesses a ser acertado pela lei, o que deixou sem substrato a defesa de uma jurisdição com um fim diverso ao da composição de lides.

Aliás, reafirmou tal tese quando salientou que no processo civil inquisitório se verificaria na maioria das vezes um conflito entre o interesse social de anulação de matrimônio em que faltam os requisitos legais e o interesse social à conservação dele nos casos em que estão presentes as causas de anulação previstas em lei. Nesta mesma linha, esclareceu que também no processo penal estariam frente a frente dois interesses estatais: punição do

1928).

⁴⁵ “È vero che le norme di diritto materiale, che lo Stato pone mediante la funzione legislativa, mirano tutte quante – come il C. lucidamente insegna – a dirimere dei conflitti di interessi previsti e regolati in anticipo; onde si sarebbe portati a ritenere che, se la giurisdizione non è che un complemento e una prosecuzione della legislazione, anche il suo fine ultimo e mediato debba esser per forza la composizione in concreto di quei conflitti di interessi che la legge compone in astratto. Senonchè, se è vero che ogni norma di diritto materiale compone in astratto il conflitto di due interessi, non è del pari vero, come tra poco si vedrà (oltre, n. 7) che l’intervento della giurisdizione allo scopo di applicare la norma a un rapporto concreto presupponga immancabilmente un disaccordo attuale tra i soggetti di questo rapporto.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 08, 1928). [trad. da autora: É verdade que as normas de direito material, determinadas pelo estado mediante o exercício de função legislativa, buscam – como o C. lucidamente ensina – resolver os conflitos de interesses previstos e regulados antecipadamente; por meio deste raciocínio seria levado a deduzir que, se a jurisdição não é mais que um complemento à execução da legislação, também o seu fim último e mediato deve ser forçosamente a composição em concreto daqueles conflitos de interesses que a lei compõe em abstrato. Contudo, se é verdade que cada norma de direito material compõe em abstrato o conflito de dois interesses, não é igualmente verdadeiro, como daqui a pouco se verá (depois de n. 7) que a intervenção da jurisdição com o escopo de aplicar a norma a um caso concreto pressupõe inevitavelmente um desacordo atual entre os sujeitos desta relação.]

culpado *versus* tutela da liberdade individual.⁴⁶

Justamente neste átimo, ele abriu espaço para o famoso questionamento carneluttiano que seria decisivo na desarticulação de sua crítica à teoria geral do processo: se o conceito objetivista diz que a jurisdição atua o direito no caso concreto, então, nada mais óbvio do que indagar por que a jurisdição atua o direito?

Certamente, a resposta dada pelo próprio Francesco Carnelutti pode ser prontamente intuída: com o objetivo específico de compor uma lide.⁴⁷

Inspirado pela crítica de Piero Calamandrei, Giulio Paoli decidiu tecer seus comentários sobre a inaplicabilidade da teoria carneluttiana especificamente ao processo penal.

Primeiramente, contestou a idéia de uma jurisdição que só atuaria para resolver lides, pois acreditava que seria possível constatar sua atuação inclusive nos processos em que não houvesse realmente um conflito entre a parte lesada pela prática do delito e o imputado.

Para exemplificar, indicava algumas situações em que a parte lesada poderia ter consentido com a conduta criminosa, como nos casos de mutilação voluntária, ou poderia “caridosamente” ter perdoado o imputado, e acrescentava

⁴⁶ “Ciò è vero nel processo civile inquisitorio, dove, per servirci di un esempio già precedentemente adoprato, difronte all’interesse sociale all’annullamento di un matrimonio di cui mancano le condizone essenziali, sta l’interesse sociale alla conservazione del medesimo nei casi in cui non sussistano le cause di nullità stabilite dalla legge; ciò è vero del pari nel processo penale, dove, difronte all’interesse dello Stato alla punizione del colpevole, sta l’interesse, che è anche dello Stato, alla tutela della libertà individuale.” (CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 18, 1928). [trad. da autora: Isto é verdadeiro no processo civil inquisitório, onde, para servir-se de um exemplo já precedentemente abordado, frente ao interesse social de anulação de casamento em que falta requisito essencial, está o interesse social de conservação deste nos casos em que não estão presentes as causas de nulidade estabelecidas em lei, verifica-se o mesmo no processo penal, onde, frente ao interesse do Estado à punição do culpado, está também o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual.].

⁴⁷ “Il fine specifico del processo sarebbe così la attuazione del diritto per la composizione di una lite...” (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e fusione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 28, 1928). [trad. da autora: O fim específico do processo seria assim a atuação do direito para a composição de uma lide...].

que isto não seria suficiente para excluí-las do atuar jurisdicional. Da mesma maneira não se poderia afastar do crivo da jurisdição aquele caso em que o imputado arrependido do crime que praticara desejava a sua condenação. Aliás, deixava claro que nessas situações específicas o atuar jurisdicional poderia inclusive culminar com uma decisão completamente contrária à vontade dos sujeitos da lide.⁴⁸

Num segundo momento, Giulio Paoli destacou que se fosse possível imaginar na esfera penal uma lide entre o imputado e Ministério Público, visto como representante do Estado lesado pela prática delituosa, nem assim o exercício jurisdicional teria por escopo resolvê-la, pois nem sempre o bem lesado pela conduta delituosa seria um bem de interesse público. Neste ponto, portanto, corrigia o erro perpetrado pela tese calamandriana: “o Calamandrei (*Il concetto*, 18), se não me engano, cai em equívoco – que no processo penal, assim como no civil, se encontram em conflito dois interesses dos quais um está destinado a ser sacrificado.”⁴⁹

⁴⁸ “(...) Dimostrato pertanto come non possa esservi lite nel senso carneluttiano fra p. m. e imputato vediamo se possa esservi tra imputato e parte lesa. Qui il Carnelutti fa una scelta di esempi, che chiamarei volentieri una scelta ammaestrata; certo una scelta abilmente polemica. Egli parli, invero, di ladro e di derubato (Lite pag. 31). Dico subito che lite non v’è neppure col derubato: perchè egli non è soggetto nè del rapporto punitivo, nè dell’azione penale; perchè può essere stato immediatamente risarcito; perchè può avere completamente perdonato; perchè, insomma, il processo penale sussiste indipendentemente da ogni più ampia eliminazione di contrasto fra derubato e ladro; perchè, infine, l’imputato può non essere il ladro (e quindi non v’è lesione di interesse da lui compiuta) e il derubato può riconoscere che l’imputato non è il ladro (e quindi non v’è contestazione di sorta).” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 69, 1930). [trad. da autora: Demonstrado portanto como não pode haver lide no sentido carneluttiano entre MP e imputado vejamos se pode haver entre imputado e parte lesada. Aqui Carnelutti faz uma escolha por exemplos, que chamarei com boa vontade de uma escolha doutrinada; certamente uma escolha polêmica. Ele fala, na verdade, de ladrão e de roubado (Lite pag. 31). Digo subitamente que a lide não existe aqui nem com o roubado: porque ele não é sujeito nem da relação punitiva, nem da ação penal; porque pode ser imediatamente ressarcido; porque pode ser completamente perdoado; porque, em suma, o processo penal subsiste independentemente da eliminação do contraste entre roubado e ladrão; porque, enfim, o imputado pode não ser o ladrão (e conseqüentemente não há lesão por ele realizada) e o roubado pode reconhecer que o imputado não é o ladrão (e conseqüentemente não há a típica contestação).].

⁴⁹ [trad. da autora] “...il Calamandrei (*Il concetto*, 18), se non m’inganno; cade in equivoco - che nel processo penale, così come nel processo civile, si trovino in conflitto due interessi dei quali uno è destinato ad essere sacrificato.” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite**

Ademais, entendia que muitas vezes o Ministério Público teria interesse na condenação do culpado, mas não do imputado, ou se este fosse inocente, certamente teria interesse na sua absolvição. Nas palavras do autor:

O interesse de uma parte, no processo civil, não pode nunca se identificar com o interesse da parte em conflito: e uma vez, pois, que os interesses permanecem sempre contrastantes è correto dizer que um dos dois deverá ser sacrificado na sentença. Mas no processo penal não é assim, porque o MP tem, ao contrário, interesse na condenação do culpado, mas não na condenação do imputado: ao invés disso, se o imputado for inocente, o MP tem interesse em sua absolvição; e nessas hipóteses quando o juiz absolve não sacrifica em nada o interesse do MP, isto é, do Estado acusador, mas o realiza: enquanto que frente ao imputado inocente o Estado acusador identifica o seu próprio interesse com o interesse do imputado.⁵⁰

Refutava, desta maneira, a fórmula proposta por Eduardo Massari⁵¹, que antevia no processo penal uma jurisdição cuja finalidade consistia na resolução de um conflito entre o Estado, que afirmava seu direito à aplicação da pena, e o imputado, que procurava manter a intangibilidade de seu patrimônio moral, da sua liberdade, de seus bens.

Aliás, para atacar este pensamento enfatizava que o Estado jamais teria o direito de suprimir a liberdade do imputado inocente; ao contrário disso teria o dever de preservá-la.

Nesta medida, esclarecia que o Estado-juiz ao absolver o imputado e julgar infundada a pretensão punitiva não teria sacrificado seu interesse de Estado-acusador, pois entendia que “no processo penal o Estado não sucumbe

nel processo penale. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 67 , 1930).

⁵⁰ [trad. da autora] “L’interesse di una parte, nel processo civil, non si può mai identificare con l’interesse della parte in conflitto: e poichè, dunque, i due interessi rimangono sempre contrastanti è esatto dire che uno dei due dovrà dalla sentenza venir sacrificato. Ma nel processo penale non è così, perchè il p. m. ha bensì interesse alla condanna del colpevole, ma non alla condanna dell’imputato: anzi, se l’imputato sia innocente, il p. m. ha interesse al suo proscioglimento; e in questa ipotesi quando il giudice proscioglie non sacrifica niente affatto l’interesse del p. m., e cioè dello Stato accusatore, ma lo adempie: inquantochè dei fronte all’imputato innocente lo Stato accusatore identifica il próprio interesse com l’interesse di costui.” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 67 , 1930).

⁵¹ MASSARI, Eduardo. **Lineamenti del processo penale italiano**. Napoli: Jovene, 1928.

nunca; e, uma vez pronunciada a sentença, o Estado juiz e o Estado acusador voltam a ser apenas e exclusivamente o Estado, que na satisfação do interesse do indivíduo vê também satisfeito seu próprio interesse.”⁵²

Assim, após ter demonstrado que no processo penal nem sempre estaria presente uma lide entre a parte lesada e o imputado ou entre este e o MP, Giulio Paoli resolveu adotar o conceito chiovendiano de jurisdição e explicou que esta teria como escopo “a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, declarada pelo juiz, tantas quantas vezes não seja a ele consentido perseguir outro escopo senão aquele de aplicar o direito ao fato, nem de usar outro meio senão aquele do silogismo judiciário.”⁵³

Note-se que este autor trouxe a lume questões importantes e que não foram respondidas satisfatoriamente por Francesco Carnelutti, porém seus argumentos não conseguiram causar abalos na teoria geral do processo. Isto porque não atingiram o cerne do pensamento carneluttiano, apenas se restringiram a demonstrar que no processo penal nem sempre haveria um conflito de interesses para ser resolvido pela jurisdição. Veja-se que em nenhum momento este penalista analisou os elementos que constituem a lide ou indagou se estes estariam presentes nos casos concretos a serem resolvidos pela jurisdição penal.

Certamente, uma análise aprofundada sobre a ausência dos elementos da lide carneluttiana no processo penal deve ser atribuída a Francesco Invrea, que pode inclusive ser considerado o autor responsável pelas críticas decisivas ao desmantelamento da tese carneluttiana.

⁵² [trad. da autora] “Nel processo penale lo Stato non soccombe mai; e, una volta, pronunziata la sentenza, lo Stato giudice e lo Stato accusatore tornano ad essere soltanto ed esclusivamente lo Stato, che nell’appagamento dell’interesse del singolo vede anche appagato un suo proprio interesse” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 68, 1930).

⁵³ [trad. da autora] “(...) giurisdizione è l’applicazione della norma astratta al caso concreto, dichiarata dal giudice, le quante volte non sia a lui consentito di perseguire altro scopo e non quello di applicare il diritto al fatto, nè di usare altro mezzo se non quello del sillogismo giudiziario.” (PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, p. 74, 1930).

Este advogado de Torino iniciava sua avaliação a dizer que não via a composição de uma lide como o conteúdo essencial da decisão jurisdicional, tal como queria Francesco Carnelutti⁵⁴. Contudo, o enredo de sua crítica era sem dúvida bastante distinto daquele costurado por Giulio Paoli.

Primeiramente, apontava a pretensão contrastada ou não realizada como elemento central do conceito de lide e esclarecia que para a teoria carneluttiana a jurisdição seria exercida no processo penal somente quando a parte lesada pelo delito já tivesse feito avançar contra o seu ofensor uma pretensão que teria como finalidade fazê-lo reconhecer o seu direito protegido pela regra penal⁵⁵.

Afirmava, ainda segundo a teoria carneluttiana, que a pretensão não deveria existir apenas em tese, pois consistiria num ato de vontade da parte dirigido a buscar junto ao adversário o reconhecimento do seu direito.

Entretanto, diagnosticava Francesco Invrea que esta pretensão da parte lesada nem sempre estaria presente, pois no campo dos delitos que lesam privados seria possível vislumbrar a inusitada situação: “Tizio (que eu não

⁵⁴ “Non credo che si possa (secondo la teorica ideata e sempre con maggiore energia brillantemente sostenuta dal Carnelutti) considerare come contenuto essenziale della decisione giudiziale (e quindi oggetto dell’attività giudiziale) *la composizione della lite*.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 225, 1930). [trad. da autora: Não creio que se possa (segundo a teoria idealizada e sempre com maior energia brilhantemente sustentada por Carnelutti) considerar como conteúdo essencial da decisão jurisdicional (e conseqüentemente objeto da atividade judicial) *a composição da lide*.].

⁵⁵ “Innanzi tutte se, come il Carnelutti sostiene, la lite nel processo penale esiste tra l’imputato e la parte lesa, e se la lite (che per il Carnelutti preesiste al processo) in tutte le definizioni di quel acutissimo scrittore implica necessariamente una pretesa (contrastata o non adempiuta), è chiaro che perchè la tesi del Carnelutti si regga nel processo penale, occorre che la parte lesa abbia avanzato (prima del processo) una pretesa contro l’imputato: altrimenti la lite tra la parte lesa e l’imputato non sussiste. Orbene questa pretesa può benissimo mancare, anzi di fatti manca in molti processi penali: quindi di questi processi non è presupposto la lite e la sentenza non compone lite alcuna tra l’imputato e la parte lesa.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 226, 1930). [trad. da autora: Antes de mais nada, como Carnelutti sustenta, a lide no processo penal existe entre imputado e parte lesada, e se a lide (que para Carnelutti preexiste ao processo) em todas as definições daquele perspicaz escritor implica necessariamente uma pretensão (contrastada ou não satisfeita), fica claro porque a tese de Carnelutti se mantém no processo penal, ocorre que a parte lesada fez avançar (antes do processo) uma pretensão contra o imputado: de outro modo a lide entre parte lesada e imputado não subsiste. Ora, esta pretensão pode muito bem não existir, antes de faltar em muitos processos penais: portanto destes processos não é

conheço nem mesmo de vista), é imputado (sob denúncia de um terceiro) de haver furtado durante a noite poucos cachos de uva de uma vinha minha. Eu jamais levantei contra Tizio antes do furto alguma pretensão de inviolabilidade da minha propriedade; depois de ocorrido o furto eu nunca imaginei levantar contra ele pretensão alguma, também porque (das informações prestadas) me convenci que ele era inocente; em audiência declaro que o considero inocente; o juiz, conforme as conclusões do Ministério Público, absolve Tizio por não ter cometido o crime.”⁵⁶ Neste caso, seria evidente a ausência de qualquer pretensão da vítima contra Tizio.

Da mesma forma entendia que nos casos de crimes praticados contra a Administração Pública, esta permaneceria alheia ao processo, o que demonstrava não ser possível identificar uma pretensão do Estado-administrador no processo.

Afinal, elucidava que a atuação jurisdicional no processo penal tinha por escopo acertar se o imputado deveria submeter-se a uma pena, sendo que esta pena teria um caráter essencialmente público dentro da perspectiva do direito moderno e não poderia ser objeto de pretensão do particular⁵⁷. Inclusive,

pressuposto a lide e a sentença não compõe lide alguma entre imputado e parte lesada.].

⁵⁶ [trad.da autora] “Tizio (che io non conosco neppure di vista), è imputato (su denuncia de un terzo) di avermi rubato pochi grappoli d’uva di notte in una mia vigna. Io non ho mai contro Tizio elevato prima del furto alcuna pretesa all’invioabilità della mia proprietà; dopo avvenuto il furto io non mi sono mai sognato di elevare contro di lui pretesa alcuna, anche perché (da informazione assunte) mi sono persuaso che egli è innocente; all’udienza dichiaro di ritenerlo innocente; il pretore, su conformi conclusioni del P. M., assolve Tizio per non avere comesso il reato.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 226, 1930).

⁵⁷ “In secondo luogo non si deve dimenticare che il processo penale ha esclusivamente lo scopo di accertare se l’imputato debba sottostare alla pena; ora, dato il carattere pubblico della pena nel nostro diritto, è chiaro che la pena non può formare oggetto della pretesa del privato: il privato secondo la nostra legge può soltanto entrare nel processo penale come parte civile, ossia come parte del processo civile innestato al penale. E perciò nel processo penale come tale la parte lesa, anche quando chiede la condanna, non può efficacemente chiederla che con effetti civili, e quindi non può mai avanzare una pretesa di carattere penale. (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 227, 1930). [trad. da autora: Em segundo lugar não se deve esquecer que o processo penal tem exclusivamente o escopo de acertar se o imputado deve submeter-se à pena; ora, dado o caráter público da pena no nosso direito, é claro que a pena não pode ser objeto de uma pretensão do particular: o particular segundo nossa lei pode somente entrar no processo penal

descartava definitivamente a existência de uma pretensão da parte lesada, quando afirmava que a única participação possível do particular no processo penal era como parte civil, ou seja, com uma pretensão de caráter civil e não penal.

Deste modo, concluía que “em realidade no nosso processo penal (que possui caráter inquisitório, enquanto a pena pode ser pronunciada sem o pedido do M.P, senão contra as suas conclusões) não se poderia nem falar de lide entre imputado e M.P.: e isto foi também admitido por Carnelutti. Em nosso processo penal é por esta razão absolutamente estranho o conceito de lide.”⁵⁸

Noutras palavras, ao refutar no processo penal a existência de uma pretensão, ou seja, ao afastar deste âmbito um dos elementos essenciais à lide, este advogado italiano atingiu em cheio a malfadada Teoria Geral do Processo e sem dúvida contribuiu definitivamente para a derrocada da tese carneluttiana

Ressalte-se que, após negar a existência da lide no processo penal, Francesco Invrea estabeleceu que a jurisdição deveria ser concebida como “o poder de impor julgados, isto é de impor accertamentos vinculativos a favor de uma parte a cargo de uma outra, de agravar isto é uma parte de um accertamento vinculativo a favor de uma outra, em outros termos de impor àquela em favor desta o peso do julgado.”⁵⁹

Identificou, portanto, a coisa julgada como elemento caracterizador da

como parte civil, ou seja como parte do processo civil inerente ao penal. E por essa razão no processo penal a parte lesada como tal, também quando pede a condenação, não pode efetivamente pedir senão no que se refere aos seus efeitos civis, e conseqüentemente jamais pode fazer avançar uma pretensão de caráter penal.]

⁵⁸ [trad. da autora] “In realtà nel nostro processo penale (che ha carattere inquisitorio, in quanto che la pena può essere pronunciata senza la domanda del P.M., anzi contro le sue conclusioni) non si protrebbe neanche parlare di lite tra imputato e il P.M.; e ciò è ammesso anche dal Carnelutti. Al nostro processo penale è quindi estraneo assolutamente il concetto di lite.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 227, 1930).

⁵⁹ [trad. da autora] “*Giurisdizione* è la potestà di emettere *giudicati*, cioè di emettere accertamenti vincolativi a favore di una parte a carico di un'altra, di gravare cioè una parte di un accertamento vincolativo a favore di un'altra, in altri termini di imporre a quella in favore di questa il peso del giudicato.” (INVREA, Francesco. **La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p.

jurisdição e afirmou que este era o único critério capaz de distingui-la das demais práticas estatais de poder. Ao contrário do que entendia Carnelutti, ele salientava que a formação de um comando capaz de compor uma lide não seria parâmetro suficiente para particularizar a jurisdição, até porque entendia que este comando somente se constituiria após a incidência da coisa julgada.

Em suma, alertava que a sentença de mérito não formava verdadeiramente um comando antes de transitada em julgada e, logicamente, não poderia se impor de forma a submeter as partes aos seus efeitos⁶⁰.

Dizia, ainda, que este comando formado pela incidência da coisa julgada não deveria ser definido a partir do senso comum como uma obrigação imposta à parte contra quem se constituiu o julgado, mas como um vínculo capaz de impedir esta de contestar o acerto no qual consistiu a decisão.

Isto significa que, segundo Francesco Invrea, a coisa julgada instituiria uma servidão negativa em relação à parte contra quem se decidiu, pois tornaria esta impedida de contestar o acerto realizado em seu desfavor, e positiva em relação à parte vencedora, uma vez que reconheceria o seu direito de ver a outra parte constantemente privada da faculdade de contestar o julgado que lhe foi favorável⁶¹.

24, 1932).

⁶⁰ “La decisione giudiziale è pertanto imposizione di servitù, e come imposizione essa è atto di volontà da parte del giudice, volontà che è conseguenza del sillogismo giuridico, sillogismo che terminando con una conclusione imposta a una parte nettamente si distingue dal parere, in cui il sillogismo termina con una conclusione che non è imposta.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 232, 1930). [trad. da autora: A decisão judicial é por esta razão a imposição da servidão, e como imposição é ato de vontade do juiz, vontade que é consequência do silogismo jurídico, silogismo que terminando com uma conclusão imposta a uma parte claramente se distingue da opinião, na qual o silogismo termina com uma conclusão que não é imposta.]

⁶¹ “... il soggetto del diritto di giudicato può avere: il vantaggio cioè di avere di fronte a sè una persona che non può *validamente* contestare il diritto del soggetto stesso, cioè che è *privata della facoltà di poterlo validamente contestare*. Si presenta quindi chiaramente qui la figura della servitù, e più specificamente della *servitù negativa*. (...) non deve riuscire difficile il comprendere come ben si attagli al *diritto del giudicato* il concetto di servitù attiva a favore de una parte, e de servitù, e di servitù passiva a carico dell'altra.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 232, 1930). [trad. da autora: ...o sujeito do direito de julgado pode ter: a vantagem de ter frente a si uma pessoa que não pode validamente contestar o seu direito, isto é que está privada da faculdade

Diante disso, este advogado leva a concluir que o fim imediato do processo não seria a composição ou acerto de um conflito, mas uma decisão de mérito passada em julgado ou não mais sujeita aos remédios impugnativos e apta a impor às partes as obrigações dela decorrentes.

Ademais, ele esclarecia que a servidão imposta pela coisa julgada seria perpétua, mas não o direito reconhecido no julgado. Isto porque esta servidão impediria para sempre a parte contra quem ela se impôs de contestar o acerto realizado naquele processo, contudo, não seria obstáculo para que fatos posteriores ao julgado servissem de argumento à impugnação do direito reconhecido na sentença. Cita como exemplo desses fatos a prescrição:

A perpetuidade da servidão do julgado consiste, assim, que a parte (e com essa cada um de seus argumentos) sobre quem se grava a servidão é privada para sempre da faculdade de impugnar (frente à outra parte) o acerto contido no julgado, acerto que consiste no reconhecimento de um direito subjetivo a favor do vencedor. Poderá, ao contrário, impugnar este direito subjetivo pelos fatos posteriores ao julgado e que o suprimiram (p. ex. pela prescrição sobrevinda em relação ao mesmo direito); mas não poderá contestar em si o acerto.

O direito que foi reconhecido na sentença poderá eventualmente (desde que se trate de direito prescritível) ser golpeado pela prescrição, segundo as normas de direito material. Mas em realidade não se trata de um direito nascente da sentença, porque o julgado como tal não dá lugar a outro direito novo senão à servidão do julgado a qual tem efeito, sobretudo no campo processual, e por seu caráter não é suscetível à prescrição.⁶²

de poder validamente contestá-lo. Apresenta-se, portanto, claramente aqui a figura da servidão, e mais especificamente da servidão negativa. (...) não deve ser difícil conseguir compreender tanto as adaptações do direito de julgado quanto do conceito de servidão ativa a favor de uma parte, e de servidão passiva a cargo da outra parte.].

⁶² [trad. da autora] “La perpetuità della servitù del giudicato consiste in ciò che la parte (e con essa ogni suo avente causa) su cui grava tale servitù è privata per sempre della facoltà d’impugnare (di fronte all’altra parte l’accertamento contenuto nel giudicato, accertamento che consiste nel riconoscimento di un diritto soggettivo a favore del vincitore. Potrà bensì impugnare questo diritto soggettivo, ma per fatti posteriori al giudicato, che abbiano distrutto questo diritto (p. es. per *prescrizione* sopravvenuta dal diritto stesso); ma non potrà contestare in sè l’accertamento. // Per contro il diritto che è riconosciuto dalla sentenza, potrà eventualmente (ove si tratti di diritto prescrivibile) essere colpito da prescrizione secondo le norme del diritto materiale. Ma in realtà non si tratta di un diritto nascente dalla sentenza, perchè il giudicato come tale non dà luogo ad altro diritto nuovo che alla servitù del giudicato la quale ha effetto soltanto nel campo processuale, e per il suo carattere non è suscettibile di prescrizione.” (INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 242, 1930)

Por fim, Francesco Invrea insinuou que no processo penal a constituição da coisa julgada determinaria o surgimento de uma servidão à pena, que sujeitaria o condenado a uma pena de natureza passiva, por exemplo à morte ou à prisão, mas sem constituir qualquer vínculo obrigacional a favor do Estado. Ao invés disso, entendeu que o vínculo advindo da coisa julgada consistiria sobretudo na privação do condenado de seu direito à vida ou à liberdade, ou na concessão ao Estado do direito de privar-lhe da vida corporal e da liberdade sem imposição de qualquer prestação e nos limites necessários para o exercício da atividade punitiva.⁶³

Veja-se que este autor com maestria utilizou o pensamento chiovendiano para explicar a jurisdição e indicou a coisa julgada como elemento apto a individualizá-la, entretanto, ao justificar a servidão imposta pelos atos jurisdicionais transitados em julgado no processo penal não conseguiu esclarecer de maneira adequada os seus efeitos.

Ao mencionar que a servidão imposta pela sentença condenatória criaria para o Estado um direito de privar o indivíduo de sua vida ou liberdade incorreu em erro, pois se sabe que o Estado não possui propriamente direito de punir, mas um poder de punir que se exerce na medida em que as penas são aplicadas e justificadas por práticas judiciárias que expressam um discurso hegemônico.

Esta discussão terá lugar mais adiante, quando se realizará uma abordagem política da jurisdição, por ora o que se pode apontar é a imprecisão técnica de Francesco Invrea ao falar do direito de punir do Estado, equívoco próprio de uma concepção contratualista, que analisa o poder a partir de um viés jurídico, mais especificamente como um direito que se possui e se pode delegar.

Aliás, ressalte-se que tal imprecisão não é suficiente para eclipsar o seu papel na construção de um conceito de jurisdição que destacasse o que nela há de essencial: a dicção do direito no caso concreto de maneira definitiva e

⁶³ INVREA, Francesco. **La servitù del giudicato**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 231-232, 1930.

irrevogável, independentemente da existência de uma lide.

Ademais, a crítica de Francesco Invrea anos mais tarde levaria não só o próprio Francesco Carnelutti a admitir a impossibilidade de sua Teoria Geral do Processo, como também serviria de inspiração aos demais objetivistas que jamais viram com bons olhos a idéia de que o poder jurisdicional atuaria para a composição de um conflito de pretensões.

1.2 A adaptação para o processo penal

1.2.1 O conceito construído em torno da lide penal

Sabe-se que alguns dos partidários da Teoria Geral do Processo, mesmo diante de sua ruína, não se deram por vencidos e resolveram perpetuá-la ainda que para isso fosse necessário imprimir-lhe algumas modificações.

Dentre tais adeptos, encontram-se alguns processualistas que decidiram redesenhar seus institutos de modo a adaptá-los ao processo penal e conseqüentemente permitir que seu arcabouço fosse utilizado para explicar as estruturas deste⁶⁴.

Logicamente, essas adaptações eram seguidas de uma justificativa nada convincente que argumentava ser possível a realização de um estudo unificado do direito processual civil e do direito processual penal, desde que consideradas as especificidades de cada um deles.

Ora, nem é preciso comentar que uma Teoria que considera as especificidades de cada um dos processos jamais será uma Teoria Geral do Processo, o que já se demonstrara nas discussões anteriores travadas entre subjetivistas e objetivistas.

O grande problema é que o sonho de uma teoria capaz de dar conta de todas as espécies processuais habitava o imaginário dos estudiosos da época, o que provocou certa resistência por parte de alguns em admitir que tal edifício não poderia ser construído.

Veja-se, por exemplo, o que ilustrava Giovanni Leone, em 1951, sobre a

⁶⁴ No que se refere à doutrina do processo penal, pode-se dizer que “embora em boa parte sustentasse um conteúdo subjetivo para caracterizar a jurisdição (cuja função primeira era compor o conflito entre direitos subjetivos), nunca viu com bons olhos a posição de CARNELUTTI. (...) Desse modo, embora tenha mantido a terminologia e parte da estrutura carneluttiana, a doutrina do processo penal trata de enveredar por outros fundamentos. Já não é mais a lide no processo penal, mas a lide penal, isto é, um conflito imanente entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do imputado.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. XIV e XVI).

Teoria Geral do Processo:

Rende-se aqui como oportuno acenar ao problema da unidade do processo civil e do penal. O problema vivamente apaixonou o mundo dos estudiosos, os quais se dividiram em campos opostos com indispensável tendência eclética ou intermediária.

Em verdade, o problema não tem razão de ser; e bastará esclarecer sobretudo o conteúdo da investigação para encontrar, em suma, todos de acordo. (...)

Tudo isto leva a reconhecer necessariamente que os pontos fundamentais, os pilares, do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo. A unificação do estudo e da sistemática de tais pilares conduz ao reconhecimento da legitimidade, senão da utilidade daquela teoria geral do processo, que como observava argutamente CARNELUTTI foi sobretudo iniciada, mas não terminada. (...)

b) mas não pode, igualmente, duvidar-se que largas, substanciais diferenças, às vezes até mesmo contraposições, verificam-se nos dois processos em relação à disciplina de vários institutos, os maiores ou menores poderes dos sujeitos processuais e das partes (basta confrontar o ministério público ao autor do processo civil), a maior ou menor extensão do poder de disposição, etc..⁶⁵

Aliás, ele foi um desses obstinados processualistas que para dar sobrevida à Teoria Geral do Processo emprestou roupagem nova aos seus institutos.

Num primeiro momento, tratou de redefinir o núcleo da velha Teoria e para tanto retirou dele os componentes privatistas engendrados por Francesco Carnelutti. Inseriu, portanto, em seu lugar, elementos compatíveis com a estrutura publicizada do processo penal.

Então, para definir o objeto da jurisdição no processo penal criou aquilo

⁶⁵ [trad. da autora] “Cade qui acconcio accenare al problema dell’unità del processo civile e di quello penale. Il problema ha vivamente appassionato il mondo degli studiosi, i quali si sono divisi in opposti campi con l’immancabile tendenza ecletica o intermedia. In verità, il problema non ha ragion d’essere; e basterà chiarire soltanto il contenuto dell’indagine per trovare, in sostanza, tutti concordi. (...) Tutto ciò porta a riconoscere necessariamente che i punti fondamentali, i pilastri dell’ordinamento processuale sono comuni ai due tipi di processo. L’unificazione dello studio e della sistemática di tali pilastri conduce al riconoscimento della legittimità, anzi della utilità di quella teoria generale del processo, che, come osservava acutamente il CARNELUTTI, è soltanto iniziata, ma no compiuta(...) b) ma non può, del pari, dubitarsi che larghissime, sostanziali differenze, talora perfino contrapposizioni, si riscontrano nei due processi per quanto concerne la disciplina dei vari istituti, i maggiori o minori poteri dei soggetti processuali e delle parti (basta raffrontare il publico ministero all’attore del giudizio civile), la maggiore o minore estensione del potere de disposizione, ecc.” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 03).

que se conhece como lide penal⁶⁶ e salientou que este conceito tinha justamente por fundamento a indisponibilidade dos interesses em discussão no juízo criminal de primeira instância.

Esclarecia que tal indisponibilidade se verificava como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre a sorte da relação processual e da relação material deduzida em juízo⁶⁷.

Ademais, justificava que esta característica se opunha à disponibilidade própria do conteúdo do processo civil, que não tinha em si uma carga inquisitória e não tratava de interesses de altíssima importância como o processo penal.

Pormenorizava, ainda, que os desdobramentos da indisponibilidade poderiam ser observados no processo penal mediante o estudo das várias imposições que surgiriam para os sujeitos processuais.

Segundo Giovanni Leone, ao Ministério Público se prescreveria a obrigação de promover a ação penal, não desistir da atuação ao longo do processo, não vincular a decisão do juiz com seus pedidos e pareceres; ao imputado o impedimento de aceitar extra-judicialmente a aplicação da pena, de

⁶⁶ “A tese de LEONE, não bastasse ter conseguido (às custas de uma premissa muito discutível, é verdade) uma coerência pouco vista anteriormente, na construção de um processo penal científico, seduz à primeira vista, não só por manter uma considerável distância do direito processual civil, reservando particularidades do direito processual penal, como igualmente por não penetrar em pontos comuns a um ponto capaz de imolar seus dogmas. Salva, ademais, a já indigente ciência do processo penal de ter que suportar mais uma humilhação se aceita as novas idéias (na época) CARNELUTTI, encaminhadas na direção de tornar o processo penal mais um daqueles casos onde a jurisdição é voluntária, ou seja, qualquer coisa de abominável. Para espantar o perigo, nada mais simples que estabelecer uma lide penal intocável e garantir, mesmo dentro estritamente do pensamento carneluttiano sobre a jurisdição, o processo penal como contencioso.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Juruá: Curitiba, 1989, p. 94).

⁶⁷ “Il principio di indisponibilità dell’oggetto del processo va pacificamente inteso come esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto in giudizio.” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 29). [trad. da autora: O princípio da indisponibilidade do objeto do processo se encontra pacificamente acordado como exclusão de qualquer poder das partes de influir com seu próprio comportamento sobre a sorte seja da relação processual seja da relação material deduzida em juízo.].

renunciar as garantias processuais e de com seu comportamento vincular a decisão do juiz, mesmo que tenha confessado a prática do delito, e ao juiz a prerrogativa de prescindir da conduta processual das partes na formação do material de cognição e dispensar os pedidos das partes no momento de proferir a sentença.⁶⁸

Por conseguinte, de acordo com o autor, essas várias imposições gerariam comportamentos dos sujeitos processuais que tornariam o conteúdo do processo penal, mais especificamente a chamada lide penal, um conflito indefectível entre os interesses do Estado e do imputado, que por sua vez seria totalmente independente do conflito contingente que se poderia travar entre as

⁶⁸ “Il principio di indisponibilità nel processo penale si snoda nel modo que segue: A) Il pubblico ministero: a) ha l’obbligo di promuovere l’azione penale, anche nel caso di reputata infondatezza della *notitia criminis*; b) non può rinunciare all’azione penale già promossa; c) non può, con le richieste e con i suoi pareri, vincolare la decisione del giudice, il quale può condannare nonostante la richiesta di proscioglimento del pubblico ministero. B) L’imputato: a) non può convenzionalmente o extragiudizialmente accettare la pena e non può correlativamente rinunciare alla garanzia giudizionale e neppure alla sola fase del giudizio; b) non può col suo comportamento vincolare la decisione del giudice, il quale può prosciogliere nonostante la confessione dell’imputato. C) Il giudice: a) una volta che sai investito dell’azione penale, della domanda cioè di emettere una decisione su una determinata *notitia criminis*, è tenuto a condurre il rapporto processuale fino in fondo (cioè fino alla sentenza), senza riconoscere alcuna efficacia agli eventuali atti ritrattatori dell’azione; b) deve, nella formazione del materiale di cognizione, prescindere dalla condotta processuale delle parti. Infatti, durante l’istruzione la sua ricerca del materiale di cognizione è perfettamente libera... c) deve, nella decisione, prescindere dalle richieste delle parti, potendo condannare anche in caso di requisitoria di assoluzione del pubblico ministero e prosciogliere anche in caso di confessione dell’imputato o di su richiesta di condanna.” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 29). [trad. da autora: O princípio da indisponibilidade no processo penal se desdobra da seguinte maneira: O Ministério Público: a) tem a obrigação de promover a ação penal, mesmo nos casos em que entende infundada a *notitia criminis*; b) não pode renunciar à ação penal já promovida; c) não pode, com seus pedidos ou pareceres, vincular a decisão do juiz, o qual pode condenar independentemente do pedido de absolvição do Ministério Público. B) O imputado: a) não pode convencionalmente ou extra-judicialmente aceitar a pena e não pode correlativamente renunciar à garantia jurisdicional e nem mesmo a uma fase do processo; b) não pode com seu comportamento vincular a decisão do juiz, o qual pode absolver inobstante a confissão do imputado. C) O juiz: a) uma vez provocado pela ação penal, isto é, demandado, deverá emitir decisão sobre uma *notitia criminis*, deve conduzir o processo ao seu fim (ou seja até uma sentença), sem reconhecer qualquer eficácia às eventuais retratações da ação; b) deve, na formação do material de cognição, prescindir da conduta processual das partes. Em realidade, durante a instrução, sua investigação do material de cognição é completamente livre... c) deve, na decisão, prescindir da demanda das partes, podendo condenar ainda nos casos em que for pedida pelo Ministério Público a absolvição e absolver ainda nos casos em que o imputado confessar ou pedir sua condenação.].

pretensões do Ministério Público e do imputado.⁶⁹

Em suas palavras, “no processo penal, portanto, subsiste sempre um conflito, um contraste de interesses, ainda que a atitude das partes seja tal que não o concretize: o contraste entre o direito subjetivo de punir do Estado e o direito de liberdade do imputado.”⁷⁰ Completava, ainda, que este conflito surgiria no momento da prática do crime e sobre ele é que se exerceria a jurisdição, não sobre aquele que poderia ou não se travar entre Ministério Público e imputado.

Elucidava, portanto, que nesta idéia se inspirava a opinião prevalente que defendia ser o Ministério Público responsável por deduzir a pretensão punitiva do Estado e o imputado a contra-pretensão de liberdade, sem que isso vinculasse o comportamento do funcionário que personifica o referido órgão no processo e o da pessoa acusada de um delito, até porque tal comportamento seria irrelevante para um processo penal de matriz inquisitorial.

Por fim, resumia que o conteúdo do processo penal seria uma lide penal, a qual não deveria significar um conflito aparente de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual

⁶⁹ “Le osservazioni che precedono portano a stabilire che nel processo penale si delineano due situazioni diverse: una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell’imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto.” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 31). [trad. da autora: As observações precedentes levam a estabelecer que no processo penal se delineiam duas situações diversas: uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre Ministério Público e imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou dela se afastar completamente.].

⁷⁰ [trad. da autora] “Nel processo penale, pertanto, sussiste sempre un conflitto, un contrasto di interessi, ancorchè l’atteggiamento delle parti sia tale da non farlo delineare: il contrasto tra il diritto soggettivo di punire dello Stato e il diritto di libertà dell’imputato.” (LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 32).

pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente.”⁷¹

Não por outro motivo, definia a jurisdição como o “poder de resolver com decisão fundamentada o conflito entre o direito punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado em conformidade com a norma penal.”⁷²

Note-se que este processualista diagnosticou de maneira irrepreensível o que verdadeiramente ocorre num processo penal de essência inquisitória: o juiz exerce a jurisdição independentemente do comportamento das partes, que nesta estrutura são meramente formais.

Porém, ao traduzir o conteúdo do processo penal como um conflito imanente e indisponível entre o direito estatal de punir e o direito do cidadão de manter sua liberdade, ainda que a atuação concreta das partes não expresse este conflito, acabou por legitimar a inquisitorialidade do processo penal.

Veja-se que ao presumir tal imanência e indisponibilidade, porque no processo penal estariam em conflito valores relevantes à sociedade, Giovanni Leone abriu espaço para respaldar uma atuação jurisdicional que desprezaria por completo a atuação das partes e que gestionaria toda a prova de modo a permitir a ocorrência do fenômeno que se convencionou chamar de primado das hipóteses sobre os fatos⁷³, isto é, conceder ao julgador “a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente a prova necessária para justificar a decisão.”⁷⁴

Além desses argumentos, que denotam o caráter totalitário da teoria

⁷¹ [trad. da autora] “...una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) dell’imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto.”(LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 31).

⁷² [trad. da autora] “La giurisdizione penale è la potestà di risolvere con decisione motivata il conflitto tra il diritto punitivo statale ed il diritto di libertà dell’imputato in conformità alla norma penale.” (LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto processuale penale**. Napoli: Jovene, 1988, p. 65).

⁷³ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25.

leoniana, existem aqueles de ordem técnica que demonstram a sua inabilidade para superar as críticas feitas a Francesco Carnelutti quando dizia que a jurisdição tinha por escopo a composição de uma lide.

Primeiramente, porque não consegue explicar satisfatoriamente a atuação jurisdicional naqueles processos em que o acusado arrependido da prática do crime tem interesse em sua punição, ou ainda, quando o Ministério Público vem ao processo apenas para pedir a absolvição deste, isto é, em que não está presente o conflito entre as partes.

Ora, a presunção de que sempre o Estado estaria em conflito com o imputado viola inclusive o princípio da presunção de inocência, pois somente será imposta a punição estatal àquele que for identificado como culpado e isso acontecerá apenas no final do processo.

Ademais, não se pode deslembrar que também é dever do Estado zelar pela liberdade do imputado, o que poderia causar distorção à tese leoniana e estabelecer como conteúdo do processo um conflito de interesses estatais. Inclusive, na própria Itália da época poderia o Ministério Público desistir do recurso interposto quando estivesse convencido da inocência do acusado em relação às imputações contra ele deduzidas.

Num segundo momento, é preciso ressaltar que a teoria de Giovanni Leone não serviria para explicar, por exemplo, o que ocorre no sistema processual brasileiro, em que se permite às partes disporem sobre o conteúdo do processo nos casos de ação penal de iniciativa privada e, ainda, naqueles de ação penal pública em que há possibilidade de transação penal.

Apesar das insuficiências desta teoria, não se pode deixar de observar que ela teve inúmeros adeptos, dentre eles Girolamo Bellavista, que concordava com a necessidade “de uma teoria geral do direito processual, que não pode logicamente elaborar-se transportando *sic et simpliciter* os princípios e as construções do direito processual civil ao penal e vice-versa, mas sobretudo elevando-se a uma síntese que, colhendo os caracteres comuns aos institutos dos

dois processos, elabora um conceito de *genus* que subsuma *le species*, mas não excluindo as peculiaridades próprias de cada espécie.”⁷⁵

Este discípulo de Giovanni Leone criticava, inicialmente, as teses carneluttianas de que o conteúdo do processo penal seria uma lide entre imputado e parte lesada ou mero *affare*⁷⁶

Asseverava, neste sentido, que a lide era tanto o conteúdo do processo civil quanto do penal, porém tratava de adaptar a velha concepção construída por Francesco Carnelutti às situações que segundo ele se delineavam nesta espécie de processo, a primeira era uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade jurídica do imputado, e a segunda uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir ou não a primeira situação.

Deste modo, defendia que “o conflito de interesses, e isto é a lide, não só existe no processo penal, mas existe na forma mais rígida e macroscópica, por causa da indisponibilidade do objeto do processo, pelo valor social e pela posição dialética das instâncias em que os próprios interesses são regulados. *Interest reipublicae* a punição do culpado, mas *interest reipublicae* aos pares a liberdade do cidadão.”⁷⁷

⁷⁵ [trad. da autora] “...di una teoria generale del diritto processuale, che non può logicamente elaborarsi trasportando *sic et simpliciter* i principi e le costruzioni dila diritto processuale civile al penale e viceversa, ma soltanto elevandosi ad un sintesi che, cogliendo i caratteri comuni agli istituti dei due processo, elabori un concetto di *genus* che assuma *le species*, pur non escludendo la peculiarità proprie ad ognuna d’esse.” (BELLAVISTA, Girolamo. **Il litigante temerário nel processo penale**. Studi sul processo penale. Milano: Giuffrè, 1952, p. 05).

⁷⁶ “Non ocrrerebbe altro per il Carnelutti per stabilire che il processo penale si trova in una posizione intermedia fra il processo contenzioso e il processo volontario: la sua materia non è un ‘affare’ come accade per quest’ultimo, ma neanche una ‘lite’ come per il primo...” (BELLAVISTA, Girolamo. **Il litigante temerário nel processo penale**. Studi sul processo penale. Milano: Giuffrè, 1952, p. 10). [trad. da autora: Não ocorreria outra coisa para Carnelutti estabelecer que o processo penal se encontra numa posição intermediária entre o processo contencioso e o processo voluntário: a sua matéria não é um ‘affare’ como acontece com este último...]

⁷⁷ [trad. da autora] “...il conflitto di interessi, e cioè la lite, non solo esiste nel processo penale, ma esiste nella forma più rigida e macroscopica, a causa della indisponibilità dell’oggetto del processo, per il valore sociale e la posizione dialettica delle istanze che agli interessi stessi sono ricollegate. *Interest reipublicae* la punizione del colpevole, ma *interest*

Além disso, complementava que a lide no processo penal tinha um caráter diferenciado justamente pela natureza dos interesses nela envolvidos, pois não se poderia negar que apesar do Estado ter interesse em punir o culpado pela prática de um crime, também tinha interesse em preservar a liberdade do imputado, conforme estabelecido na própria Constituição quando expressamente resguardava o princípio da presunção de inocência.

Note-se que para Girolamo Bellavista o fato dos interesses envolvidos na lide serem unicamente de ordem estatal só demonstrava os motivos da indisponibilidade do conflito, mas não era suficiente para afastar a sua existência deste e nem para rechaçar a idéia de que o escopo da jurisdição neste caso seria a sua resolução.

Portanto, concluía que no processo penal existiria uma lide latente, que nunca faltaria, representada pelo conflito entre o interesse punitivo do Estado e o interesse do imputado à liberdade, e uma lide eventual ou acidental, que poderia se desenvolver mediante o contraste de pretensões entre o Ministério Público e o imputado. Finalizava, ainda, a ressaltar que o desenvolvimento do processo penal independeria desta segunda lide, vista como uma farsa, uma vez que dentro do Ministério Público estaria sempre o interesse estatal em manter a liberdade dos cidadãos, independentemente do posicionamento concreto que tais sujeitos assumam.

Veja-se que o pensamento de Girolamo Bellavista e de Giovanni Leone convergiam em justa medida, mas negligentemente portavam as mesmas incorreções.

Apesar disso, esta concepção de lide penal atravessaria um oceano e aportaria no Brasil pelas mãos dos discípulos de Enrico Tullio Liebman⁷⁸, um processualista civil que estendeu sua convivência aos processualistas brasileiros

reipublicae del pari la libertà del cittadino.” (BELLAVISTA, Girolamo. **Il litigante temerário nel processo penale**. Studi sul processo penale. Milano: Giuffrè, 1952, p. 14).

⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1952. _____. **Manuale di diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.

e que durante muitos anos, quem sabe até sem se dar conta, emprestou seu olhar também àqueles que tinham por objeto o processo penal.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, este professor italiano trouxe ao país “uma consciência desse fenômeno chamado processo, vendo-o pelos seus olhos de processualista civil. (...) Nesse diapasão, tudo foi montado, no nosso processo penal, com aquela consciência antes aludida, influenciando, por falta de outra opção, a todos. Enfim, não há hoje no país, salvo exceções por nós desconhecidas, nenhum processualista (e por que não dizer jurista), em certa medida liebmaniano.”⁷⁹

Por tudo isso, pode-se dizer que os importantes estudos desenvolvidos por Enrico Tullio Liebman na esfera do processo civil serviram de substrato para que os processualistas desta terra desenvolvessem uma tardia teoria geral do processo, que obviamente jamais alcançou o esplendor daquela concebida por Francesco Carnelutti.

Isto porque não foi possível uma adequação de seu arcabouço teórico a objeto tão particular como o processo penal brasileiro, que inclusive exigia e exige até hoje uma leitura a partir de sua base inquisitória construída nos momentos ditatoriais pelos quais passou este país.

Em razão disso, o que se tem é a reprodução desta frágil teoria geral do processo, que imprime aos seus adeptos aquela velha postura de que sua aplicação depende invariavelmente de sua adaptação às especificidades de cada processo. Tanto isso é verdade que boa parte dos processualistas penais brasileiros, apesar de adotar o conceito de lide penal para traduzir o conteúdo do processo penal, não deixa de fazer constar em seu conceito de jurisdição elementos da tese chiovendiana.

Veja-se, por todos: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 11-13; TORNAGHI,

⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119.

Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, II, p. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 4; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 11-12, e outros.

Aliás, o que se percebe do estudo destes autores é um paulatino distanciamento do caráter contencioso da jurisdição, resgatado do pensamento medieval por Francesco Carnelutti, e uma aproximação da finalidade que lhe foi atribuída pelos objetivistas, isto é, a de aplicar a lei aos casos concretos de maneira irrevogável e definitiva, ainda que para muitos a lide continue a ser o conteúdo do processo.

1.2.2 A jurisdição distante dos conflitos

Para entender de maneira precisa este desembarcar da tese carneluttiana deste lado do oceano atlântico, faz-se necessário um estudo, ainda que breve, do que escreveram e escrevem os autores brasileiros responsáveis pela reprodução da teoria geral do processo neste país.

A começar por Frederico Marques que em 1960 constatava orgulhosamente que raros, senão raríssimos, eram aqueles processualistas que negavam a existência de uma teoria geral do processo a que se subordinariam tanto o direito processual civil como o direito processual penal⁸⁰.

Ademais, salientava ele que nem “poderia ser de outra forma, porque o *processo*, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha como conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal.”⁸¹

Atente-se que suas palavras traduziam de maneira exata o pensamento

⁸⁰ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 07.

⁸¹ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 07.

engendrado vinte anos após a edição do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, isto é, quando começava a ser sistematizado pela primeira vez o estudo do processo penal neste país.

Tem-se conhecimento que até meados do século passado os penalistas brasileiros se aventuravam na esfera do processo penal como praxistas acostumados a um sistema policialesco, herança da legislação de 1841⁸². Não existia qualquer preocupação por parte deles com a cientificidade do direito processual penal, que inclusive por muitos era tratado como mero apêndice do direito penal.

Segundo Frederico Marques, o “direito processual pátrio teve uma fase de prática forense e praxismo muito acentuada” e neste momento o processo “tinha o significado empírico que possuía, de início, a *procédure* dos franceses.”⁸³

Explicava ele que neste contexto os juristas tratavam o processo penal como objeto do Direito Judiciário, disciplina que se preocupava exclusivamente com o estudo das formas utilizadas para se acusar, demandar, defender e agir perante o poder judiciário.

Aliás, não se pode esquecer que Frederico Marques foi um dos que lutou incansavelmente pela superação desta visão praxista que reduzia o fenômeno processual a um emaranhado de fórmulas, inclusive foi o primeiro brasileiro a utilizar a nomenclatura Direito Processual Penal para designar a disciplina jurídica que tinha por objeto o processo penal⁸⁴.

⁸² A Lei nº 261, de 30 de novembro de 1841, foi responsável pela reforma do Código de Processo Criminal do Império e instituiu um sistema que concentrava poderes nas mãos da polícia, responsável inclusive pelo julgamento de infrações menos graves. V. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. São Paulo: Jalovi, 1983.

⁸³ MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 09.

⁸⁴ Frederico Marques ilustrava tal feito a dizer que, ao contrário do que ocorreu no processo civil, no “processo penal, porém, nenhum ainda adotou essa terminologia: dos modernos, Vicente de Azevedo preferiu *Apostilas de Direito Judiciário Penal*, enquanto Hélio Tornaghi denominou *Processo Penal*, ao monumental tratado que está escrevendo.”

Entretanto, todo seu esforço para libertar o direito processual penal do estigma de direito adjetivo ou mero anexo do direito penal não foi capaz de conceder-lhe a tão sonhada autonomia como disciplina jurídica, uma vez que incautamente enveredou pelos caminhos da teoria geral do processo e não conseguiu demonstrar as particularidades de seu objeto.

Note-se que a escolha de Frederico Marques por este rumo acidentado levou boa parte de seus sucessores a encarar o processo penal com os olhos do processo civil, uma vez que as lentes da teoria geral do processo foram lapidadas para este enxergar.

Então, a partir deste momento os institutos do processo penal brasileiro passaram a ser tratados como meras réplicas daqueles concebidos na esfera do processo civil e nesta medida também foram propositadamente ignoradas as suas nuances inquisitórias⁸⁵, já que não encontravam correspondência no sistema processual civil pátrio.

Diante de tudo isso, é possível concluir que ao longo de todos esses anos os olhos acadêmicos estiveram voltados ao processo de criminalização e ao processo civil, sem que fosse reservada ao processo penal sequer uma rápida mirada.

Como aludido, tal cegueira imprimiu na teoria construída para explicá-lo inevitável fragilidade e deste modo o relegou a posição primeiramente de apêndice do direito penal, isto é, de mero conjunto de procedimentos destinados

(MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 06).

⁸⁵ Veja-se, por todos, Frederico Marques: “Como o processo penal, segundo dizia João Mendes Júnior, nada mais é que a aplicação dos princípios constitucionais, patente está que as leis ordinárias do direito judiciário penal, em nosso país, devem consagrar, em face das garantias acima expostas, o sistema acusatório, e repelir, por isso mesmo, o procedimento inquisitivo, tanto mais que, estatuída a separação e independência de poderes, no art. 36, o órgão julgador encarna uma função soberana do Estado, distinta dos demais poderes.” (MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 25). Ressalte-se que este processualista brasileiro costumava fundar seus posicionamentos nos estudos do italiano Vincenzo Manzini, responsável pela elaboração do Código Rocco, que serviu de base ao Código de Processo Penal Brasileiro: MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano**. 5. ed. Torino: Utet, 1956.

à aplicação da sanção penal, e num segundo momento de ordinário reflexo do direito processual civil.

Este fenômeno se pode atestar nas situações mais corriqueiras, como numa visita às estantes de uma livraria em que se empilham os livros de direito processual penal no espaço reservado às obras de direito penal, ou na leitura dos autores mais manuseados pelos alunos das Faculdades de Direito, os quais desavisados pregam que o Direito Processual Penal se relaciona “com o Direito Processual Civil por serem ramos do mesmo tronco, de tal sorte que hoje se fala em Teoria Geral do Processo como disciplina para o estudo dos institutos básico dos dois ramos.”⁸⁶

Certamente, toda esta crítica só serve para lembrar que a opção equivocada pela teoria geral do processo se reflete também no momento de definir a jurisdição penal e impõe falta de criatividade à grande maioria dos autores que procura refúgio em formulações prontas para o processo civil e incapazes de explicar o exercício do poder jurisdicional no processo penal.

Contudo, como já mencionado, esta adesão aos conceitos de jurisdição construídos para o processo civil não ocorre de maneira irrestrita, até porque as críticas objetivistas feitas à teoria geral do processo também surtiram efeitos por aqui.

Em geral, o que se tem são conceitos ecléticos que reúnem elementos da teoria geral do processo e da crítica objetivista, isto é, definições que mais parecem colchas de retalhos e no fundo não explicam nada, não dão conta do que pretendem delinear.

Isso se confirma na leitura das definições engendradas por boa parte dos atuais processualistas que por um lado apontam a dicção do direito no caso concreto como escopo da jurisdição e por outro defendem que esta deve atuar para resolver uma lide ou reconhecer pretensões, sempre a repetir o que em

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34.

meados do século passado professava Frederico Marques.

Ressalte-se que este processualista conceituava o atuar jurisdicional como “função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão.”⁸⁷ Explicava, ainda, que se “alguém exige a subordinação de interesse próprio, surgindo assim a pretensão, e invoca para isso a tutela estatal, é evidente que o órgão público destinado a examinar a pretensão irá decidir do caso aplicando as normas que o regulam.”⁸⁸

Além disso, salientava nos moldes chiovendianos que outras duas importantes características particularizavam a jurisdição, primeiramente a imutabilidade que seus efeitos poderiam adquirir por meio da coisa julgada e num segundo plano a substituição que realizava em relação às partes litigantes, a qual na esfera penal segundo ele se operaria “em relação ao Estado-administração, titular do direito de punir, e o acusado, titular do direito de liberdade.”⁸⁹

Basta observar com um pouco de atenção os estudos de Frederico Marques para perceber que existem algumas incongruências entre a sua forma de definir o atuar jurisdicional e a tese carneluttiana neles expressamente aclamada, bem como algumas incorreções quando se refere ao pensamento de Giuseppe Chiovenda.

Como já mencionado, o próprio Francesco Carnelutti, após as críticas de Francesco Invrea, admitiu que a jurisdição contenciosa somente seria exercida quando houvesse um conflito de pretensões. Portanto, não seria compatível com a teoria geral do processo a idéia de que bastaria uma pretensão para justificar o atuar jurisdicional, tal como defendido por Frederico Marques.

Ademais, não se pode deixar de registrar que a função substitutiva da

⁸⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 180.

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 180.

⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 182.

jurisdição apontada por Giuseppe Chiovenda não se resumiria à mera substituição das partes na resolução de seus conflitos, como ressaltou o processualista brasileiro, principalmente quando se está a tratar de seu exercício no processo penal.

Não obstante às críticas que mais adiante serão tecidas sobre este caráter secundário imposto ao atuar jurisdicional, é preciso deixar claro que Giuseppe Chiovenda, assim como Calda⁹⁰, atribuía à jurisdição tarefa de substituir não somente as partes, mas todos os cidadãos, ao afirmar diante do caso concreto a vontade da lei.⁹¹

Juntamente com Frederico Marques, Helio Tornaghi despontou na empreitada de sistematização do direito processual penal e, numa posição melhor demarcada, definia em termos objetivistas a jurisdição como um poder jurídico capaz de manifestar a soberania do Estado e que teria por contraposto o *status subiectionis* do indivíduo. Mais especificamente, esmiuçava que o atuar jurisdicional seria uma das funções do Estado com o escopo de fazer atuar a vontade concreta da lei.⁹².

Entretanto, malgrado a fidelidade que demonstrou em relação às suas fontes, ao fazer um apanhado histórico do conceito de jurisdição desde a civilização romana, não deixou de salientar no rastro da teoria geral do processo que a jurisdição teria como finalidade ainda que mediata a composição de conflitos de interesses.

⁹⁰ CALDA, Alberto. **I concetti di giurisdizione e d'azione**, Bologna: Cooperativa Tipografica Azzoguidi, 1910, p.21 *apud* CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 297.

⁹¹ “...la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell’attività *intelletiva* del giudice all’attività *intellettiva* non solo delle parti ma di tutti i cittadini nell’affermare esistente o no esistente una volontà concreta di legge concernenti le parte.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 297). [trad. da autora: ...a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes mas de todos os cidadãos em afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes.].

⁹² TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 217.

Em suas palavras, os vários fins atribuídos à jurisdição pelas teorias processuais não estariam em contradição, mas se completariam a demonstrar que o mesmo objeto possui diversos aspectos. Entretanto, em busca de justificativa para seus argumentos dizia que apenas um desses fins seria essencial, específico e imediato e para identificá-lo seria necessário levar “um pouco adiante a consideração feita por Chiovenda.”⁹³

No mesmo sentido, defendia que em toda obra seria preciso distinguir o fim almejado pelo obreiro (*finis operantis*) e o fim ao que se destina a própria obra (*finis operis*):

Quando o artista dedica o tempo e o engenho à produção de uma estátua, pode ter em mente inúmeras finalidades; alcançar a glória, ganhar dinheiro, fazer um presente etc. É o alvo a que visa, o *finis operantis*. Outra coisa é o fim da estátua: ornar um túmulo, enfeitar um salão, guarnecer um altar. É *finis operis*. O que o Estado teve em mira ao chamar a si a jurisdição foi proteger a ordem jurídica, o Direito em si mesmo, objetivamente; foi evitar que, pela autodefesa, fosse perturbada a coexistência harmônica. O *finis operantis* é, pois, tutelar o Direito objetivo. Para isso o Estado institui um órgão cujo fim (*finis operis*) é o de substituir-se aos particulares, impondo-lhes a vontade que ele próprio formula (jurisdição de equidade) ou declara (jurisdição legal). Claro que, como corolário dessa proteção ao direito, à ordem jurídica, decorre amparo a interesses individuais, a direitos subjetivos. Mas isto é antes um resultado da atividade jurisdicional que o próprio fim dela.⁹⁴

Em suma, Hélio Tornaghi afirmava que a jurisdição penal por um lado tinha como finalidade imediata a proteção da ordem jurídica, do direito objetivo, e por outro como finalidade secundária o resguardo de interesses individuais, isto é, a resolução de conflitos relativos a bens.

O grande entrave é que no processo penal a jurisdição ao atuar jamais resguarda interesses individuais, até porque as partes em hipótese alguma podem expressar interesse em relação à aplicação de uma pena. Ora, sabe-se há muito que conforme a teoria carneluttiana somente se expressa interesses em

⁹³ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 228.

⁹⁴ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 228-229.

relação a bens e estes certamente não pode ser objeto de discussão no processo penal. Além disso, o Estado é detentor do monopólio da aplicação das penas e isso impede que as partes manifestem qualquer comportamento destinado à sua concretização.

Portanto, o que se constata é uma tentativa frustrada deste processualista brasileiro em superar as imprecisões cometidas por Frederico Marques, uma vez que descuidadamente cai no velho artil da teoria geral do processo, a qual faz migrar do direito privado para o direito processual penal a noção de interesse, completamente incompatível com a estrutura publicista deste.

Outra autora que não resistiu aos encantos da tese carneluttiana foi Ada Pellegrini Grinover, a qual faz até hoje imenso esforço teórico para de forma definitiva consolidar a teoria geral do processo no Brasil, inclusive com a publicação ininterrupta do conhecido manual que escreveu, em co-autoria com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, sob o título “Teoria Geral do Processo.”⁹⁵

Todavia, atualmente esta processualista tem se mostrado reticente em relação aos estudos de Francesco Carnelutti quando se trata de definir a jurisdição penal, pois deixa claro que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função a que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado⁹⁶.

Veja-se que em nenhum momento ela esboça ser a resolução de lides

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

finalidade essencial da jurisdição e elemento caracterizador de seu exercício, ao contrário, quando trata do assunto explica que a função jurisdicional em grande número de casos atua para resolver uma lide que a parte interessada deduz ao Estado e pede provimento a respeito, mas não em todos.

Aliás, em relação ao processo penal deixa claro que nem todos os processualistas acreditam na lide como seu conteúdo e desta forma não entendem como correto afirmar que a jurisdição tem como escopo principal a sua resolução⁹⁷. Completa, ainda, que ao invés de lide penal é preferível falar em controvérsia:

Quem admitir que existe a lide penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa com quando o órgão da acusação pede a absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais. Em vez de “lide penal” é preferível falar em controvérsia penal.⁹⁸

Como os demais processualistas brasileiros, ela expressa um posicionamento supostamente eclético, que busca relacionar idéias desenvolvidas pelos objetivistas e subjetivistas sobre processo e jurisdição e pelas razões já expendidas fadado ao fracasso⁹⁹.

⁹⁷ Note-se que as seis primeiras edições da Teoria Geral do Processo, de autoria desta processualista, demonstravam uma adoção irrestrita aos estudos carneltutianos, pois afirmavam: “Assim, é sempre uma lide que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.), vem a juízo pedir que seja proferido um provimento que, eliminando a resistência, solucione a lide.” (GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 86).

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.134.

⁹⁹ No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete ressalta que a jurisdição é a faculdade que tem o poder judiciário de pronunciar a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão. (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 34). Fernando da Costa Tourinho Filho, outro autor assim como o primeiro amplamente manuseado nas Faculdades de Direito e nos Tribunais, nos mesmos termos escreve que como poder a jurisdição é uma emanção da soberania nacional; como função é uma incumbência do juiz de aplicar a lei aos casos concretos e como atividade é toda a diligência do juiz no processo, visando a dar a cada um o que é seu. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49). Enfim, ambos os autores seguem os ensinamentos perpetrados desde Frederico Marques e consolidados pela processualista Ada Pellegrini Grinover.

Sabe-se que para Francesco Carnelutti a lide era o núcleo de sua tese e, conseqüentemente, deveria guiar a definição de todos os institutos concebidos sob a égide da teoria geral do processo. Isto significa que não se poderia conceituar a jurisdição sem dizer que seu exercício estaria primordialmente destinado à resolução de lides, sob pena de desestruturação do seu edifício teórico¹⁰⁰.

Deste modo, ao adotar um conceito essencialmente chiovendiano e tornar secundário o aspecto contencioso da jurisdição penal, Ada Pellegrini Grinover expôs novamente a debilidade da tese carneluttiana para elucidar as particularidades do atuar jurisdicional no processo penal e, inevitavelmente, colocou em dúvida a validade do imenso arcabouço da teoria geral do processo.

Sem dúvida alguma esta processualista, tal como os demais estudiosos brasileiros que pensam como ela, não conseguiu tirar as lentes liebmanianas e incorreu no mesmo equívoco de mirar o processo penal com os olhos privatistas da teoria geral do processo. É verdade que tentou superar várias vezes esta miopia, inclusive quando utilizou o conceito chiovendiano para definir o exercício da jurisdição penal, contudo seu esforço não foi suficiente já que continuou a defender o conflito de pretensões como conteúdo do processo penal.

Enfim, em análise ao pensamento desses três autores é possível diagnosticar que os processualistas brasileiros têm consciência das imperfeições da tese carneluttiana e só não a abandonam por medo de assumir a responsabilidade de construção de uma nova teoria geral do direito processual penal.

Assim, o que se percebe nos estudos brasileiros é uma adoção hesitante

¹⁰⁰ Além do mais, o próprio Francesco Carnelutti refutou a noção de controvérsia por que expressava mera diferença de opiniões cuja resolução não ocorreria por meio do atuar jurisdicional. (CARNELUTTI, Francesco. **Lite e fusione processuale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, p. 23 e ss., 1928).

da teoria geral do processo e, conseqüentemente, um paulatino afastamento de seus conceitos quando se trata de definir os elementos do processo penal, principalmente à jurisdição que por meio dele se exerce.

Aliás, a perpetuação deste estado de coisas é também incentivada por aqueles que não querem desvendar a inquisitorialidade do processo penal e insistem numa acusatorialidade forjada pela analogia com o processo civil.

Por outro lado, é verdade que existem alguns processualistas que estão a ganhar espaço no cenário nacional com a defesa de uma teoria geral do direito processual penal, ou seja, de uma visão nítida dos institutos do processo penal e distanciada das velhas e embaçadas lentes que o atrelavam ao processo civil.

Dentre todos eles se destaca Rogério Lauria Tucci que tem lutado para se libertar das amarras da teoria carneluttiana e foi inclusive responsável pela publicação de uma obra intitulada “Teoria Geral do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal”¹⁰¹.

Entretanto, no momento de definir a jurisdição demonstra que continua preso ao processo civil, pois assevera que se trata esta de uma “função estatal inerente ao poder-dever de realização de justiça, mediante atividade substitutiva de agentes do Poder Judiciário - juízes e tribunais -, concretizada na aplicação do direito objetivo a uma relação jurídica, com a respectiva declaração, e o conseqüente reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito subjetivo material de um dos titulares das situações (ativa e passiva) que a compõem.”¹⁰²

Ora, sabe-se bem que a jurisdição ao atuar no processo penal não reconhece ao final o direito de punir do Estado, mas simplesmente expressa o seu poder de aplicar penas, desta maneira seria incoerente afirmar que ao aplicar o direito objetivo o juiz está a declarar, reconhecer, assegurar ou satisfazer um direito subjetivo material, como fez o autor citado.

¹⁰¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria Geral do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: RT, 2002.

¹⁰² TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria Geral do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

Diante disso, é preciso reconhecer que de forma mais inovadora Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a seguir os passos firmes de Fernando Fowler¹⁰³ e Antonio Acir Breda¹⁰⁴, tem arquitetado a concepção de uma teoria capaz de estudar os institutos do processo penal de forma particular e de desenvolver novas práticas aptas a transformar a sua nefasta realidade.

Sua visão crítica busca romper com esta tradição de estudos precários nos fundamentos e escassos na imprescindível visão da realidade sobre a problemática processual penal e ressalta que “a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral.”¹⁰⁵

Em suma, conclui que a teoria geral do processo é um engodo e alerta que não custaria muito aos processualistas engajados no pensamento tradicional mudar de postura após um repensamento mais específico do problema processual penal, pois entende que a “evolução merece esse esforço.”¹⁰⁶

Neste sentido, acompanhado de outros que clamam por mudanças¹⁰⁷ e a seguir os passos do italiano Franco Cordero¹⁰⁸ que praguejou contra esta visão

¹⁰³ FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma.** Revista do Ministério Público do Paraná. Curitiba: s.e., n. 7, 1977.

¹⁰⁴ BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal.** Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba : s/e, n. 02, p. 90 e ss, 1980.

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119.

¹⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** Curitiba: Juruá, 1989, p 121.

¹⁰⁷ V. CARVALHO, Salo. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; WÜNDERLICH, Alexandre. **Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re) discussão.** Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Org.: Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro.** Revista da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 39, 2003, p. 109-123; ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico? (teoria geral do direito).** Florianópolis: Habitus, 2003; LOPES JR., Aury C. **Introdução crítica ao processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, e outros.

¹⁰⁸ V. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Torino: Utet, 1986.

distorcida do processo penal, este processualista brasileiro tem defendido um conceito de jurisdição que assumidamente deixa de lado a tese subjetivista.

Destarte, tem-se socorrido da fórmula chiovendiana para explicar que a jurisdição nada mais é do que o poder de dizer o direito no caso concreto de forma cogente e vinculante, mas sem deixar de frisar que no processo penal dizer o direito significa acertar o caso penal, ou seja, responder à dúvida que surge no momento em que a conduta de um cidadão supostamente se subsumiu a um tipo penal: ele deve ou não ser punido?¹⁰⁹

Contudo, acredita-se que também é preciso ter cautela quando se adota o conceito de Chiovenda, pois ele não deixa de ter sido pensado na esfera do processo civil e ousa-se aqui lançar a questão: por que não construir um conceito totalmente novo?

Neste momento, desvela-se o verdadeiro desafio do presente trabalho: lançar as bases para um novo conceito de jurisdição, um novo significado para tudo que já foi escrito sobre o atuar jurisdicional no processo penal brasileiro.

Logicamente, isto não seria possível sem antes desmistificar a definição de Giuseppe Chiovenda e identificar o que dela será aproveitado para conduzir a tarefa ora assumida.

¹⁰⁹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 25 e ss.

1.3 A adoção limitada da definição chiovendiana

1.3.1 A negação da subsidiariedade e substitutividade

Sobre a natureza da jurisdição, Giuseppe Chiovenda dissertava que juntamente com a legislação e a administração ela integraria o conjunto de funções por meio das quais o Estado exerceria o seu poder soberano.¹¹⁰

Com intuito de distingui-la das demais funções estatais, definia que “a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade dos órgãos públicos à atividade alheia, seja em afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente a sua efetivação.”¹¹¹

Além disso, especificava que “a decisão jurisdicional afirma a preexistente vontade da lei de que a prestação se realize ou que o direito à prestação se constitua, esta produz coisa julgada, é irrevogável, frente às partes e ao juiz”.¹¹²

Note-se que primeiramente o processualista italiano tratou de situar a jurisdição como uma das funções decorrentes do exercício da soberania estatal, isto é, uma das formas de exercício do poder localizado no Estado. Num segundo momento, elucidou que este poder estatal tinha por finalidade atuar de modo definitivo a preexistente vontade da lei perante os cidadãos.

Não se tem dúvida de que a jurisdição traduz exercício de poder e se caracteriza essencialmente por concretizar de modo irrevogável a lei perante a

¹¹⁰ [trad. da autora] “La sovranità è il potere inerente allo Stato, cioè all’organizzazione di tutti i cittadini per fini d’interesse generale. Ma questo único potere comprende tre grandi funzioni, legislativa, governativa (o amministrativa) e giurisdizionale.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 292).

¹¹¹ [trad. da autora] “...la giurisdizione consiste nell’attuazione della legge mediante la sostituzione dell’attività di organi pubblici all’attività altrui, sia nell’affermare l’esistenza di una volontà di legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 301).

¹¹² [trad. da autora] “...la decisione giurisdizionale afferma la preesistente volontà della legge che la prestazione si compia o che il diritto alla prestazione sia costituito: essa produce la cosa giudicata, è irrevocabile di fronte alle parti e al giudice.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 300).

sociedade.

Sabe-se que o atuar jurisdicional se particulariza justamente por esta cogência e vinculação que seus atos impõem aos cidadãos de modo a impedir qualquer desrespeito ou contestação à concretização da lei neles realizada.

Todavia, não se pode concordar com o caráter subsidiário atribuído por Giuseppe Chiovenda à jurisdição, ou seja, não se pode aceitar que o atuar jurisdicional serve exclusivamente para afirmar a vontade preexistente da lei ou que ao decidir o juiz “não cria nem modifica a lei, mas aplica (mesmo que a considere injusta)”¹¹³.

Estuda-se com a hermenêutica contemporânea que a lei não tem vontade e nem o juiz no momento de aplicá-la vai meramente fazer valer a vontade do legislador (seja ele originário ou não). Há muito não se acredita que o juiz pode trabalhar nas malhas de um silogismo apodítico, “baseado em premissas e conclusão evidentes e indiscutíveis”¹¹⁴, sequer nas de um silogismo retórico¹¹⁵.

Alerta, neste sentido, Franco Cordero que “ninguém, com olhos abertos, crê ainda na identidade texto-norma, ilusoriamente atestada pelos iluministas devotos da ‘Lei’ e de sua correspondente mitologia, ou das fábulas espalhadas pela Escola da Exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: de uma fórmula saem tantas normas quantas são as cabeças dissidentes...”¹¹⁶.

¹¹³ [trad. da autora] “Si è già visto, (num. 11, 3°) che, nel decidere, il giudice non crea nè modifica la legge ma l’applica (anche se la ritiene ingiusta).” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1934, p. 24, v. II).

¹¹⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271.

¹¹⁵ “...supõe-se que o silogismo não é o meio retórico, e menos ainda o meio lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão no processo estatal. Quando muito, é uma forma de apresentar uma decisão que já foi criada por outros meios. É um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, parte), os quais parecem crer que a decisão do caso concreto de fato é produzida pela norma geral prévia enunciada pelo sistema.” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262).

¹¹⁶ [trad. da autora] “Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla ‘Loi’ e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall’Ecole de l’exégèse sull’ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti...”. (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura**

Ademais, não se pode deslembrar que o juiz como qualquer outra pessoa decide primeiro, de acordo com os mais variados motivos conscientes ou não, e só depois vai buscar no ordenamento jurídico vigente fundamento para o seu ato.

Isto significa que sua subjetividade pesa sobre os dois momentos do ato decisório, tanto no juízo que faz do caso, quanto na seleção dos argumentos aptos a retoricamente justificá-lo, e se alguma vontade se realiza no atuar jurisdicional é sem dúvida a do próprio juiz¹¹⁷.

Certamente, muitos ainda ponderam que encarar a jurisdição por este viés significa colocar em descrédito a administração da justiça realizada pelo Estado ou depreciar a figura do magistrado como guardião de segurança jurídica.

Contudo, é preciso reconhecer que ignorar o tom criativo do ato de aplicação do direito pode implicar adesão a uma visão positivista¹¹⁸, o que segundo Plauto Faraco de Azevedo, “conduz ao empobrecimento do processo hermenêutico e à desvalorização da atividade judicante pela via do automatismo exegético ou silogístico-dedutivo, de que o conceptualismo apartado da vida é a contraparte.”¹¹⁹

penale. Torino: Utet, 1986, p. 17).

¹¹⁷ “E o que se retira disto, inicialmente, transportando tal pensamento para o direito, é que o juiz não é mero *‘sujeito passivo’* nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva. Além do mais, como parece sintomático, ele, ao aplicar a lei, atua sobre a realidade, pelo menos, de duas maneiras: 1º, buscando reconstruir a verdade dos fatos no processo e, 2º, interpretando as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato ou, em outras palavras, acertando o caso que lhe é posto a resolver.” (COUTINHO, **O papel do novo juiz no processo penal.** Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46).

¹¹⁸ O positivismo cultivado no imaginário de muitos operadores do direito, leva a identificação do direito ser “um conjunto de normas impostas a uma sociedade onde o monopólio da coerção organizada é justo, independente da análise do conteúdo, porque permite a realização de certos fins tidos como desejáveis, por exemplo, a ordem.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **O direito e os direitos.** São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 83).

¹¹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 61.

Aliás, não deve o juiz aplicar a regra injusta, tal como traduz o pensamento chiovendiano, pois nas palavras deste pensador gaúcho:

...se não pode o juiz ignorar ou descurar os preceitos do ordenamento jurídico ao dirimir os litígios que lhe são submetidos, pode ocorrer que, valorizando os dados peculiares a cada um destes, conclua, por vezes, que a regra de direito positivo que lhe seria aplicável por mera subsunção, ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis. Nestas situações, por obediência ao Direito, deve afastar essa regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da Justiça.¹²⁰

Ademais, a mencionada segurança jurídica pela qual em tese deve velar o juiz jamais existiu e nela só fingem acreditar aqueles que pretendem esconder o aspecto político da jurisdição para de alguma maneira manter inquestionável a dominação engendrada por seu intermédio e dela tirar algum proveito pessoal.¹²¹

Nesta linha, afirma Marco Berberi que “é possível sustentar que a liberdade do intérprete não encontra limites, deixando-se de lado o pilar de sustentação dos ordenamentos positivistas. Se, sob esta ótica, o Direito é meio e fim, a segurança jurídica é o grande norte do ordenamento, tudo resta negado e a falácia da objetividade (forçada pelo mito da neutralidade), faz desmontar a ilusão positivista. Depende-se, por evidente, dos homens; e suas posturas, suas

¹²⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça Distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 127.

¹²¹ Já dizia La Boétie que são alguns poucos que mantêm a dominação por um poder tirano: “sempre quatro ou cinco que mantêm o tirano; quatro ou cinco que lhe conservam o país inteiro em servidão. Sempre foi assim: cinco ou seis obtiveram o ouvido do tirano e por si mesmos dele se aproximaram; ou então por ele foram chamados para serem cúmplices de suas crueldades, os companheiros de prazeres, os proxenetas de suas volúpias, e sócios dos bens de suas pilhagens. Tão bem esses seis domam seu chefe, que ele deve ser mau para a sociedade não só com suas próprias maldades, mas também com as deles. Esses seis têm seiscentos que crescem debaixo deles e fazem de seus seiscentos o que os seis fazem ao tirano. Esses seiscentos conservam debaixo deles seis mil, cuja posição elevaram; aos quais fazem dar o governo das províncias ou o manejo do dinheiro para que tenha na mão sua avareza e crueldade e que as exerçam no momento oportuno; e, aliás, façam tantos males que só possam durar à sua sombra e isentar-se das leis e da pena por seu intermédio.” (LA BOÉTIE, Etienne. **O Discurso da Servidão Voluntária ou o Contra Um: texto estabelecido por Piérre Leonard**. Discurso da Servidão Voluntária. Trad.: Laymert Garcia dos Santos. Org.: Marilena Chauí. São Paulo, Brasiliense, p. 32, 1982).

opções, suas assunções ideológicas.”¹²²

Conclui-se, então, que não há mais lugar para crenças numa jurisdição que se exerce imparcialmente e, ao contrário do teorizado por Giuseppe Chiovenda, o juiz ao atuar não “segue necessariamente um puro procedimento lógico, consistente na aplicação de uma precisa norma de lei ao caso concreto.”¹²³

Ora, sabe-se que a neutralidade do julgador é “um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica.”¹²⁴

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é preciso deixar claro que não há “imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história.”¹²⁵

Aliás, Mauro Capelletti ressaltava que o juiz como intérprete da lei ‘é chamado para dar vida nova a um texto que, considerado em si, está morto – torna-se um simples símbolo para o ato de uma pessoa, que está viva.’¹²⁶

¹²² BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

¹²³ [trad. da autora] “Se ne deduce ancora che il giudice segue necessariamente un netto procedimento logico, consistente nell’applicazione di una precisa norma di legge al caso concreto...”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 294).

¹²⁴ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980, p. 09.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. (coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

¹²⁶ [trad. da autora] “...l’interpréte est appelé à donner une vie nouvelle à un texte qui, considéré en soi, est mort – devenu un simple symbole pour le’acte d’une personne, que est vivente.” (CAPELLETTI, Mauro. **Des juges législateurs?. Le pouvoir des juges**. Trad.: René David. Paris: Economica, 1990, p. 31).

Note-se que uma das bandeiras levantadas pelo Movimento do Direito Alternativo é justamente contra esta crença na neutralidade do juiz, a qual só serve para mascarar a falibilidade dos aplicadores do direito e a dominação exercida por meio de suas práticas que ao aplicarem as leis fazem valer o discurso hegemônico numa dada sociedade.

Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, “a justiça neutra, aquela que procura colocar o conflito e a conceituação do justo já preexistente e não a que é buscada em função do litígio, só serve para favorecer os fortes, os que são intelectualmente donos da definição pré-concebida do que é ou não justo, é a justiça dos dominadores que pretende colocar o mundo a seu serviço. Esconde, pois, a opção dos fortes.”¹²⁷

Logo, frente a todos esses argumentos, só se pode inferir que para a construção de um novo conceito de jurisdição faz-se necessário descartar este aspecto da conceituação chiovendiana que relega o atuar jurisdicional a uma atividade mecânica que faz valer a vontade do legislador.

Outro ponto crucial da definição ora analisada diz respeito ao caráter substitutivo atribuído pelo processualista italiano à jurisdição, isto é, à propriedade que tem ela de substituir os cidadãos na resolução de questões da vida em sociedade.

Segundo Giuseppe Chiovenda, no processo de cognição, a jurisdição realiza “a substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não somente das partes, mas de todos os cidadãos ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei concernente às partes. Pela boca do juiz a vontade concreta da lei se afirma e atua como se isto ocorresse por sua própria força, automaticamente.”¹²⁸

¹²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 27.

¹²⁸ [trad. da autora] “Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell’attività *intellettiva* del giudice all’attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti i cittadini nell’affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge *concernente le parti*. Per bocca del giudice la volontà concreta della legge si afferma

Acrescenta, ainda, que “na sentença o juiz substitui sempre a todos ao afirmar existente uma obrigação de pagar, de dar, de fazer ou não fazer, ao afirmar existente o direito à separação pessoal ou à resolução de um contrato; ou uma punição vinda da lei.”¹²⁹

Note-se que este caráter substitutivo atribuído ao atuar jurisdicional contraria as próprias premissas que serviram à construção contratualista do Estado moderno, as quais inclusive são expressamente acolhidas por ele.

Estuda-se com Thomas Hobbes que o ente estatal seria fruto de um contrato em que os homens renunciam à mísera vida em condição de guerra, na qual sempre agem de acordo com suas próprias razões, para viverem numa sociedade segura e harmônica, em que todos, “mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos.”¹³⁰

Esta renúncia à condição de guerra teria levado o homem a abrir mão do direito de governar a si mesmo para o Estado ou para aqueles que o representam. Nas palavras de Thomas Hobbes, é “como se cada homem dissesse a cada homem: ‘Cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.’ Feito isso, a multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*.”¹³¹

Então, ao transferir ao Estado o direito de governar a si mesmo, o homem teria feito nascer o poder deste sobre todos, também conhecido como

così e si attua come se ciò avvenisse per una forza a lei propria, automaticamente.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1934, p. 08-09, v. II).

¹²⁹ [trad. da autora] “Nella sentenza il giudice si sostituisce per sempre a tutti nell’affermare esistente il diritto alla separazione personale o alla risoluzione d’un contratto; o voluta dalla legge una punizione.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1934, p. 08-09, v. II).

¹³⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2004, p. 130.

¹³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Alex Marins São Paulo: Martim Claret, 2004, p. 131.

soberania. Neste sentido, pode-se dizer que esta não foi cedida pelos homens ao Estado, mas que surgiu para este quando o homem deixou de agir de modo a seguir suas próprias paixões.

Diante disso, conclui-se que seria equivocado afirmar que a soberania foi delegada pelos cidadãos por meio de um contrato ao Estado, pois esta é inerente ao Estado e a única coisa que foi transferida a ele foi o direito de cada um se autogovernar.

Sabe-se que uma das formas de exercício deste poder soberano é a autoridade judicial ou a jurisdição, isto é, o julgamento de “todas as controvérsias relacionadas às leis, tanto civis quanto naturais, ou referente aos fatos.”¹³²

Deste modo, não se pode dizer que a jurisdição foi outorgada pelos cidadãos ao Estado, ou como dizia Thomas Hobbes, “presume-se que o direito de punir que pertence ao Estado – ou seja, àquele ou àqueles que o representam – não tem seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súditos.”¹³³

Portanto, ao contrário do que defendia Giuseppe Chiovenda e de acordo com a tese contratualista hobbesiana, o Estado no exercício de seu poder jurisdicional não substitui os cidadãos ao afirmar perante as partes uma obrigação de dar ou de fazer ou até uma punição prevista em lei, mas atua a soberania que lhe é inerente.

Em verdade, ao criarem o Estado, os homens deixaram de castigar aqueles que lhe infligiam um mal e fizeram surgir para o ente encarregado de sua proteção um poder de resolver conflitos e punir.

Tal fenômeno pode ser vislumbrado ainda com mais clareza na esfera do processo penal, em que nitidamente se observa jamais ter ocorrido tal substituição, pois não se tem notícia de que as penas no sentido hodiernamente

¹³² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad.: Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2004, p. 136.

¹³³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado**

delineado foram algum dia aplicadas pelos homens¹³⁴, infere-se que esta foi desde sempre uma tarefa estatal¹³⁵.

Não por outro motivo, a jurisdição é considerada indefectível frente à prática de uma conduta sujeita às sanções penais e os cidadãos estão proibidos de agir por suas próprias razões, isto é, punir com suas próprias mãos os semelhantes, até porque este comportamento é expressamente vedado nos ordenamentos estatais.

Ora, todos esses argumentos só fazem ver que o processualista italiano cometeu um deslize e de forma irremediável tornou incoerente o seu conceito, que passou a carregar em si duas proposições inconciliáveis, uma de que a jurisdição consiste em exercício da soberania própria do Estado e outra de que sua atuação é secundária, já que meramente substitui a dos cidadãos.

Apesar disso, tal descuido é completamente compreensível na medida em que Giuseppe Chiovenda era um processualista do início do século passado e tratava especificamente do processo civil, onde a jurisdição não é indefectível e o Estado só atua quando as partes não chegam a um acordo.

1.3.2 A superação da noção contratualista do poder jurisdicional

Malgrado os tropeços narrados, não se tem dúvida de que Giuseppe

eclesiástico e civil. Trad.: Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2004, p. 228.

¹³⁴ A pena em sentido moderno consiste na manifestação da coerção materialmente penal e “por coerção penal se entende a ação de conter ou reprimir, que o direito penal exerce sobre os indivíduos que cometeram delitos.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 1997, p. 745).

¹³⁵ Nesse sentido, manifestava-se Cesare Beccaria e completava “que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade, ligada por um contrato social. Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob o pretexto do bem público, acrescer a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003, p. 20).

Chiovenda ao pensar a jurisdição tratou de concebê-la como uma das faces do *ius imperii* estatal ou uma das formas de exercício do poder soberano do Estado, tal como foi demonstrado.

Logo, ele partilhava de uma visão tradicional de poder, do conhecido discurso do contrato, que estabelece um poder único e global, constituinte de uma relação binária entre soberano e súditos, dominantes e dominados.

Obviamente, não se pode negar a importância histórica deste discurso, mas é preciso reconhecer que se tornou inábil para explicar o poder que atualmente se exerce de acordo com uma nova mecânica, incompatível com as relações de soberania.

Veja-se que esta nova mecânica não pressupõe um poder concentrado na figura de um soberano, mas concebe uma trama de coerções materiais e contínua vigilância que perpassa as mais ínfimas relações sociais.

Guilherme Roman Borges alerta que de acordo com esta nova forma de funcionamento o poder “deixa as estruturas exclusivas do Estado e começa a se inserir nos corpos e nas suas atitudes. Nesse sentido, inicia-se um poder que através da vigilância ostensiva, por meio de impostos e deveres de ordem pública, em lugar do soberano, supõe um regime prático, e se insere nos corpos de maneira positiva, isto é, para produzir forças, fazê-las crescer e ordená-las.”¹³⁶

Tem-se que este fenômeno responsável pela pulverização do poder por todo corpo social, bem como pelo surgimento de suas práticas disciplinares, teve início por volta dos séculos XVII e XVIII e foi indispensável para a implantação do capitalismo industrial.

É preciso deixar claro desde já que este poder disciplinar não afastou ou destruiu por completo a teoria da soberania. Ao contrário disso, o poder

¹³⁶ BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da

disciplinar, ou mais especificamente, as coerções disciplinares se apropriaram de tal teoria para exercer dominação, sob a máscara de exercício efetivo e legítimo do poder.

Deste modo, a teoria da soberania continuou a organizar os códigos jurídicos que a Europa elaborou ao longo do século XIX, com base nos modelos napoleônicos. Contudo, a concretização do direito neles contido passou a ser realizada na forma de disciplina.

Em resumo, “os sistemas jurídicos, sejam teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos de coerção disciplinar.”¹³⁷

Não por outra razão, vê-se como imprescindível uma nova abordagem da jurisdição, que tenha em vista esta nova mecânica de poder e permita compreender como ela aplica este direito fundado formalmente na idéia de soberania e concretizado indubitavelmente como disciplina.

Obviamente, tal abordagem exige que se arrisque um mergulho nos escritos do filósofo francês Michel Foucault, sem dúvida o grande responsável por este inovador olhar sobre o poder.

Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002, p. 616.

¹³⁷[trad. da autora] “...les systèmes juridiques, que ce soit des théories ou que ce soit des codes, ont permis une démocratisation de la souveraineté, la mise en place d’un droit public articulé sur la souveraineté collective, au moment même et dans la mesure où cette démocratisation de la souveraineté se trouvait lestée en profondeur par les mécanismes de la coercition disciplinaire.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits, Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 176, v. III). Sem embargo a existência da tradução brasileira ofertada pela Martins Fontes, optou-se por realizar uma tradução livre das passagens originais do texto foucaultiano, em virtude de uma série de equívocos semânticos naquela cometidos, provavelmente apenas decorrentes do desconhecimento pelo tradutor da obra completa do autor traduzido. (trad. bras: FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.44).

Então, propõe-se que uma compreensão mais aprofundada da dimensão política do exercício jurisdicional passa necessariamente pelo espaço de sua análise microfísica do poder que, ao contrário das macroscópicas¹³⁸, como as marxistas¹³⁹ e as liberais¹⁴⁰, não considera o poder como situado e exercido no

¹³⁸ “On ne voit pas de quel côté – à droite ou à gauche – on aurait pu poser ce problème du pouvoir. À droite, il n’était posé qu’un termes de Constitution, de souveraineté, etc., donc en termes juridiques; du côté du marxisme, en termes d’appareils de l’État. La manière dont il s’exerçait concrètement et dans le détail, avec sa spécificité, ses techniques et ses tactiques, on ne la cherchait pas; on se contentait de le dénoncer chez l’autre, chez l’adversaire, d’une façon à la fois polémique et globale: le pouvoir dans le socialisme soviétique était appelé par ses adversaires totalitarisme; et, dans le capitalisme industriel, il était dénoncé par les marxistes comme domination de classe, mais la mécanique du pouvoir n’était jamais analysée.” (FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 159, v. III). [trad. bras. **Verdade e poder**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 6 : “Não vejo quem - na direita ou na esquerda – poderia ter colocado este problema do poder. Pela direita, estava somente colocado em termos de constituição, de soberania, etc..., portanto em termos jurídicos; e, pelo marxismo em termos de aparelho do Estado. Ninguém se preocupava com a forma como ele se exercia concretamente e em detalhe, com sua especificidade, suas técnicas suas táticas. Contentava-se em denunciá-lo no ‘outro’, no adversário, de uma maneira ao mesmo tempo polêmica e global: o poder do socialismo soviético era chamado por seus adversários de totalitarismo; no capitalismo ocidental, era denunciado pelos marxistas como dominação de classe; mas a mecânica do poder nunca era analisada.”].

¹³⁹ “Le relations de pouvoir ne sont pas en position d’exteriorité à l’égard d’autres types de rapports... [elles] ne sont pas en position de superstructure... elles ont là où elles jouent un rôle directement producteur’. A ce qu’il y a encore de pyramidal dans l’image marxiste, la micro-analyse fonctionnelle substitue une stricte immanence où les foyers de pouvoir et les techniques disciplinaires forment autant de segments qui s’articulent les uns aux autres, et par lesquels les individus d’une masse passent ou demeurent, corps et âmes (famille, école, caserne, usine, au besoin prison). ‘Le’ pouvoir a pour caractères l’immanence de son champ, sans unification transcendante, la continuité de sa ligne, sans centralization globale, la contiguïté de ses segments sans totalisation distincte: espace sériel.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 36-37). [trad. bras. **Foucault**. Trad.: Claudia Sant’Anna Martins. Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 36: “As relações de poder não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outros tipos de relações... a posição (delas) não é a de superestrutura... elas possuem, onde agem, um papel diretamente produtor’. O que ainda há de piramidal na imagem marxista é substituído na microanálise funcional por uma estreita imanência na qual os focos de poder e as técnicas disciplinares formam um número equivalente de segmentos que se articulam uns sobre os outros e através dos quais os indivíduos de uma massa passam ou permanecem, corpos e almas (família, escola, quartel, fábrica e, se necessário prisão). ‘O’ poder tem como características a imanência de seu campo, sem unificação transcendente, a continuidade de sua linha, sem uma centralização global, a continuidade de seus segmentos sem totalização distinta: espaço serial.”]

¹⁴⁰ “Voilà pourquoi je pose cette question. Voilà ce que je veux dire par là: je ne veux aucunement effacer des différences innombrables, gigantesques, mais, malgré et à travers ces différences, il me semble qu’il y a un certain point commun entre la conception juridique et, disons, si vous voulez, libérale du pouvoir politique – celle que l’on trouve chez philosophes du XVIII^e siècle -, et puis la conception marxiste ou, en tout cas, une certaine conception

lugar específico do Estado, mas distribuído nas profusas relações de força existentes na sociedade, as quais perpassam inclusive os aparelhos estatais¹⁴¹.

courante qui vaut comme étant la conception marxiste: ce point commun, ça serait ce que j'appellerais l'economisme dans la théorie juridique classique du pouvoir, le pouvoir est considéré comme un droit dont on serait possesseur comme d'un bien, et que l'on pourrait par conséquent transférer ou aliéner, d'une façon totale ou partielle, par un acte juridique ou un acte fondateur de droit – peu importe pour l'instant – qui serait de l'ordre de la cession ou du contrat.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 7 janvier 1976**. Dits et Écrits, Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 169, v. III). (trad. bras: FOUCAULT, Michel. **Aula de 7 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.19 e 20). [trad. da autora: Veja-se por que formulo esta questão. Veja-se o que quero dizer com isso: não quero de modo algum suprimir as diferenças inomináveis, gigantescas, mas, malgrado e por meio destas diferenças, parece-me que há um certo ponto em comum entre a concepção jurídica e, digamos, se vocês querem, liberal do poder político – aquela que encontramos nos filósofos do século XVIII -, e também a concepção marxista, ou em todo caso uma certa concepção corrente que se tem como marxista: este ponto comum, seria o que eu chamaria de “economismo” na teoria do poder. Por isso, eu quero dizer que: nos casos da teoria jurídica clássica do poder, o poder é considerado um direito do qual se seria possuidor como se fossemos possuidores de um bem, o qual poderíamos conseqüentemente transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, por um ato jurídico ou um ato fundante do direito – pouco importa por ora – que seria da ordem da cessão ou do contrato.]

¹⁴¹ “Bref, au fonctionnalisme de Foucault répond une topologie moderne qui n'assigne plus un lieu privilégié comme source du pouvoir, et ne peut plus accepter de localisation ponctuelle (il y a là une conception de l'espace social aussi nouvelle que celle des espaces physiques et mathématiques actuels, comme pour la continuité tout à l'heure). On remarquera que 'local' a deux sens très différents: le pouvoir est local parce qu'il n'est jamais global, mais il n'est pas local ou localisable parce qu'il est diffus.” (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986, p. 34). [trad. bras. **Foucault**. Trad.: Claudia Sant'Anna Martins. Brasiliense: São Paulo, 1998, p. 36: “Em suma, o funcionalismo de Foucault corresponde a uma topologia moderna que não assinala mais um lugar privilegiado como fonte de poder não pode mais acertar a localização pontual (existe aí uma concepção de espaço social tão nova quanto a dos espaços físicos e matemáticos atuais, como, recentemente, em relação à continuidade). Notar-se-á que 'local' tem dois sentidos bem diferentes: o poder é local porque nunca é global, mas ele não é local nem localizável porque é difuso.”].

2. PODER

2.1 Uma perspectiva microfísica

2.1.1 O poder como situação estratégica

Em seus estudos, Michel Foucault deixou claro que não tinha a pretensão de construir uma nova teoria geral do poder que buscasse definir a essência deste a partir de características universais¹⁴², até porque tal feito seria incompatível com o projeto genealógico¹⁴³ proposto como fio condutor de suas investigações¹⁴⁴.

¹⁴² “...não existe em Foucault uma teoria geral do poder. O que significa dizer que suas análises não consideram o poder como uma realidade que possua uma natureza, uma essência que ele procuraria definir por suas características universais.” (MACHADO, Roberto. **Introdução: por uma genealogia do poder**. Microfísica do poder. Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. X).

¹⁴³ Em razão da originalidade de suas idéias, Michel Foucault foi e até os dias de hoje é bastante criticado, leiam-se por todos: HAHN, Roger. **Review of The Birth of the Clinic, Michel Foucault**. American Journal of Sociology. n. 80. 1975; BAUDRILLARD, Jean. **Oublier Foucault**. Paris: Éditions Galilée, 1977 [trad. bras.: **Esquecer Foucault**. Rio de Janeiro: Rocco, 1984]; ARON, Jean-Paul e KEMPF, Roger. **Le pénis et la démoralisation de l'Occident**. Paris: Grasset, 1978; KURZWEIL, Edith. **Review of The History of Sexuality, Volume I: An Introduction, Michel Foucault**. Theory and Society. n. 8. 1979; MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra**. Trad.: Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985; QUEIROZ, André. **Foucault: o paradoxo das passagens**. Rio de Janeiro: Pazulin, 1999; DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas**. 2. ed. Belo Horizonte: Loyola, 1999.

¹⁴⁴ “La genealogie ce serait donc, par rapport au projet d’une inscription des savoirs dans la hiérarchie du pouvoir propre à la science, une sorte d’entreprise pour désassujettir les savoirs historique et les rendre libres, c’est-à-dire capable d’opposition et de lutte contre la coercition d’un discours théorique unitaire, formel et scientifique. La réactivation des savoirs locaux, ‘mineurs’, dirait peut-être Deleuze, contre la hiérarchisation scientifique de la connaissance et ses effets de pouvoir intrinsèques, c’est cela le projet de ces généalogies en désordre et en charpie. En deux mots: on pourrait peut-être dire que l’archéologie, ce serait la méthode propre à l’analyse des discours locaux, et la généalogie, la tactique qui fait jouer à partir des discours locaux ainsi décrites les savoirs désassujettis que s’en dégagent.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 7 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 167, v. III). [trad. bras. **Genealogia e poder**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 172: “A genealogia seria, portanto, com relação ao projeto de uma inscrição dos saberes na hierarquia de poderes próprios à ciência, um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torná-los capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico, unitário, formal e científico. A reativação dos saberes locais – menores, diria

Ao contrário das abordagens tradicionais¹⁴⁵, sua análise objetivava responder como e por onde passa o poder, ou seja, quais são todas as relações de poder e como é que se podem descrever algumas destas principais relações que se exercem numa dada sociedade.¹⁴⁶

Em outras palavras, seu programa de pesquisa também conhecido como analítica do poder não tinha como preocupação central desvelar a origem deste, tal como os arcaicos arcabouços teóricos engendrados até aquele momento, ao revés, tinha por finalidade cartografar o domínio específico em que se exercem as relações de poder de uma dada sociedade, bem como identificar os instrumentos necessários à sua análise.¹⁴⁷

talvez Deleuze – contra a hierarquização científica do conhecimento e seus efeitos intrínsecos de poder, eis o projeto destas genealogias desordenadas e fragmentárias. Enquanto a arqueologia é o método próprio à análise da discursividade local, a genealogia é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem desta discursividade.”].

¹⁴⁵ Dentre as teorias tradicionais estão todas aquelas que concebem um poder único e global, responsável por instituir uma relação binária, entre soberano e súdito; dominante e dominado; Estado e cidadão, Mercado e consumidor. Para compreendê-las, leia-se: MARX, Karl. **Teses contra Feuerbach: o egoísta divino em oposição ao homem egoísta; o engano no que respeita à revolução sobre o estado antigo; o ‘conceito’ e a ‘substância’; a revolução: história do nascimento do estado moderno.** Trad.: José Arthur Giannotti. Os pensadores. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, WEBER, Max. **A política como vocação.** Ensaio de Sociologia. Trad.: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1987; ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos ideológicos de Estado.** Mapa da Ideologia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 1997; GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura.** (trad. Carlos Nelson Coutinho) 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, e outros.

¹⁴⁶ “En tout cas, ce que j’essaie de faire, c’est, à un niveau empirique, prendre des choses, en quelque sorte, par le milieu. Non pas: ‘D’où vient le pouvoir, où va-t-il?’, mais: ‘Par où passe-t-il et comment cela se passe-t-il, quelles sont toutes les relations de pouvoir, comment est-ce qu’on peut décrire certaines des principales relations de pouvoir que s’exercent dans notre sociétés?’”. (FOUCAULT, Michel. **Sexualité et pouvoir.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 567, v. III). [trad. autora: Em todo caso, isto que ensaio fazer, é, em nível empírico, apreender as coisas, de qualquer sorte, pelo seu meio. Não mais: ‘De onde vem o poder, aonde vai ele?’, mas: ‘Por onde ele passa e como ele passa, quais são todas as relações de poder, como que se podem descrever exatamente as principais relações de poder que se exercem em nossa sociedade?’].

¹⁴⁷ Ao traduzir este novo viés de pesquisa, Antonio C. Maia comenta que “o ponto de vista adotado pela analítica do poder assume uma reflexão com âmbito mais limitado a respeito desta problemática, evitando determinadas questões – como, por exemplo, a respeito da origem do poder – e adotando uma perspectiva eminentemente descritiva, procurando identificar e explicitar os diferentes mecanismos, táticas e estratégias empregadas, bem como a forma de funcionamento, das relações de poder em dada sociedade.” (MAIA, Antônio C.. **Sobre a analítica do poder de Foucault.** Tempo Social, Rev. Sociologia, São Paulo: USP, v. 7, n. 1-2, 1995, p. 84).

Para o filósofo francês, somente desta maneira seria possível compreender o poder microfísico exercido não como governo ou vinculado à idéia de Estado, mas nas ínfimas e capilares relações sociais que se estabelecem “entre diferentes pessoas, dentro de uma família, dentro de uma universidade, dentro de uma caserna, dentro de um hospital, numa consulta médica há relações e poder que passam.”¹⁴⁸

Portanto, como um contraponto aos antiquados estudos que só concebem o poder no espaço do Estado, a analítica o percebia como um feixe mais ou menos organizado e coordenado de relações, que estão muitas vezes para além da estrutura estatal.¹⁴⁹

Por esta razão, tinha como premissa a impossibilidade de defini-lo ou determiná-lo, até porque nesta perspectiva microfísica o poder não poderia ser apropriado, adquirido, subtraído ou dividido, detido ou guardado.

Como bem ressalta Roberto Machado, de acordo com a analítica, “o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado, ou exclusivo, mas que se dissemina por toda estrutura social.”¹⁵⁰

Michel Foucault dizia expressamente que a diagramação microfísica do poder pressupõe que não seja este concebido como “uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma ‘apropriação’, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes uma rede de relações sempre

¹⁴⁸ [trad. da autora] “...entre différentes personnes, dans une famille, dans une université, dans une caserne, dans un hôpital, dans une consultation médicale il y a des relations de pouvoir qui passent.” (FOUCAULT, Michel. **Sexualité et pouvoir**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 568, v. III).

¹⁴⁹ BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002, p. 635.

¹⁵⁰ MACHADO, Roberto. **Introdução: por uma genealogia do poder**. Microfísica do poder. Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. XIV.

tensas, sempre em atividade.”¹⁵¹

Tem-se, por conseguinte, que o poder não pode ser considerado uma estrutura, uma instituição, um aparelho ou uma capacidade, sua forma também não é a da lei, da regra, mas a do jogo.¹⁵²

Veja-se que de acordo com a tese foucaultiana, todo o corpo social se vê perpassado por difusas relações de poder, que se organizam na forma de jogos em que se dispõem táticas, técnicas, manobras.

Tal como definiu Michel Foucault, o poder não passa de “uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada”¹⁵³, isto é, o poder só pode ser apreendido no plural, como uma série de práticas heterogêneas e estratégias sociais, em que todos de alguma se encontram imersos e são ao mesmo tempo por elas constituídos, sem que se possa “pensar um lado de dentro e um lado de fora do poder. Todos os jogos estão, diferencialmente, é claro, comprometidos nas regras e estratégias em ação na configuração social da qual fazem parte.”¹⁵⁴

Neste sentido, Guilherme Castelo Branco afirmou que não há nenhuma prática de poder externa à sua trama de jogos e complementou:

...justamente por isto não pode ser afirmada ‘uma oposição binária e global entre os dominadores e os dominados’, nem pode ser afirmada de forma absoluta a diferenciação entre as instâncias do poder e do contra-poder, uma vez que as próprias resistências ‘por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder’. Deste modo, nada nem ninguém está

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 29.

¹⁵² “Isso significa que o poder não tem identidade. Não poderíamos localizar sua figura em instituições, em ‘aparelhos’, que sujeitariam os cidadãos a um Estado. Ele não é uno, sempre idêntico a si mesmo, mas efeito de uma multiplicidade de correlações de forças imanentes ao campo em que se exercem, e constitutivas desse campo. Por outro lado, ele não é uma estrutura, isto é, sua forma não é a da lei, da regra, mas a do jogo: através de lutas, afrontamentos, tenho transformação, inversão ou reforço da correlação de forças.” (ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. **Genealogia e política**. Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault. Org.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 210).

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade de saber**. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 89 e ss..

¹⁵⁴ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 29.

fora do mecanismo de poder; todos estão, isto sim, desempenhando um papel diferenciado no campo das relações nele existentes.¹⁵⁵

Assim, é possível tomar o poder como imanência, metaforicamente, como uma rede de jogos ou relações que se tece na sua própria textura, de forma indefinida.

Aliás, tal metáfora particularmente expressa não só que o poder se constitui nas práticas sociais, mas que ao mesmo tempo constitui as individualidades¹⁵⁶ envolvidas em tais práticas. Ou seja, o poder constrói as individualidades, ao objetivar funções e finalidades para os homens situados estrategicamente em sua rede.

Além disso, não se pode deixar de salientar que nos estudos foucaultianos o poder mantém estrita relação com o saber, já que no interior da própria formação e organização discursiva do saber se identifica a dimensão da prática caracterizadora do poder.

Neste sentido, Michel Foucault explica que não existe relação de poder sem constituição de um campo de saber e na mesma medida todo saber constitui novas relações de poder, pois no interior das formações discursivas do próprio saber circulam os procedimentos que as organizam e determinam como práticas de poder. Logo, poder e saber estão auto-implicados, isto é, não há uma exterioridade entre eles até porque a produção e organização dos discursos expressam exercício de poder e dele também decorrem.¹⁵⁷

De mais a mais, conclui-se que o saber está desde o início marcado como prática de poder e tem conseqüentemente característico aspecto material, ou seja, os “saberes não são elaborações intelectuais relativamente independentes

¹⁵⁵ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 31.

¹⁵⁶ Foucault é contra a idéia de unidade do sujeito. Os sujeitos, “devem ser considerados como fazendo parte de séries descontínuas, jamais como individualidades puras. Estas séries descontínuas tornam o sujeito mesmo uma pluralidade, e o dispersam ‘em uma pluralidade de posições e funções’.” (BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 32).

¹⁵⁷ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de

das práticas materiais; são, isto sim, acontecimentos, e, enquanto tais, da ordem da materialidade.”

Note-se que de acordo com as teorias tradicionais a relação entre saber e poder normalmente remete à noção metafísica de fundamento, a idéia constante e estável de elemento originário e de dever ser. Contudo, a analítica foucaultiana perverte este esquema e se depara com devires, parcialidades, interpretações na constituição dos saberes, os quais inclusive fazem desmoronar a velha pretensão de neutralidade das teorias.¹⁵⁸

Nas palavras de Guilherme Castelo Branco, “não há nos discursos nada que não seja um olhar que, por sua vez, é expressão de uma modalidade de olhar. Todo olhar, deste modo, já é interpretação, posição, lugar de vislumbre.”¹⁵⁹

Aliás, é preciso entender que para a tese foucaultiana esta instabilidade dos elementos que constituem os saberes decorre justamente dos arranjos estratégicos na trama das relações de poder, que por meio de múltiplas coerções determinam a sua organização através de técnicas, estilos e modalidades de ordenação, nas diversas configurações sociais e em todos os momentos históricos¹⁶⁰.

Ressalte-se que tal organização é que imprime ao discurso efeitos de verdade¹⁶¹, isto é, que o torna verdadeiro numa dada sociedade, pois cada corpo social tem o seu “regime de verdade”, ou seja, os mecanismos, os

Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 32.

¹⁵⁸ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 33.

¹⁵⁹ BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII, p. 33.

¹⁶⁰ V. FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber**. Trad.: Luiz Felipe Baeta Neves e Lígia Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1972.

¹⁶¹ A verdade deve ser compreendida enquanto o “conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso, e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder.” [trad. bras. FOUCAULT, Michel. **Verdade e poder**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 13] “...l’ensemble des règles selon lesquelles on démêle le vrai du faux et on attache au vrai des effets spécifiques de pouvoir.” (FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et

procedimentos e o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funcionará ou qual o discurso que funcionará como verdadeiro.

Deste modo, os discursos se sucedem e se alternam como discursos verdadeiros, já que a temporariedade dos arranjos estratégicos das relações de poder determina a provisoriedade dos procedimentos que gravam o discurso com os efeitos de verdade. Há, portanto, uma constante luta das práticas discursivas pela verdade, pela hegemonia de um determinado discurso.

Nas sociedades atuais, por exemplo, a ‘verdade’ está centrada na forma do discurso científico e está submetida a uma constante incitação econômica e política, pois ela é considerada necessária tanto para a produção econômica, quanto para o poder político.¹⁶²

Além disso, neste contexto, tem alcançado imensa difusão e imensurável, pois circula nos aparelhos de educação, de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, e tem sido produzida e transmitida sob o controle não exclusivo, mas predominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou

Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 159, v. III).

¹⁶² “El origen de la reflexión proviene, dice Foucault, de su duda en relación a los saltos que han dado las ciencias empíricas y que no correspondían a los esquemas continuistas que se habían manejado anteriormente. Nombra, por ejemplo, el caso de la medicina en la que observa que no es sólo un cambio en los descubrimientos hechos sino en la forma de hablar o de ver la realidad, es un nuevo ‘discurso’ del saber. Y se pregunta por qué en ciertos momentos existen estos ‘despegues’. La respuesta es que hay una modificación en las reglas de formación de los enunciados, es decir, existe un cambio en la mentalidad de los mismos científicos que consideran ahora verdadero lo que anteriormente no parecía tal. Lo que interesa no es tanto si se alcanza o no objetivamente la verdad, sino las reglas que rigen la elaboración de las proposiciones. El problema es político y se refiere a la política de los enunciados científicos. Tocamos así el meollo de la cuestión: existe un régimen interior del poder y en ciertos momentos este régimen cambia.” (PARENT, Juan. **El poder en Michel Foucault**. Revista de Filosofía, México, a. XVIII, n. 52, jan.-abr., p. 102-103, 1985.). [trad. da autora: A origem da reflexão provém, diz Foucault, de sua dúvida em relação aos saltos dados pelas ciências empíricas e que não correspondiam aos esquemas continuistas utilizados anteriormente. Nomina, por exemplo, o caso da medicina em que observa não é só uma mudança nos descobrimentos feitos senão na forma de falar ou de ver a realidade, é um novo discurso de saber. E se pergunta por que em certos momentos existem estes descolamentos. A resposta é porque existe uma modificação das regras de formação dos enunciados, é dizer, existe um câmbio na mentalidade dos mesmos cientistas que consideram agora verdadeiro o que anteriormente não parecia como tal. O que interessa não é tanto se a verdade pode ser ou não alcançada objetivamente, senão as regras que regem a elaboração das proposições. O problemas é político e se refere à política dos enunciados científicos. Tocamos assim no centro

econômicos, tais como as universidades, o exército e os meios de comunicação.¹⁶³

Diante deste quadro, não há outra saída senão reconhecer que o poder não é só força e dominação, não só limita e reprime, como se difunde desde Maquiavel¹⁶⁴, mas produz e impele a produção de verdade.

Segundo Michel Foucault, é preciso admitir que não há mais lugar para essa visão negativa do poder há muito reproduzida, em suas palavras:

Se o poder fosse somente repressivo e, se não fizesse outra coisa a não ser dizer não, você acredita realmente que chegaríamos a obedecê-lo? Isto que faz com que o poder se mantenha e que nós o aceitemos é simplesmente o fato de que ele não pesa só como uma força que diz não, mas ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso, deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir.¹⁶⁵

Percebe-se com a tese foucaultiana que a idéia do poder como limitador, disciplinador surge somente num segundo momento, quando se tem o jogo das violências sociais e históricas, quando a partir das emergências sociais se constitui um determinado arranjo estratégico temporário do jogo de forças capaz de impor a diferenciação entre dominados e dominadores.

Aliás, é neste momento que se pode pensar em descrever as técnicas e as estratégias que fazem com que certas práticas, instituições ou grupos exerçam, em certos momentos, hegemonia e poder sobre os outros, tal como aspira a analítica do poder.

da questão: existe um regime interior de poder e em certos casos este regime se modifica.].

¹⁶³ FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 158-159, v. III.

¹⁶⁴ MACHIAVELLI, Niccolò. **Il principe**. 9. ed. Torino: Einaudi, 1977.

¹⁶⁵ [trad.da autora] “Si le pouvoir n’était jamais que répressif, s’il ne faisait jamais rien d’autre que de dire non, est-ce que vous croyez vraiment qu’on arriverait à lui obéir? Ce qui fait que le pouvoir tient, qu’on l’accepte, mais c’est tout simplement qu’il ne pèse pas seulement comme une puissance qui dit non, mais qu’en fait il traverse, il produit les choses, il induit du plaisir, il forme du savoir, il produit du discours; il faut considérer comme un réseau productif qui passe à travers tout le corps social beaucoup plus que comme une instance négative que a pour fonction de réprimer.” (FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris:

Veja-se que com seu olhar original, o filósofo francês procurava libertar a investigação do poder da sua corrente acepção jurídica, que o vinculava à idéia de soberania, ou seja, de uma certa representação que ele mesmo chamava de “jurídico-discursiva, a qual teve sua origem na Idade Média.”¹⁶⁶

Segundo ele, nas sociedades ocidentais, esta época foi marcada pela estruturação de um pensamento jurídico em torno do poder real, ou seja, foi a pedido do poder real, igualmente em seu proveito e para lhe servir de instrumento ou de justificação que o edifício jurídico das sociedades medievais foi construído.¹⁶⁷

Sabe-se que muitos foram os célebres juristas que neste contexto reativaram o direito romano para servir de instrumento técnico à constituição do poder monárquico, autoritário, administrativo e, finalmente, absoluto do soberano.

É verdade que em certo momento, mais precisamente na segunda metade do medievo, este edifício jurídico arquitetado em volta do rei escapou ao seu controle, voltou-se contra ele e o bombardeou com veementes questionamentos sobre os limites de seu poder e das suas prerrogativas.

Note-se que tais questionamentos foram estratégicos, pois se por um lado colocaram em dúvida os limites do poder soberano, por outro abriram espaço para os próprios juristas lhes formular respostas, as quais inclusive foram

Gallimard, 1994, p. 148-149, v. III).

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 80.

¹⁶⁷ “C’est à la demande du pouvoir Royal, c’est également à son profit, c’est pour lui servir d’instrument ou de justification que s’est élaboré l’édifice juridique; le droit en Occident est un droit de commande royale.”(FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 176, v. III). [trad. da autora: É a pedido do poder real, é igualmente em seu proveito, é para servir de instrumento ou de justificação que se elaborou o edifício jurídico; o direito no Ocidente é um direito de ordem real.]. Sem embargo a existência da tradução brasileira ofertada pela Martins Fontes, optou-se por realizar uma tradução livre das passagens originais do texto foucaultiano, em virtude de uma série de equívocos semânticos naquela cometidos, provavelmente apenas decorrentes do desconhecimento pelo tradutor da obra completa do autor traduzido. (trad. bras: FOUCAULT, Michel. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria

cuidadosamente elaboradas para definir os poderes reais e as formas de sua legitimação, bem como para mascarar a dominação por ele exercida.

Nas palavras de Michel Foucault, foram duas as direções tomadas por esses questionamentos jurídicos do poder:

E o poder real se questiona de duas maneiras: seja para mostrar em que armadura jurídica se investe o poder real, como o monarca se torna efetivamente o corpo da soberania, como seu poder, mesmo absoluto, está exatamente adequado a um direito fundamental; seja, ao contrário, para mostrar como ele precisa limitar este poder soberano, a quais regras de direito ele deve se submeter, conforme e no interior de quais limites ele deve exercer seu poder para que este poder conserve sua legitimação.¹⁶⁸

Aliás, segundo ele, o direito a partir desse momento passou a ter por função dissolver a dominação¹⁶⁹ no interior do poder, com intuito de mascará-la, e de fazer nascer em seu lugar os direitos legítimos da soberania, bem como a obrigação legal de sujeitar-se a ela.

Isto significa que o direito, visto mais especificamente como o conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito, não serviu e nem serve apenas como um instrumento dessa dominação, mas precisamente

Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p 27-48).

¹⁶⁸ [trad. da autora] “Et du pouvoir royal, il est question de deux manières: soit pour montrer en quelle armature juridique s’investissait le pouvoir royal, comment le monarque était effectivement le corps vivant de la souveraineté, comment son pouvoir, même absolu, était exactement comment il fallait limiter ce pouvoir souverain, à quelles règles de droit il devait exercer son pouvoir pour que ce pouvoir conserve sa légitimité.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 177, v. III).

¹⁶⁹ “...par domination, je ne veux pas dire le fait massif d’une domination globale l’un sur les autres ou d’un groupe sur un autre, mais les multiples formes de domination que peuvent s’exercer à l’intérieur de la société. Non pas donc le roi dans sa position centrale, mais des sujets dans leurs relations réciproque; non pas la souveraineté dans son édifice unique, mais les assujettissements multiples que ont lieu et qui fonctionnent à l’intérieur du corps social.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald, Paris: Gallimard, 1994, p. 178, v. III). [trad. da autora: ...por dominação, não quero dizer o fato massivo de uma dominação global de um sobre os outros ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem ser exercidas no interior de uma sociedade. Portanto, não do rei na sua posição central, mas dos sujeitos nas suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas os assujeitamentos múltiplos que têm lugar e funcionam no interior do corpo social.].

como agente de veiculação e aplicação dessas relações que não são de soberania, mas de dominação.

Em síntese, o direito foi responsável por vincular o poder à idéia de soberania e, conseqüentemente, por possibilitar a ocultação e a concretização da dominação por ele exercida.

Ora, Michel Foucault que conseguia perceber esta dominação e buscava entendê-la não viu outra saída senão romper com a velha teoria da soberania e inaugurar sua analítica do poder, a qual conforme aludido procurava realizar a uma abordagem estratégica e estudar o poder como mecanismo.

Contudo, ao adentrar nesta espécie de empreitada propôs desde o início que fossem tomadas algumas precauções de método: primeiramente, dizia que o poder deveria ser apreendido em suas extremidades, em seus últimos lineamentos, onde se torna capilar, isto é, para ele era necessário “tomar o poder nas suas formas e suas instituições mais regionais, mais locais, sobretudo lá onde o poder, fora das regras de direito que o organizam e o delimitam, prolonga-se além dessas regras, investe-se nas instituições, toma corpo nas técnicas e fornece instrumentos de intervenção materiais, eventualmente até violentos.”¹⁷⁰

Exemplificava, neste sentido, que seria preciso procurar saber como na soberania, tal como ela é apresentada pela filosofia, seja do direito monárquico, seja do direito democrático, fundamenta-se o poder de punir, como, efetivamente, a punição se consolida nas instituições locais, regionais e materiais, tanto o suplício quanto o aprisionamento, tudo a um só tempo e a partir de uma análise do que se passa no ambiente físico, institucional, regulamentar e violento dos aparelhos estatais. Isto implica, portanto, numa

¹⁷⁰ [trad. da autora] “...prendre le pouvoir dans ses formes et ses institutions les plus régionales, les plus locales, là où le pouvoir, débordant les règles de droit l’organisent et de délimitent, se prolonge au-delà de ces règles, s’investit dans des institutions, prend corps dans des techniques et se donne des instruments d’intervention matériels, éventuellement même violents.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald, Paris: Gallimard, 1994, p. 178-179, v. III).

minuciosa apreensão do poder sob o aspecto da extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício.¹⁷¹

Num segundo momento, deve-se considerar que a indagação a ser respondida no estudo do poder não se refere à identificação de quem o exerce e o que esta pessoa ou grupo pretende ao exercê-lo, mas diz respeito ao que acontece no procedimento de sujeição, ou nesses processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos e regem seus comportamentos.

Em outros termos, o que se deve investigar às minúcias são os efeitos materiais do exercício do poder, ou seja, ao invés de se perguntar como o soberano aparece no alto e no centro¹⁷², é preciso saber como se constituiu gradativa e progressivamente no plano material a figura do súdito a partir da multiplicidade dos corpos, das forças, das energias, dos desejos, dos pensamentos.¹⁷³

De acordo com Michel Foucault, apreender a instância material do assujeitamento como constituição dos súditos seria, “exatamente o contrário do que Hobbes pretendeu fazer no *Leviatã* e, acho eu, dos juristas quando formulam o problema de saber como, a partir da multiplicidade dos indivíduos e das vontades, pode-se formar uma vontade ou ainda um corpo único, mas animado por uma alma que seria a soberania.”¹⁷⁴

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 179, v. III.

¹⁷² Tal como se tem feito desde Etienne La Boétie: “Em sua obra, o jovem francês, que viveu no auge do regime absolutista, vinha corajosamente indagar como era possível que burgos inteiros, cidades inteiras, nações inteiras se submetessem à vontade de um só, em geral o mais covarde, o mais efeminado e temeroso de todos? Como poderia apenas um ter tanto poder capaz de esmagar todos os outros?” (BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99).

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 179, v. III.

¹⁷⁴ [trad. da autora] “...exactement le contraire de ce que Hobbes avait voulu faire dans le *Léviathan*, et, je crois, les juristes, lorsqu’ils formulent le problème de savoir comment, à partir de la multiplicité des individus et des volontés, peut se formées une volonté ou un corps uniques, mais animes par une âme qui serait la souveraineté.” (FOUCAULT, Michel. **Cours**

A terceira precaução a ser seguida para compreensão do poder impõe que não seja ele tomado como um fenômeno de dominação massiva e homogênea de um sujeito ou grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras, como algo partilhado por aqueles que o detém e que a ele se submetem.

Neste sentido, o poder deve ser concebido como algo que circula e só funciona em cadeia, como algo que não pode ser localizado ou apropriado por certas pessoas, tal qual um bem ou riqueza. Isto significa que o poder funciona e se exerce em rede e sobre uma rede, já os indivíduos estão sempre em posição de suportar e simultaneamente exercer este poder. Em outras palavras, o poder não simplesmente se aplica aos indivíduos a submetê-los, mas transita por eles.

Aliás, de acordo com o pensamento foucaultiano, o indivíduo é um dos efeitos do poder, uma vez que o corpo, os gestos, discursos e desejos que o constituem nada mais são do que tais efeitos. Contudo, isso não afasta o fato de que o indivíduo também exerce poder e nesta medida é seu intermediário.

A quarta precaução metodológica recomenda que o poder seja analisado de forma ascendente, a partir de seus mecanismos infinitesimais, “que têm sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria técnica e tática, para depois se verificar como esses mecanismos de poder, que têm então sua própria solidez e, de qualquer modo, sua tecnologia própria foram e são ainda investidos, colonizados, utilizados, inflexionados, transformados, deslocados, estendidos por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.”¹⁷⁵

Deve-se, portanto, examinar como as técnicas e os procedimentos de poder atuam, transformam-se e são investidos por fenômenos globais e como os poderes gerais penetram no jogo dessas tecnologias, por sua vez relativamente

du 14 janvier 1976. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 179, v. III).

¹⁷⁵ [trad. da autora] “...leur propre histoire, leur propre trajet, leur propre technique et tactique, et pour voir comment ces mécanismes de pouvoir, qui ont donc leur solidité et, em quelque sorte, leur technologie propre, ont été et sont encore investis, colonisés, utilisés, infléchis, transformés, déplacés, étendus par des mécanismes de plus en plus généraux et des formes de domination globale.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 181, v. III).

autônomas e infinitesimais.

Veja-se que para exemplificar a importância desta quarta precaução metodológica Michel Foucault sugere que a compreensão das correntes criminológicas do século XVIII¹⁷⁶, defensoras da ressocialização e punição mais humana do delinqüente¹⁷⁷, exige muito mais do que a simples dedução de que neste contexto histórico a burguesia era a classe dominante e nesta medida a recuperação e reinserção rápida do criminoso na sociedade poderia aumentar as forças de trabalho e auxiliar na manutenção do sistema capitalista.

Segundo ele, para compreendê-las em toda sua amplitude é preciso antes

¹⁷⁶ “...as escolas liberais clássicas se situavam como instância crítica em face da prática penal e penitenciária do ancien régime, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio da legalidade, princípio da utilidade).” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2002, p. 31).

¹⁷⁷ Gian Luigi Ponti, ao falar das principais características da escola clássica, enunciava: “‘Dos delitos e das penas’, editado em 1764, representa a mais marcante e sintética exposição da concepção liberal do direito penal. Os aspectos fundamentais dessa podem ser resumidos nos seguintes pontos: 1) a função da pena é aquela de responder às exigências de uma determinada sociedade, contrariamente às exigências morais modificáveis no tempo; 2) o exercício do direito deve garantir a defesa do imputado contra os arbítrios da autoridade, partindo do pressuposto da presunção de inocência; 3) analogamente clareza e certeza do direito positivo devem eliminar os privilégios de casta e assegurar a todos igualdade de tratamento; os códigos devem, portanto, ser escritos e completos; a pena deve ter um significado retributivo, mais do que unicamente intimidatório e vingativo; 5) a severidade das penas deve ser mitigada, modulada à gravidade do dano; 6) a pena deve atingir o delinqüente unicamente pelo ilícito cometido e não pelo que é ou possa se tornar; 7) a figura do delinqüente é, finalmente, vista como aquela de um indivíduo plenamente livre nas suas escolhas, racional, dotado de absoluto livre arbítrio nas suas ações, nas quais não encontra espaço nem a influência ambiental e nem as variáveis dinâmicas psicológicas individuais.” (PONTI, Gian Luigi. **Compendio di criminologia**. 2. ed. Milano: Cortina, 1980, p. 99). [trad. da autora] “‘Dei delitti e delle pene’, edito nel 1764, rappresenta la più nota e sintetica esposizione della concezione liberale del diritto penale. Gli aspetti fondamentali di essa possono essere riassunti nei seguenti punti: 1) la funzione della pena è quella di rispondere alle esigenze morali modificabili nel tempo; 2) l’esercizio del diritto deve garantire la difesa dell’imputato contro gli arbitri dell’autorità, partendo dal presupposto della presunzione di innocenza; 3) analogamente chiarezza e certezza del diritto positivo debbono eliminare i privilegi di casta ed assicurare a tutti uguaglianza di trattamento; i codici debbono pertanto essere scritti e completi; la pena deve avere un significato retributivo anzichè unicamente intimidatorio e vendicativo; 5) la severità delle pene deve essere mitigata, proporzionata alla gravità del cui si era fatto grande abuso; 6) la pena deve colpire il delinquente unicamente per quanto di illecito ha commesso e non per ciò che è, o per ciò che può divenire; 7) la figura del delinquente é infine vista come quella di un individuo pienamente libero nelle sue scelte, razionale, dotato di assoluto libero arbitrio nell’agire, nel quale non trovano spazio nè le

de mais nada entender que a burguesia sequer tinha interesse nos delinquentes, na sua punição ou reinserção, o que lhe interessava realmente era o conjunto de mecanismos pelos quais o delinqüente seria controlado, seguido, punido, reformado, os quais por sua vez estavam insertos num sistema econômico-político mais geral.

A quinta e última precaução metodológica conduz à conclusão de que o exercício do poder em seus fins mecanismos não ocorre sem a formação, a organização e a circulação de um saber, ou melhor, de aparelhos de saber que não simplesmente fazem transitar ideologias¹⁷⁸, mas se constituem em instrumentos efetivos de formação e acúmulo de saber, isto é, em métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de investigação, de pesquisa, em aparelhos de investigação.

Finalmente, ao resumir as cinco precauções de método, o filósofo francês afirmava que “antes de orientar a pesquisa sobre o poder na direção do edifício jurídico da soberania, dos aparelhos do Estado, das ideologias que o acompanham, creio que é preciso orientar a análise na direção da dominação e

influenze socio-ambientale nè le variabile dinamiche psicologiche individuale.”

¹⁷⁸ “La notion d’idéologie me paraît difficilement utilisable pour trois raisons. La première, c’est, qu’on le veuille ou non, qu’elle est toujours en opposition virtuelle avec quelque chose qui serait la vérité. Or je crois que le problème, ce n’est pas de faire le partage entre ce qui, dans un discours, relève de la scientificité et de la vérité et puis ce qui relèverait d’autre chose, mais de voir historiquement comment se produisent des effets de vérité à l’intérieur de discours qui ne sont en eux-mêmes ni vrais ni faux. Deuxième inconvénient, c’est que’elle se réfère je crois nécessairement à quelque chose comme un sujet. Et, troisièmement, l’idéologie est en position seconde par rapport à quelque chose qui doit fonctionner pour elle comme infrastructure ou déterminant économique, matériel, etc. Pour ces trois raisons, je crois que c’est une notion qu’on ne peut pas utiliser sans précaution”. (FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 148, v. III). [trad. bras. **Verdade e poder**. Microfísica do poder. Trad.: Roberto Machado. 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 7: “A noção de ideologia me parece dificilmente utilizável por três razões: A primeira é que, se se queira ou não, sempre está em oposição virtual com algo que seria a verdade. E eu penso que o problema não está em dividir entre o que em um discurso responde à cientificidade e à verdade, e o que responde a outra coisa, senão em ver historicamente como se produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são em si mesmos nem verdadeiros nem falsos. O segundo inconveniente é que se refere necessariamente, penso, a algo como o sujeito. E, em terceiro lugar, a ideologia está em posição secundária com relação a algo que deve funcionar para ela como infra-estrutura ou determinante econômico, material, etc. Por essas razões acredito que é uma noção que não se pode utilizar sem precaução.”].

não da soberania, dos operadores materiais, das formas de assujeitamento, na direção das conexões e utilizações dos sistemas locais deste assujeitamento, na direção, enfim, dos dispositivos de saber.”¹⁷⁹

Note-se que ao prescrever todas essas instruções, os trabalhos foucaultianos tinham por objetivo conduzir a análise do poder a inexplorados caminhos, buscavam jogar luzes sobre novos rumos que levariam à descoberta de técnicas e táticas de dominação, em última instância, tinham por finalidade espantar de uma vez por todas o velho fantasma do Leviatã.

Ao contrário do que pensam alguns, Michel Foucault nunca negou a importância histórica da teoria jurídico-política da soberania, inclusive lhe atribuiu quatro grandes papéis ao longo da Idade Média e início da Moderna: (i) figurou o primeiro estudo sobre o mecanismo de poder efetivo na monarquia feudal; (ii) serviu à constituição e justificação das grandes monarquias administrativas; (iii) nos séculos XVI e XVII, em que estouravam as guerras religiosas foi uma arma que circulou de um campo a outro, ora a limitar, ora a ampliar o poder régio em relação aos últimos senhores feudais e à Igreja, e (iv) no século XVIII, serviu à construção das democracias parlamentares, como alternativa às monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, tal como aparece nos textos de Jean-Jacques Rousseau¹⁸⁰.

Para além disso, ressaltava que na vigência da sociedade feudal ela foi suficiente para explicar os mecanismos de exercício do poder, que reproduziam em todo o corpo social, desde os níveis mais baixos até os mais altos, a conhecida relação soberano/súdito.

¹⁷⁹ [trad. da autora] “...plutôt que d’orienter la recherche sur le pouvoir du côté de l’édifice juridique de la souveraineté, du côté des appareils d’État, du côté des idéologies que l’accompagnent, je crois qu’il faut orienter l’analyse du côté de la domination et non pas de la souveraineté, du côté des opérateurs matériels, des formes d’assujettissement, du côté des connexions et utilisations des systèmes locaux de cet assujettissement, du côté, enfin, des dispositifs de savoir.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 181, v. III).

¹⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad.: Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Contudo, não poderia deixar de reconhecer a precariedade de seus enunciados, que não conseguiam explicar as práticas de poder surgidas nos séculos XVII e XVIII, cujos procedimentos, instrumentos e aparelhos se mostravam completamente incompatíveis com as relações de soberania.

Esta inovadora mecânica fez o poder funcionar de modo a incidir primeiro sobre os corpos e sobre o que eles faziam, mais do que sobre a terra ou seu produto, extraiu deles tempo e trabalho, mais do que bens e riquezas.

A partir deste momento o poder se tornou disciplinar e se encontrava fundado no princípio de que deve ao mesmo tempo fazer com que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita.¹⁸¹

Caracterizava-se, então, como uma forma de organizar o espaço, controlar o tempo, vigiar e registrar¹⁸² continuamente o indivíduo e sua conduta,

¹⁸¹ Aldacy Rachid Coutinho explica como tal poder disciplinar se exerce no âmbito das fábricas até os dias de hoje: “A disciplina leva em conta uma homogeneização de condutas e hábitos no seio da empresa, para facilitar a coesão dos partícipes, o controle e a obediência, instando como instrumento do poder. (...) A disciplina, no aspecto objetivo, traduz-se num conjunto de regras de conduta do grupo, que regulamentam as suas relações, quer entre os integrantes, quer com seus superiores hierárquicos, para assegurar a viabilidade de se atingir o escopo pretendido. No aspecto subjetivo, manifesta-se num conjunto de deveres a que está sujeito cada integrante do grupo, revelado em comportamentos positivos e negativos. A estruturação hierárquica e a organização horizontal, com uma sobreposição de graus superiores e inferiores e com a divisão do trabalho, permite e maximiza a repartição de poderes, mediante a qual a disciplina e a obediência se fazem cada vez mais presentes e controláveis, por meio deste desnivelamento de posições dos sujeitos. (...) A disciplina interna é necessária em uma organização empresarial para melhoria da atividade econômica e para que se possa realizar o fim pretendido. (COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999, p. 215 e 216).

¹⁸² “Mas no século XX as condições materiais sobre as quais se fundava o projeto de controle social vão desaparecendo progressivamente. Para manter a linguagem utilizada anteriormente, dizemos que o contrato perde a forma jurídica principal da autonomia social referente à coerção que reina no universo da produção. E na medida em que o contrato perde, triunfa a disciplina. Se a disciplina da fábrica invade a sociedade e a sociedade se vai tornando fábrica, então, podemos também dizer que a sociedade inteira se faz cárcere. É a sociedade disciplinar que se estende, que opera mais além do contrato: o poder das disciplinas não encontra seu limite na reciprocidade contratual. A prisão perde progressivamente toda função real e toda a primazia na prática do controle, na medida em que as disciplinas e o controle estão em outra parte, isto, é, no social” (PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Trad.: Ignacio Muñagorri. México: Veinteuno, 1998, p. 86 e 87). [trad. da autora] “Pero en el siglo XX las condiciones materiales sobre las que se fundava este proyecto de control social van desapareciendo progressivamente. Para mantener el lenguaje utilizado anteriormente, decimos que el que

e de mais a mais dava lugar ao nascimento de determinados saberes, em que o modelo hegemônico de estabelecimento da verdade era o exame, pelo qual se instaurava, simultaneamente, um modo de poder onde a sujeição não se fazia apenas na forma negativa da repressão, mas sobretudo, ao modo mais sutil do adestramento, da produção positiva de comportamentos que definiam o indivíduo ou o que devia dele ser segundo o padrão da normalidade.¹⁸³

Ou seja, neste momento surgiu aquilo que o filósofo francês chamou de sociedade panóptica¹⁸⁴, na qual o poder operava um enquadramento de todo o

perde es el contrato, la forma jurídica principal de la autonomía de lo social respecto de la coerción que reina en el universo de la producción. Y en la medida en que el contrato pierde, triunfa la disciplina. Si la disciplina de la fábrica invade la sociedad, si es la sociedad que se va haciendo fábrica, entonces podemos también decir que es la sociedad entera la que se hace cárcel. Es la sociedad disciplinar que se extiende, que opera más allá del contrato: el poder de las disciplinas no encuentra ya su límite en la reciprocidad contractual. La cárcel pierde progresivamente toda función real y toda primacía que ahora las disciplinas y el control, están en otra parte, esto es, en lo social.”

¹⁸³ MUCHAIL, Salma Tannus. **O lugar das instituições na sociedade disciplinar.** Recordar Foucault. Org.: Renato Ribeiro. São Paulo, Brasiliense, p. 198-199, 1986.

¹⁸⁴ “Par la suite, en étudiant les problèmes de pénalité, je me suis aperçu que tous les grands projets de réaménagement des prisons (ils datent d’ailleurs d’un peu plus tard, de la première moitié du XIX^e siècle) reprenaient le même thème, mais, cette fois, sous le signe presque toujours rappelé de Bentham. Il n’était gère de textes, de projet concernant les prisons où ne se retrouvât le ‘truc’ de Bentham. À savoir le panoptique. Le principe étant: à la périphérie, un bâtiment en anneau; au centre, une tour; celle-ci est percée de larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l’anneau. Le bâtiment périphérique est divisé em cellules, dont chacune traverse toute l’épaisseur du bâtiment. Ces cellules ont deux fenêtres: l’une, ouverte vers l’intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour; l’autre, donnant sur l’extérieur, permet à la lumière de traverser la cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chaque cellule d’enfermer un fou, un malade, un condamné, ouvrier ou en écolier. Par l’effet du contre-jour, on peut saisir de la tour, se découpant dans la lumière, les petites silhouettes captives dans les cellules de la périphérie. En somme, on inverse le principe du cachot; la pleine lumière et le regard d’un surveillant captent mieux que l’ombre, que finalement protégeait. (...) Et, en effet, ce que les médecins, les pénalistes, les industriels, les éducateurs cherchaient, Bentham le leur propose: il a trouvé un technologie de pouvoir propre à résoudre les problème de surveillance. À noter une chose importante: Bentham a pensé et dit que son procédé optique était la grande innovation pour exercer bien et facilement le pouvoir. De fait, elle a été largement utilisée depuis la fin du XVIII^e siècle. Mais les procédures de pouvoir mises en œuvre dans les sociétés modernes sont bien plus nombreuses et diverses et riches. Il serait faux de dire que le principe de visibilité commande toute la technologie du pouvoir depuis le XVIII^e siècle.” (BAROU, J. P.; PERROT, M. **L’œil du pouvoir: entretien avec Michel Foucault.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 193, v. III). [trad. bras. **O olho do poder.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 210-211: “Em seguida, estudando os problemas da penalidade, dei-me conta de que todos os grandes projetos de reorganização das prisões (que, além disso, datam de um pouco mais tarde, da primeira metade do século XIX) retomavam o mesmo tema, mas já foi sob a influência, quase sempre

campo social, como um diagrama, e se exercia sobre os corpos, controlando-os, vigiando-os, impondo-lhes condutas a partir de práticas disciplinares, normalizando-os.

2.1.2 As práticas disciplinares e os biopoderes

Os primeiros textos sobre esta nova mecânica de poder foram publicados por Michel Foucault no início da década de setenta e tratavam essencialmente de identificar e descrever as práticas disciplinares por ela engendradas no ambiente das prisões, dos manicômios e dos hospitais.¹⁸⁵

Nesses ensaios, consagrados como grandes obras, o filósofo francês narrava o surgimento quase despercebido dessas práticas no interior dos conventos, exércitos e até das oficinas, bem como a sua disseminação por toda a sociedade nos séculos XVII e XVIII.

Todavia, é preciso ter em mente que seus estudos sobre o poder somente

explicitada, de Bentham. Eram poucos os textos, os projetos referentes às prisões em que o ‘troço’ de Bentham não se encontrasse. Ou seja, o ‘panopticon’. O princípio é: na periferia, uma construção em anel; no centro uma torre; esta possui grandes janelas que se abrem para a parte interior do anel. A construção periférica é dividida em celas, cada uma ocupando toda a largura da construção. Estas celas têm duas janelas: uma abrindo-se para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra dando para o exterior, permite que a luz atravessasse a cela de um lado a outro. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancafiar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um estudante. Devido ao efeito de contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se na luminosidade, as pequenas silhuetas prisioneiras nas celas da periferia. Em suma, inverte-se o princípio da masmorra; a luz e o olhar de um vigia captam melhor que o escuro que, no fundo, protegia. (...) E, na verdade, é aquilo que os médicos, os penalistas, os industriais, os educadores procuravam que Bentham lhes propõe: ele descobriu uma tecnologia de poder própria para resolver os problemas de vigilância. Algo importante a ser assinalado: Bentham pensou e disse que seu sistema ótico era a grande inovação que permitia exercer bem e facilmente o poder. Na verdade, ela foi amplamente utilizada depois do final do século XVIII. Mas os procedimentos de poder colocados em prática nas sociedades modernas são bem mais numerosos, diversos e ricos. Seria falso dizer que o princípio da visibilidade comanda toda a tecnologia do poder desde o século XIX.”]. Ver, ainda, sobre o assunto: CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 202 e ss.

¹⁸⁵ V. ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996; e, MACEY, David. **Michel Foucault**. Trad.: Pierre-Emmanuel Dauzat. Paris: Gallimard, 1994.

seriam concluídos anos mais tarde, com as investigações sobre o chamado biopoder ou sobre uma série de práticas surgidas quase concomitantemente às disciplinares, mas exercidas de maneira mais sutil e sempre a serviço do Estado, para lhe garantir os mesmos efeitos de vigilância e normalização.

Isto denota o quão equivocado seria realizar uma abordagem sobre esta mecânica de poder pós-medieval apenas com base nos textos foucaultianos da primeira metade da década de setenta, como faz a maioria dos aventureiros que não passam da leitura do clássico de sua autoria, *Vigiar e punir*¹⁸⁶ ou das conferências brasileiras publicadas na coletânea *A verdade e as formas jurídicas*¹⁸⁷.

Certamente, as práticas disciplinares são o ponto de partida para compreensão deste poder que incide diretamente sobre os corpos de modo a normalizá-los, no entanto seria prova de displicência deixar de lado neste trabalho as explicações sobre o biopoder, sem dúvida essenciais para esmiuçar a normalização engendrada pela jurisdição estatal.¹⁸⁸

Em outras palavras, para entender como funciona esta inovadora maquinaria de poder é preciso conhecer o duplice aspecto de sua concretização, ou seja, faz-se necessário compreender tanto as práticas que trabalham detalhadamente sobre gestos, atitudes e comportamentos de modo a controlar o corpo para dele obter eficácia de movimentos e assujeitamento dócil, quanto os biopoderes, responsáveis por controlar a população a partir do conhecimento de

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhe. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1996. [trad. fr.: _____. **La vérité et les formes juridiques**. Dits et Écrits. Trad.: Daniel Defert. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. II)].

¹⁸⁸ “Nesse sentido, Foucault entende que o rei acabou sendo decapitado, no nível da teoria política, a partir do instante que uma nova mecânica do poder nasce, quer dizer, um poder disciplinar, que age nas relações entre os indivíduos, bem como concomitantemente de um biopoder, que a serviço do Estado, garante os mesmos efeitos de vigilância e normalização.” (BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002, p. 616).

seus nascimentos, sua mortalidade, suas doenças, da classificação de seus integrantes, da organização de sua moradia.¹⁸⁹

Note-se que as práticas disciplinares só ultrapassaram os muros das instituições militares e religiosas e se pulverizaram por toda a sociedade porque o emergente capitalismo industrial exigia a constituição de um poder que investisse sobre os corpos de modo a adestrá-los, vigiá-los, controlá-los, assujeitá-los e, conseqüentemente, torná-los mais produtores, numa relação de docilidade-utilidade ou docilidade-produção.¹⁹⁰

Nas palavras de Michel Foucault, “o momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente.”¹⁹¹

Assim, ao se generalizarem por toda a sociedade para possibilitar o funcionamento do capitalismo, as disciplinas se utilizaram de técnicas de distribuição, controle e organização dos corpos com intuito de aumentar suas forças para torná-los mais úteis e eficazes, e ao mesmo tempo de diminuí-las para torná-los dóceis e obedientes.

Tal é possível constatar quando se observa a transformação das escolas

¹⁸⁹ “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar de disciplinas. Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas de dominação.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 126)

¹⁹⁰ Tem-se consciência de que durante a Idade Média os poderes político, econômico e religioso eram exercidos sobre o corpo de três formas distintas: (i) exigiam que o corpo por meio de vestimentas e gestos ostentasse e fizesse circular símbolos de respeito, devoção, submissão e servilismo àquele que estava no centro; (ii) exerciam em alguns casos e segundo algumas regras direito de vida e de morte sobre o corpo, com expressão clara da soberania; (iii) impunham-lhe trabalho. Nesta medida, eram indiferentes a todo o resto, ou seja, à saúde das pessoas, à reprodução delas, à maneira como viviam e se comportavam. (WATANABE, Mariaki. **La scène de la philosophie**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 586, v. III).

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 127.

nos colégios, pois antes do poder disciplinar nelas penetrar os estudantes se empurravam em volta do professor, que ficava no meio deles a proferir suas aulas, as quais por sua vez eram apreendidas por aqueles que assim desejassem. Porém, com a estruturação dos colégios e a adoção da disciplina foram desenvolvidas uma série de técnicas para que os estudantes se comportassem de uma certa maneira, agissem de acordo com certos comandos, de modo que a aula se tornasse um verdadeiro adestramento físico. Ora, hoje os estudantes se alinham em filas frente ao professor, que os vigia a cada instante para saber se estão a dormir, a anotar o que fala ou a ignorar seu conhecimento.

Veja-se que esta distribuição dos indivíduos no espaço realizada pelas práticas disciplinares tem como premissa diversas técnicas, a primeira delas consiste em encerrá-los num local heterogêneo a todos os outros e fechado em si mesmo.

Trata-se de um encarceramento para controle dos corpos e de sua utilidade, o qual pode ser ilustrado pela criação dos quartéis, das manufaturas e depois fábricas, nos moldes do velho convento.¹⁹²

Contudo, esta clausura não é constante, nem suficiente ou indispensável nos aparelhos disciplinares, que na maior parte do tempo trabalham o espaço de maneira mais sutil e flexível, segundo o princípio da localização imediata ou do

¹⁹² “Em 1745, havia quartéis em 320 cidades aproximadamente; e estimava-se mais ou menos em 200.000 homens a capacidade total dos quartéis em 1775. Ao lado das oficinas espalhadas criam-se também espaços para as indústrias, homogêneos e bem delimitados: as manufaturas reunidas primeiro, depois as fábricas, na segunda metade do século XVIII (as forjas da Chaussade ocupam toda a península de Medina, entre Nièvre e Loire; para instalar a fábrica de Indret em 1777, Wilkinson, à custa de aterros e diques, cria uma ilha no Loire; Touffait constrói Le Creusot no vale de La Charbonnière que ele remodela e instala na própria fábrica alojamentos operários); é uma mudança de escala, é também um novo tipo de controle. A fábrica parece claramente um convento, uma fortaleza, uma cidade fechada; o guardião ‘só abrirá as portas à entrada dos operários, e depois que houver soado o sino que anuncia o reinício do trabalho’; quinze minutos depois, ninguém mais terá o direito de entrar; no fim do dia, os chefes de oficina devem entregar as chaves ao guarda suíço da fábrica que então abre as portas. É porque, à medida que se concentram as forças de produção, o importante é tirar delas o máximo de vantagens e neutralizar seus inconvenientes (roubos, interrupção do trabalho, agitações e ‘cabalas’); de proteger os materiais e ferramentas e de dominar as forças de trabalho.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 130-131).

quadriculamento.

Este princípio determina que se coloque cada indivíduo no seu lugar e em cada lugar um indivíduo, para evitar o seu desaparecimento descontrolado, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa, em suma, para impedir a deserção, a vadiagem e a aglomeração.

Além disso, a partir deste procedimento se torna possível identificar todas as presenças e ausências, instaurar comunicações úteis e acabar com as inúteis, vigiar os comportamentos, sancioná-los quando necessário, medir também seus méritos e qualidades.

A disciplina, neste caso, organiza um espaço analítico e imita a cela dos conventos, em que os operários, estudantes e soldados encontram a solidão ideal do corpo e da alma para refletirem sobre a eficiência de seus atos.

Contudo, esta organização do espaço não tem como único objetivo promover vigilância e controle privilegiado dos indivíduos, mas serve na mesma medida ao melhor aproveitamento, simplificação e qualificação da produção.¹⁹³

Aliás, é preciso ter claro que esta distribuição feita pela disciplina também define os indivíduos pelo lugar que ocupam e pela distância que o separa dos outros, mais especificamente os dispõem em filas para classificá-los de acordo com seu vigor, rapidez, habilidade e constância. Além disso, ela não é fixa, mas variável para permitir que os corpos circulem numa rede de relações e estejam sempre arranjados da forma mais produtiva.

Nas palavras de Michel Foucault, “as disciplinas, organizando as ‘celas’, os ‘lugares’ e as ‘fileiras’ criam espaços complexos: ao mesmo tempo

¹⁹³ “Nas fábricas que aparecem no fim do século XVIII, o princípio do quadriculamento individualizante se complica. Importa distribuir os indivíduos num espaço onde se possa isolá-los e localizá-los; mas também articular essa distribuição sobre um aparelho de produção que tem suas exigências próprias. É preciso ligar a distribuição de corpos, a arrumação espacial do aparelho de produção e as diversas formas de atividade na distribuição dos ‘postos’.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 132).

arquiteturais, funcionais e hierárquicos. São espaços que realizam a fixação e permitem a circulação; recortam segmentos individuais e estabelecem ligações operatórias; marcam lugares e indicam valores; garantem a obediência dos indivíduos, mas também uma melhor economia do tempo e dos gestos.”¹⁹⁴

Outra técnica usada pelas disciplinas é o controle das atividades que se dá primeiramente pela cronometragem do tempo, a qual não só exige a sua contagem durante a realização das atividades, mas também o seu melhor aproveitamento.

Por conseguinte, não basta estabelecer previamente um tempo para a realização dos trabalhos, é imprescindível controlá-lo, de forma a anular qualquer coisa que possa perturbar, distrair e macular a sua qualidade. Em outros termos, a exatidão, a aplicação e a regularidade se tornam as principais características do tempo disciplinar.¹⁹⁵

Num segundo momento, para que se possa melhor controlar os atos é necessária a sua elaboração temporal, isto é, a sua decomposição em movimentos, gestos e posições a fim de estabelecer qual a amplitude e direção adequadas para que tenham a menor duração.¹⁹⁶

No entanto, nesta operação não se pode esquecer que os elementos do ato devem estar em harmônica relação com a atitude global do corpo e ao mesmo tempo articulados com o objeto que manipulam, como um sistema complexo e orgânico de engrenagens.

Não por outro motivo, Michel Foucault afirmava: “o poder disciplinar tem por correlato uma individualidade não só analítica e ‘celular’, mas também

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 135.

¹⁹⁵ “O tempo medido e pago deve ser também um tempo sem impureza e sem defeito, um tempo de boa qualidade, e durante todo o seu transcurso o corpo deve ficar aplicado ao seu exercício.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 137).

¹⁹⁶ “Entre essas duas prescrições, um novo conjunto de obrigações é imposto, outro grau de precisão na decomposição dos gestos e dos movimentos, outra maneira de ajustar o corpo a imperativos temporais.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel

natural e ‘orgânica’.”¹⁹⁷

Como mencionado, as disciplinas se prestam ainda à organização dos indivíduos e dos espaços a partir de programas que segmentam as atividades em séries e estabelecem para estas um tempo de duração.

Segundo o filósofo francês, a organização das atividades em níveis sucessivos permite que o poder investido sobre a sua duração, ou seja, surge a “possibilidade de um controle detalhado e de uma intervenção pontual (de diferenciação; de correção, de castigo, de eliminação) a cada momento do tempo; possibilidade de caracterizar, portanto de utilizar os indivíduos de acordo com o nível que têm nas ‘séries’ que percorrem; possibilidade de acumular o tempo e a atividade, de encontrá-los totalizados e utilizáveis num resultado último que é a capacidade final de um indivíduo.”¹⁹⁸

Por fim, as disciplinas usam como tática a composição das forças dos indivíduos com intuito de criar um eficiente aparelho de produção, isto é, as disciplinas tornam o corpo singular uma peça que deve estar articulada aos demais corpos, que deve ter o seu tempo ajustado ao tempo deles e necessariamente que deve responder a comandos previamente codificados para que a atividade produtiva seja eficiente.

Em resumo, pode-se dizer que a disciplina utiliza quatro técnicas para produzir dominação: constrói quadros, prescreve manobras, impõe exercícios e organiza táticas.

Note-se que todas essas técnicas só produzem os efeitos calculados porque fazem funcionar conhecidos recursos de adestramento e o primeiro deles é sem dúvida a vigilância hierárquica.

Esta vigilância ocorre normalmente por meio de uma estrutura física que

Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 138).

¹⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 141.

¹⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 145.

capacita um único olhar a ver permanentemente sem ser visto e encontra seu aperfeiçoamento máximo no grande aparelho arquitetado por Jeremy Bentham, em 1787.

Este advogado inglês, com base nos projetos elaborados por seu irmão mais jovem, o engenheiro Samuel Bentham, para uma casa de inspeção ou laboratório na fazenda do príncipe russo, concebeu a maior máquina de vigilância conhecida até hoje¹⁹⁹.

Também chamado de panóptico, este fantástico arcabouço foi descrito em cartas que Jeremy Bentham endereçou a uma autoridade inglesa para sugerir um modelo de construção de prisões, casas de correção, casas de trabalho, manufaturas, hospícios, hospitais e escolas.

Nas palavras do seu criador, esta construção que permitia uma vigilância contínua e funcional dos internos daquelas instituições tinha uma forma circular:

...que permite uma visão perfeita, e a mesma visão, de um número indefinido de apartamentos das mesmas dimensões; que permite um ponto desde o qual sem qualquer mudança de posição, um homem pode escrutinar, com a mesma perfeição, o número total de apartamentos e, com não mais do que uma mudança de postura, a metade do número total ao mesmo tempo aquele número que, dentro de determinados limites, contém a maior quantidade de quartos; que coloca o centro à menor distância possível da luz; que dá às celas – naquela parte na qual, por causa da luz, possa se desejar, para os propósitos do trabalho, o máximo de luz – a maior largura possível. E que reduz ao mínimo possível o caminho tomado pelo inspetor, ao passar de cada parte do

¹⁹⁹ “O Panóptico foi pensado, inicialmente, durante o outono de 1786 na fazenda de Krichev, localizada na província meridional de Mogilev (Rússia Branca), que tinha sido tomada da Polônia em 1772. Jeremy tinha chegado à fazenda ocupando-se em escrever *The defense of usury*, num sítio na localidade de Zadobrast. Impressionado pelo ‘plano de um edifício concebido por meu irmão, sob o nome de Casa de Inspeção ou Laboratório’, Jeremy incorporou a idéia a seus planos para uma penitenciária, elaborados em resposta ao concurso instituído pelo jornal *St. James Chronicle* com vistas à construção de uma nova prisão para Middlesex. Jeremy enviou, em dezembro de 1786, os planos a seu pai, para que fossem impressos, com uma circulação limitada, na forma de uma série de cartas, que acabaram por ser publicadas, em 1791, com o título de *Panopticon or The Inspection House*. A fazenda pertencia ao príncipe Grigorii Potemkim, o mais influente dos preferidos de Catarina II, durante os anos 1780.” (WERRET, Simon. **Potemkim e o Panóptico: Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do século XVIII**. O Panóptico. Trad. e Org.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 155 e 156).

campo de inspeção a qualquer outra.²⁰⁰

Ressalte-se que foi com base nesta pujante construção benthamiana que Michel Foucault definiu a sociedade atual como uma sociedade panóptica²⁰¹, isto é, fundada na vigilância individual e permanente, em forma de controle e punição.²⁰²

Outro recurso utilizado pelas disciplinas para o bom adestramento é a sanção normalizadora, ou seja, o estabelecimento de uma infra-penalidade que cobre o espaço vazio deixado pelas leis de forma a qualificar e reprimir os comportamentos que escaparam aos grandes sistema legais.

Destarte, cria-se uma série de regras fora do sistema legal vigente para o cumprimento exemplar de certas tarefas impostas pelas disciplinas e tudo aquilo que for desviante a elas deve ser submetido a alguns processos sutis de punição que vão desde o castigo físico a privações e pequenas humilhações.

Para exemplificar, Michel Foucault cita as penalidades aplicadas pela escola cristã:

As crianças da escola cristã nunca devem ser colocadas numa ‘lição’ de que ainda não são capazes, pois estariam correndo o perigo de não poder aprender nada; entretanto a duração de cada estágio é fixada de maneira regulamentar e quem, no fim de três meses, não houver passado para a ordem superior deve ser colocado, bem em evidência, no banco dos ‘ignorantes’. A punição em regime disciplinar comporta uma dupla referência jurídico-natural.²⁰³

Por meio deste exemplo, o filósofo francês demonstra que a sanção disciplinar tem a função de reduzir os desvios por meio da correção, do castigo, que se aplica normalmente na forma de aprendizado forçado, isto é, por meio de

²⁰⁰ BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Trad.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 24-25.

²⁰¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 103.

²⁰² A sociedade panóptica retratada por Michel Foucault há muito tem sido projetada na ficção, tal se constata numa leitura das obras de Orwell e Huxley: ORWELL, George. **1984**. Trad.: Wilson Velloso. 6. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972, e HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo nôvo**. Trad.: Felisberto Albuquerque. 11. ed. Rio de Janeiro: Hemus, 1969.

²⁰³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis:

uma repetição incansável da lei violada.

Além disso, o estabelecimento deste castigo gera uma qualificação dos comportamentos e dos desempenhos a partir de dois valores opostos do bem e do mal, e por esta razão funciona como um sistema duplo de gratificação-sanção. Em outros termos, a classificação dos comportamentos define os desvios, hierarquiza as qualidades, as competências e as aptidões, pune pelo rebaixamento e pela degradação e recompensa pelas promoções na própria escala hierárquica.²⁰⁴

Não obstante a aplicação deste sistema de sanções corretivas, as disciplinas usam o *exame* para adestrar, ou seja, registram, revistam, classificam os corpos como se objetos de observação fossem para melhor distribuí-los, vigiá-los, corrigi-los.

Nesta medida, o poder disciplinar também produz saberes, ou melhor, extrai saber dos indivíduos, tal como nas fábricas em que usurpa do operário o saber a respeito de seu próprio trabalho, de sua própria prática, para gerar saber sobre a produção.

Já dizia neste sentido Maurice Blanchot, que “a vigilância – o facto de se estar sob vigilância – que não é apenas a que exercem os guardas, mas que se identifica com a condição humana quando se pretende torná-la ao mesmo tempo sensata (conforme às regras), produtiva (e, portanto, útil), vai dar lugar a todas as formas de observação, de investigação, de experimentação sem as quais não haveria nenhuma ciência verdadeira.”²⁰⁵

Vozes, 1994, p. 160.

²⁰⁴ De acordo com J. Kenneth Galbraith, o poder se exerce por meio de práticas condignas; compensatórias e condicionadas: as primeiras obtêm “a submissão pela capacidade de impor às preferências do indivíduo ou do grupo uma alternativa suficientemente desagradável ou dolorosa para levá-lo a abandonar suas preferências”; as segundas subjugam pelo oferecimento de uma recompensa positiva ou algo de valor ao indivíduo que se submete; e as terceiras submetem por técnicas de persuasão que tem por objetivo modificar convicções e crenças. (GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad.: Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986, p. 05 e 06).

²⁰⁵ BLANCHOT, Maurice. **Foucault como o imaginário**. Lisboa: Relógio d’Água, s/d, p. 45.

Em resumo, a disseminação das práticas disciplinares por todo o corpo social levou à articulação de um poder que tende a organizar espaços, controlar o tempo, vigiar e registrar incansavelmente o comportamento dos indivíduos e deram lugar ao nascimento de determinados saberes onde o modelo prioritário de estabelecimento da verdade é o exame.

Aliás, segundo Salma Muchail, nessas sociedades invadidas pelas disciplinas se instaurou “um modo de poder onde a sujeição não se faz apenas na forma negativa de repressão, mas sobretudo, ao modo mais sutil do adestramento, da produção positiva de comportamentos que definem o indivíduo ou o que ele deve ser segundo o padrão de normalidade.”²⁰⁶

Todavia, como já mencionado, as práticas disciplinares não são as únicas que expressam o exercício deste poder que normaliza, os chamados biopoderes também alcançam o mesmo efeito, entretanto, trabalham dentro das estruturas estatais e se aplicam a uma multiplicidade de corpos sobre a qual exercem o poder de fazer viver e de deixar morrer.

Para compreender o surgimento destes biopoderes por volta dos séculos XVIII e XIX é preciso entender o processo de assunção da vida pelo poder ou a tomada de poder sobre o homem ser-vivo.

Este processo que segundo a tese foucaultiana tende à estatização do biológico perverte por completo a idéia do poder fundado na teoria clássica da soberania, segundo a qual o Estado, na figura do soberano, exerce sobre os indivíduos o poder de vida e morte.

Sabe-se que para esta teoria o exercício do direito de vida e de morte pelos súditos depende da vontade do soberano, isto é, cabe ao soberano exercer seu poder de dizer quem tem direito de estar vivo ou, eventualmente, morto.

Contudo, é preciso admitir que a concretização deste poder soberano de vida e morte ocorre de maneira assaz paradoxal, já que o poder do soberano

²⁰⁶ MUCHAIL, Salma Tannus. **O lugar das instituições na sociedade disciplinar.**

sobre a vida só se exerce a partir do momento que o soberano pode matar.

Note-se que por este viés o poder de matar do soberano é que detém efetivamente em si a própria essência do próprio poder de vida e de morte dos súditos, ou seja, “é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida.”²⁰⁷ Isto significa que há uma verdadeira dissemetria no exercício do poder soberano de vida e morte, pois da forma como funciona não faz viver ou morrer, nem deixa viver ou morrer, mas faz morrer e deixa viver.

Assim, quando na segunda metade do século XVIII surge uma nova forma do poder investir sobre a vida, o poder soberano de fazer morrer ou deixar viver não vai ser apagado, mas perpassado, penetrado de maneira a se transformar num poder de viver e de deixar morrer.

Obviamente, esta transformação não ocorreu de repente, ao contrário, é produto de um processo lento de apropriação e modificação das práticas disciplinares para que pudessem ser utilizadas a serviço do Estado.

Munida de novos instrumentos, esta nova tecnologia de poder não age mais sobre o corpo individual de maneira a distribuí-lo, organizá-lo, controlá-lo e torná-lo mais útil, o seu alvo é a multiplicidade dos homens, a massa global, que deve ser governada²⁰⁸ por meio da regulamentação de seus processos de

Recordar Foucault. Org.: Renato Ribeiro. São Paulo, Brasiliense, p. 199, 1986.

²⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

²⁰⁸ Michel Foucault ressalta neste momento em que se constituem os biopoderes a eclosão das técnicas de governo ou da governamentalidade, que ele define como: “1 – o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança. 2 – a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc. – e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes. 3 – o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.” [trad. bras. FOUCAULT, Michel. **A governamentalidade**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 291-292] “...Par ce mot de ‘gouvernementalité’, je veu dire trois choses. Par gouvernementalité, j’entends l’ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques

vida, como o nascimento, a morte, a produção, as doenças.

No dizer de Michel Foucault, “depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de uma ‘biopolítica’ da espécie humana.”²⁰⁹

Portanto, infere-se que esta biopolítica tem por finalidade controlar os processos de natalidade, mortalidade, longevidade e o modo de vida do homem para que a partir de sua regulamentação possa alcançar a normalização das grandes populações.

Para atingir seu objetivo, primeiramente ela parte da medição estatística, do mapeamento, do ‘exame’ desses fenômenos, isto é, preocupa-se com sua forma, natureza, extensão, duração, intensidade, para num segundo momento constituir saberes capazes de intervir diretamente sobre eles.

Como exemplo, o filósofo francês cita as observações feitas a partir do século XVIII sobre a natalidade e as endemias e o conseqüente surgimento de uma medicina dirigida à higiene pública, que coordena tratamentos médicos, centraliza informações, adquire aspecto de campanha de aprendizado e promove a medicalização da população.²¹⁰

que permettent d’exercer cette forme bien spécifique, bien que complexe, de pouvoir, qu’a pour cible principale la population, pour forme essentiel les dispositifs de sécurité. Deuxièmement, par ‘gouvernementalité’, j’entends la tendance, la ligne de force qui, dans tout l’Occident, n’a pas cessé de conduire, et depuis fort longtemps, vers la prééminence de ce type de pouvoir qu’on peut appeler le ‘gouvernement’ sur tous les autres: souveraineté, discipline; ce qui a amené, d’une part, le développement de toute une série d’appareils spécifique de gouvernement et, d’autre part, le développement de toute une série de savoirs. Enfin, par gouvernementalité, je crois qu’il faudrait entendre le processus ou, plutôt, le résultat du processus para lequel l’État de justice du Moyen Âge, devenu aux XV^e et XVI^e siècles État administratif, s’est trouvé petit à petit ‘gouvernementalisé’.” (FOUCAULT, Michel. **La ‘gouvernementalité’**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 655, v. III).

²⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

²¹⁰ “São esses fenômenos que se começa a levar em conta no final do século XVIII e que trazem a introdução de uma medicina que vai ter, agora, a função maior da higiene pública, com organismos de coordenação dos tratamentos médicos, de centralização da informação, de normalização do saber, e da higiene e medicalização da população. Portanto,

Outro âmbito de intervenção das biopolítica é aquele dos fenômenos que por acidente ou natureza relegam os indivíduos para fora do campo de atividade, de capacidade, tais como as anomalias, a velhice, as mutilações. Neste caso, a regulamentação é realizada por meio de mecanismos racionais de assistência, como os seguros, a poupança, a previdência, etc...

Esta nova tecnologia política não deixa, ainda, de se preocupar com os efeitos que as relações humanas provocam no meio geográfico, climático, hidrográfico, mais especificamente com os problemas ambientais, seus efeitos nocivos à saúde do homem, etc. Neste momento, surge o problema da cidade e para saná-lo se constitui um saber destinado à sua urbanização e ao seu planejamento.²¹¹

Em suma, a biopolítica extrai desta medição dos fenômenos que envolvem o homem ser vivo o seu saber e define o campo de intervenção de seu poder sobre a multiplicidade deles.

Noutros termos, esta intervenção ocorre sempre em nível global ou populacional de modo a estabelecer mecanismos reguladores dos fenômenos de natalidade, morbidade, longevidade e assim exercer o poder de fazer viver.²¹²

Veja-se que a manifestação concreta desta nova tecnologia de poder pode ser percebida justamente na desqualificação progressiva que realiza da morte por força deste cuidado com a vida.

problemas da reprodução, da natalidade, problema da morbidade também.” (FOUCAULT, Michel. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291).

²¹¹ Sobre o assunto, ver por todos: ORDOVÁS, María José González. **Políticas y estrategias urbanas: la distribución del espacio privado y público en la ciudad**. Madrid: Fundamentos, 2000.

²¹² “Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a ‘população’ enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de ‘fazer viver’. A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer.” (FOUCAULT, Michel. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 294).

Sabe-se que desde o século XVIII o mundo ocidental assiste à progressiva desritualização da morte, que deixou de ser objeto de cerimônias brilhantes e freqüentadas por toda a sociedade e passou a ser ocultada e celebrada por rituais privados, simplórios e breves. Assiste-se, então, a um paulatino desinteresse do poder sobre a morte e um deixar morrer e uma preocupação exacerbada com a vida ou com o fazer viver²¹³.

Ainda em relação a biopolítica, é preciso salientar que sua tecnologia regulamentadora não eclipsou a tecnologia disciplinar, ao revés, ambas convivem e se sobrepõem de modo a diagramarem todo o corpo social com suas práticas.

Isto acontece desde o período de transição da soberania para a nova mecânica de poder normalizador, como se pode observar no funcionamento das *lettres de cachets*.

As *lettres de cachets*, surgidas na França do século XVIII, eram cartas escritas por ordem real, referendadas por um Secretário de Estado e lacradas com o selo do rei, que determinavam o confinamento administrativo e, conseqüentemente, a intervenção do poder do Estado ainda que monárquico na vida íntima das famílias.

Este mecanismo não era uma lei ou decreto, mas uma ordem real que recaía sobre um indivíduo para obrigá-lo a fazer alguma coisa, que poderia ser desde o casamento até o confinamento.

Segundo Michel Foucault, os pedidos das *lettres de cachet* eram direcionados “tanto ao comissário de polícia, quanto ao palácio do rei para obter do soberano uma ordem de restrição de liberdade do indivíduo (que pode ser

²¹³ Esta preocupação do biopoder com o fazer viver não o impede de causar a morte, caso esta seja necessária para garantir a vida da população, assim se justificam as guerras, o racismo, etc. Sobre o assunto, ver: FOUCAULT, Michel. **Aula de 21 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999; _____. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

uma residência forçada, um exílio, mas o mais comum, um confinamento).”²¹⁴

Deste modo, as *lettres de cachet* eram emitidas pelo rei para vigiar, controlar as famílias e também em última instância para intervir diretamente na organização da sociedade, o que denota tanto a sua atuação em nível disciplinar ao determinar o confinamento, quanto em nível bipolítico ao transformar os problemas do âmbito privado em problemas públicos ou atinentes a toda sociedade.²¹⁵

Resta demonstrado, portanto, que as disciplinas e os biopoderes atuam articulados, mais especificamente, num determinado nível atua a tecnologia centrada no corpo, que manipula suas forças de modo a torná-las úteis e dóceis, noutra funciona a tecnologia centrada na vida, que controla a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva para a normalizar e governar.

Nas palavras de Michel Foucault, “temos, pois duas séries: a série corpo-organismo-disciplina e instituições; e a série população-processos biológicos-mecanismos regulamentadores.”²¹⁶²¹⁷

Aliás, a articulação entre esses níveis tecnológicos só é possível porque existe um elemento capaz de circular entre as disciplinas e os biopoderes, de se aplicar tanto ao corpo quanto à população, de controlar a ordem disciplinar do corpo e ao mesmo tempo os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, este elemento é a norma.

²¹⁴ [trad. BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002, p. 621] “...des suppliques adressées soit au lieutenant de police, soit directement à la Maison du roi pour obtenir du souverain un ‘ordre’ restreignant la liberté de l’individu (il peut s’agir d’une résidence forcée, d’un exil, mais le plus souvent d’un enfermement).” (FOUCAULT, Michel; FARGE, Arlette. **Les désordres de famille**. Paris: Gallimard, 1982, p. 09)

²¹⁵ V. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 294.

²¹⁷ Note-se que neste esquema o filósofo francês frisa que o lugar da biopolítica é o do Estado, já o da disciplina é por excelência o da instituição, mas não quer dizer que as disciplinas fiquem restritas a instituição, pois seus exemplos várias vezes ressaltam que elas

A norma é vista pelo filósofo francês como “uma maneira do grupo se dotar de uma medida comum segundo um rigoroso princípio de auto-referência, sem recurso a nenhuma exterioridade, quer seja a de uma idéia, quer a de um objeto.”²¹⁸

Em outras palavras, trata-se de um critério que fixa uma medida comum a todos os integrantes de um grupo, de modo a torná-los visíveis e particularizados como grupo e sem excluir ninguém, mesmo aqueles que deixam de observá-la.

Este critério pode ser disciplinar ou uma “medida que permite que se separe no interior de um grupo determinado duas categorias (talvez fosse mais apropriado dizer dois estados) de indivíduos normais: os indivíduos ‘normais’, que são aqueles que coincidem com o perfil estabelecido por essa medida, e os indivíduos ‘anormais’, que são aqueles que, de algum modo, se afastam desse perfil.”²¹⁹

Ressalte-se que esta separação entre normais e anormais não situa estes fora do critério de sua separação, ao contrário, o anormal tem a mesma natureza do normal e a única diferença diz respeito à posição que ocupa em relação à norma.

Marcio Alves da Fonseca exemplifica que no domínio pelas formas de punição a prisão serve de instituição disciplinar ou de lugar de efetivação da norma como medida de produção de uma individualidade normalizada, mais especificamente ela separa os delinquentes dos não delinquentes:

Afirmar que a prisão produz a delinquência significa reconhecer sua função disciplinar de produtora de individualidade, uma individualidade especificada na forma de um sujeito patologizado. Pela disciplina, a prisão determina que certas condutas, que determinadas histórias pessoais, que certas índoles identifiquem ‘algo’, identifiquem um ‘modo de ser’ a que se pode chamar de

também perpassam os aparelhos estatais, tal como a polícia.

²¹⁸ EWALD, François. **Foucault: A norma e o direito**. Trad.: António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993, p. 108.

²¹⁹ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 180.

‘delinqüência’. Esta seria uma forma de existência definida e descrita como ‘anormal’ quando comparada com outras formas de existência definidas e descritas como ‘normais’.²²⁰

Por outro lado, o critério estabelecido pela norma pode ser regulamentar, mais especificamente, uma medida deduzida da curva de normalidades de certo corpo social a partir de estatísticas, medições da população, ou seja, um critério que parte do que se entende por normal numa dada sociedade para estabelecer medidas de gestão e governo da população, dirigidas tanto para fazê-la viver quanto deixá-la morrer.

O mais importante a ser observado nesses critérios ou normas é que de um modo ou de outro eles classificam, valoram todos os indivíduos de uma sociedade como normais ou anormais, isto é, constituem aquilo que Michel Foucault chamou de sociedade normalizadora.

Sentenciava o filósofo francês que desta sociedade ninguém escapa, pois todos os indivíduos se encontram de alguma forma embarçados na rede de poder que a perpassa; noutros termos, não há lado de fora nestes jogos de poder e de dominação.

Isto significa que a única possibilidade de resistência à normalização se encontra em nós, localizados na textura da própria malha de poder, tratam-se de pontos em que as relações se travam por práticas que não disciplinares ou biopolíticas.

Noutros termos, esses focos ou nós são locais de perversão da nova ordem, de não sujeição e se constituem como possibilidade de um rearranjo estratégico na rede de poder a partir de um discurso, de um saber, de uma prática anti-normalizadora.

²²⁰ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 181.

2.2. Um caminho anti-disciplinar

2.2.1 Os pontos de resistência à normalização

Os escritos foucaultianos são taxativos ao afirmar que “lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição e exterioridade em relação ao poder”²²¹.

Isto significa que para o filósofo francês não existe um lugar da grande recusa ou um foco genético de todas as rebeliões, ao contrário, os múltiplos nós de resistência estão espalhados por todo corpo social e são condição de existência das próprias relações de poder.

Em suma, de acordo com a tese foucaultiana, as resistências existem sempre no plural e são o alvo constante das relações de poder, isto é, representam o que está lá para ser normalizado, mas que não se deixa normalizar.²²²

É preciso esclarecer que esta interioridade das resistências em relação aos jogos de poder não as relega uma posição de passividade ou um lugar de iminente e irremediável normalização, mas lhes impõe o papel de interlocutoras irredutíveis.

Então, como focos que não se deixam subjugar, elas se inserem de maneira totalmente irregular nas redes de poder e se disseminam no tempo e no espaço com mais ou menos densidade, o que pode ser observado nos levantes

²²¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 91.

²²² “Esses pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder. Portanto, não existe, com respeito ao poder um lugar da grande Recusa – alma da revolta, foco de todas as rebeliões, lei pura do revolucionário. Mas sim resistências, no plural, que são casos únicos: possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, arrastadas, violentas, irreconciliáveis, prontas ao compromisso, interessadas ou fadadas ao sacrifício; por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder.” (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p.

de certos grupos ou indivíduos em que as resistências nitidamente sofrem um processo de densificação no corpo social.

Aliás, quando essa concentração das resistências se torna excessiva, as rupturas radicais são inevitáveis e provocam grandes divisões ou revoluções, que sacodem os tabuleiros dos jogos de poder e estrategicamente rearranjam todas as suas peças.

Todavia, este fenômeno não é comum, ou melhor, costuma ser bastante raro, já que os pontos de resistência são normalmente móveis e transitórios e “introduzem na sociedade clivagens que se deslocam, rompem unidades e suscitam reagrupamentos, percorrem os próprios indivíduos, recortando-os e os remodelando, trançando neles, em seus corpos e almas, regiões irreduzíveis.”²²³

Diante disto, é possível concluir que tal como as relações de poder os nós de resistência não se localizam, mas circulam por todo o corpo social de modo a perpassar os indivíduos, os aparelhos e as instituições. Além disso, pode-se deduzir que o seu espessamento ocorre, a ponto de causar uma revolução ou levante, porque num determinado momento se realiza a sua codificação, isto é, porque se realiza num certo átimo o seu mapeamento e aproximação.

Ainda em relação às resistências, o filósofo francês defende que a formação desses nós que não se deixam normalizar ou o surgimento dos indivíduos e dos grupos que não se deixam governar só é possível a partir daquilo que denomina atitude crítica.

Note-se que de acordo com seus textos esta atitude crítica se traduz num certo modo de pensar e de agir, numa relação travada com o existente, com o que se sabe, com o que se faz, numa relação estabelecida com a sociedade, com a cultura, com os outros, que por sua vez não se deixa assujeitar pelo processo

91).

²²³FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 91.

de governamentalização que há tempo assola a sociedade ocidental.²²⁴

Ainda segundo seus estudos, este processo teria iniciado durante a Idade Média²²⁵, quando a Igreja em atividade especificamente pastoral desenvolveu a idéia de que todo indivíduo, independente da idade ou da condição, deveria por toda a sua vida ser governado e se deixar governar para alcançar a salvação.

Assim, visando a cumprir tal intento de manter a todos subjugados, a Igreja cristã teria criado as chamadas artes de governar, mais especificamente, teria forjado técnicas por meio das quais seria possível manter os indivíduos nesta relação global e ao mesmo tempo particularizada de obediência, sob o pretexto da salvação.

Além disso, para conseguir manter todos assujeitados tratou de agir sempre em nome de uma verdade, que neste contexto tinha um tríplice aspecto: (i) verdade como dogma ou premissa inquestionável; (ii) verdade porque esta direção implicava certo modo de conhecer os homens de forma particular e individualizante, e (iii) verdade porque esta direção se desenvolvia como técnica consciente que exigia regras gerais, conhecimentos particulares, preceitos, métodos de exame, confissões, etc.²²⁶

É certo que num primeiro momento estas artes de governar foram aplicadas estritamente no ambiente dos conventos e dos grupos religiosos, enfim, nos calabouços cerrados das instituições cristãs.

Contudo, por volta do século XV, essas técnicas de governo se laicizaram e eclodiram por toda sociedade, de modo a se multiplicarem nos seus

²²⁴ “E me parece que, entre o grande empreendimento kantiano e as pequenas atividades polêmico-profissionais que adotam o nome crítica, existiu no Ocidente moderno (datando de maneira sucinta e empírica, nos séculos XV e XVI) uma certa relação com o que existe, com o que se conhece, com o que se faz, uma relação para com a sociedade, para com a cultura, e para com os outros.” (FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica?**. Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C. Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, p. 170, 2000). [trad. bras. do original: _____. **Qu’est-ce la critique?** Bulletin de la Société Française de Philosophie, t. LXXXIV, année 84, n. 2, p. 35-63, avr./juin, 1990].

²²⁵ FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica?**. Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C. Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, p. 171, 2000.

²²⁶ FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica?**. Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C.

mais diversos âmbitos.

Deste modo, todos passaram a se preocupar com o governo das crianças, dos pobres, dos mendigos, das famílias, dos exércitos, das cidades, dos Estados, do próprio corpo e do próprio espírito.

Por razões óbvias, esta disseminação das artes de governar provocou imediatamente uma reação totalmente oposta daqueles que se recusavam a este governo, ou seja, levou-os a uma busca vigorosa por caminhos que revelassem como não ser governado, mais especificamente, como não ser governado deste modo, em nome destes princípios, em vista de tais objetivos e através de tais procedimentos.²²⁷

Noutras palavras, juntamente com esta governamentalização da sociedade, constituiu-se uma atitude crítica ou uma arte de não ser governado, que atacava justamente a tríplice ordem de verdade que mantinha todos em obediência, isto é, que contestava a sujeição aos dogmas, às leis tidas como injustas e às verdades sustentadas pela autoridade.

Portanto, pode-se afirmar que se de um lado a governamentalização se exercia como uma prática social capaz de sujeitar os indivíduos mediante mecanismos que apelam para uma verdade, de outro a crítica se exercia como uma prática por meio da qual o sujeito reconhecia ter o direito de interrogar esta verdade nos seus efeitos de poder e o poder nos seus discursos de verdade.

Neste quadro, a atitude crítica se perfilou como a arte da desobediência voluntária, da indocilidade raciocinada, que tinha por finalidade o dessujeitamento no jogo que se poderia denominar política da verdade.²²⁸

Ademais, para Michel Foucault, esta noção de atitude crítica remete

Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, p. 171, 2000.

²²⁷ FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica?**. Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C. Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, p. 171, 2000..

²²⁸ FOUCAULT, Michel. **O que é a crítica?**. Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C. Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, p. 173, 2000.

àquela kantiana de *aufklärung*²²⁹ ou esclarecimento, que consiste no processo em que a humanidade supera um estado de menoridade, ou de incapacidade de servir-se do próprio intelecto sem ser dirigida por outrem, de falta de coragem e de decisão, no qual é mantida de modo excessivamente autoritário.²³⁰

Não por outro motivo, seria possível pensar que a atitude crítica exige necessariamente a expressão simultaneamente individual e coletiva de uma vontade decisória de não ser governado, a qual é capaz de elevar o homem de um estado de menoridade à maioridade no que se refere à religião, ao direito e ao conhecimento.

Em relação ao direito, assunto que interessa diretamente ao desenvolvimento do presente trabalho, esta atitude crítica se traduz como a busca de um direito novo, não normalizado e não normalizador.

Trata-se de um direito antidisciplinar, que não é objeto nem substrato das práticas disciplinares, que não serve ao exercício dos biopoderes, mas que principalmente não caminha na direção de um direito da soberania.²³¹

Nas palavras de Marcio Alves da Fonseca, “a noção de atitude crítica como uma atitude de recusa em ser governado é a noção que melhor expressa a forma que pode vir a ter a resistência ao poder normalizador em Foucault. Daí falarmos em uma positividade da atitude crítica ao nos referirmos à pesquisa sobre a imagem de um direito novo que estaria presente em seu pensamento,

²²⁹ KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?**. Textos seletos. Trad.: Raimundo Vier e Floriano de Souza. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 100-117.

²³⁰ Sobre o assunto, ver: BORGES, Guilherme Roman. **Da atualidade à ontologia crítica: o movimento pendular da modernidade entre Michel Foucault e Immanuel Kant**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, Síntese, v. 38, 2003, p 55-70.

²³¹ “A dire vrai, pour lutter contre les disciplines ou plutôt contre le pouvoir disciplinaire, dans la recherche d’un pouvoir non disciplinaire, ce vers quoi il faudrait aller, ce n’est par vers l’ancien droit de la souveraineté; ce serait dans la direction d’un nouveau droit qui serait anti-disciplinaire, mais qui serait en même temps affranchi du principe de la souveraineté.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 189, v. III). [trad. da autora: Em verdade, para lutar contra as disciplinas ou melhor contra o poder disciplinar, na procura de um poder não disciplinar, na direção do qual se deveria ir, não seria na direção ao velho direito da soberania, seria na direção de um novo direito que seria antidisciplinar, mas que seria ao mesmo tempo afastado do princípio da soberania.]

uma vez que o que está em jogo em tal imagem é precisamente a possibilidade de existirem práticas do direito que sejam práticas de resistência aos mecanismos de normalização.”²³²

O único problema é que Michel Foucault não dissertou especificamente sobre o direito, isto é, não articulou propriamente uma teoria do direito, o que compromete severamente a tarefa de delimitar este direito novo.

Aliás, a fragmentação da temática do direito em inúmeros textos, produtos dos mais variados momentos foucaultianos, impede uma apreensão mais precisa do filósofo francês realmente pensava sobre o direito e sua versão antidisciplinar.

Deste modo, para definir o que vem a ser este direito novo é preciso irremediavelmente servir-se de algumas imagens ou figuras do direito que podem ser captadas nos escritos do autor²³³, bem como nos desdobramentos de sua tese realizados por alguns autores.

2.2.2 As premissas para construção de um “direito novo”

Após uma leitura pormenorizada dos textos foucaultianos, identificam-se basicamente três imagens do direito ou três usos que o filósofo francês atribui ao arcabouço jurídico²³⁴.

A primeira imagem retrata um direito reduzido à noção de lei ou de sistema legal, que teoricamente fundado no princípio da soberania serve à ocultação e legitimação de um poder que materialmente se concretiza por meio de práticas normalizadoras.

²³² FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 267.

²³³ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 26.

²³⁴ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Portanto, este primeiro espectro jurídico, instaura uma oposição conceitual entre direito e normalização, na medida em que revela um direito teoricamente elaborado para delimitar o exercício de um poder soberano e que por conseguinte é incompatível com o funcionamento concreto e histórico dos mecanismos de normalização.

Aliás, esta oposição entre direito e normalização é estratégica e serve justamente para ocultar a concretização das práticas disciplinares e dos biopoderes.

Isto ocorre porque o direito, ao ser concebido no plano formal como limite ao exercício do poder, tal como prescreve a teoria da soberania, não atinge os mecanismos normalizadores que efetivamente concretizam esse exercício na sociedade contemporânea e os deixa funcionar livremente, sem qualquer amarra.

Contudo, este direito produz um único efeito em relação ao poder que materialmente se exerce como normalização, qual seja, o efeito imunizador do poder que evita questionamentos contra abusos e excessos no seu exercício tal como determina a lógica da soberania.

Em síntese, o direito constrói uma representação negativa do poder, que o caracteriza como um modo de recusa, interdição, sujeição e exclusão pelo pronunciamento da lei, mas principalmente que é totalmente oposta às práticas de poder que em realidade funcionam pela técnica, pela normalização e pelo controle. Noutras palavras, este direito que estrutura um poder negativo alimenta a positividade do poder normalizador, que não proíbe, mas produz comportamentos.

Neste sentido, Marcio Alves da Fonseca ressalta que a sociedade ocidental ainda permanece atada a uma representação do poder-lei e do poder soberania, e que as razões da aceitação deste modelo seriam de ordem tática e histórica:

Para Foucault, permanecemos atados a essa representação, à imagem do poder-lei e do poder-soberania. E tal vinculação nos impede de percebermos o funcionamento concreto e histórico de novos mecanismos de poder, em si mesmos irredutíveis à representação do direito.

Esses novos mecanismos, formados ao longo dos séculos XVII e XVIII, funcionam pela técnica, pela normalização e pelo controle, mais do que pelo direito, pela lei e pelo castigo, extrapolando a esfera dos Estados e de seus aparelhos, não sendo possível, portanto, sua descrição e análise segundo aquela representação jurídico-discursiva do poder.²³⁵

A segunda imagem do direito captada dos textos foucaultianos é aquela que atribui a este o papel de vetor e alvo dos mecanismos de normalização, isto é, aquela que apresenta um direito normalizado e normalizador.

Nesta perspectiva, não se observa mais uma oposição entre normalização e direito, mas uma relação de implicação, uma convivência harmônica, uma situação de dependência e principalmente de complementaridade.

Por este viés, o direito se manifesta simultaneamente como critério regulamentar e disciplinar, como norma disciplinar porque separa os indivíduos em duas categorias, a dos delinquentes e a dos não delinquentes, e como norma regulamentar porque estabelece medidas de gestão das pessoas a partir do que uma sociedade em tese entende como normal.

Destarte, como critério disciplinar o direito tipifica as condutas e estabelece sanções necessariamente de forma a constituir uma nova individualidade, a do delincente. Ou seja, ao valorar o ato de matar alguém como ilícito e lhe cominar uma sanção, o direito está a classificar aquele que o pratica como delincente e imediatamente a colocá-lo na posição de anormal e, conseqüentemente, na mira do processo de normalização.

Neste caso, o processo de normalização consiste geralmente no aprisionamento curativo, corretivo, que promove o adestramento necessário do para que o indivíduo possa retornar ao convívio social como não delincente. Além disso, a prisão também funciona como uma fábrica de delinquência e

²³⁵ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 99.

trabalha da na mesma direção da norma, isto é, para constituir a individualidade do delinqüente.²³⁶

Por outro lado, em suas vestes regulamentares, o direito se desdobra em critérios produzidos com base na curva de normalidades de uma dada sociedade e destina-se ao governo das pessoas.

Tem-se como exemplo de um direito regulamentar os processos de criminalização, que num certo contexto histórico e social selecionam as condutas supostamente menos normais para severamente sancioná-las. Veja-se que atualmente se assiste a um processo cada vez mais avançado de criminalização das condutas que atentam contra a ordem econômica ou contra o mercado, pois em tempos de neoliberalismo é normal que se proteja o mercado e não se atente contra ele.

Por fim, é preciso observar que o direito é também normalizado na media em que deixa de funcionar como instância discursiva de resistência, ou quando deixa de ser um saber que se questiona constantemente sobre qual a sua finalidade e sobre como transformar a sua prática em algo antidisciplinar.

Em síntese, neste direito normalizado e normalizador, que formalmente assume o princípio da soberania para organizar seus códigos, a lei é paulatinamente substituída pela norma no sentido foucaultiano do termo e está

²³⁶ “Simultaneamente ao surgimento da prisão, emergem as críticas que a denunciavam como um fracasso penal. Uma série dessas críticas, realizadas entre 1820 e 1845, é recuperada por Foucault: as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, ainda que seu número tivesse aumentado e sua forma fosse transformada, a quantidade de crimes e de criminosos permaneceria estável; a detenção provoca a reincidência, sendo possível se constatar este dado pelo número crescente de condenados que são antigos detentos; a prisão fabrica delinqüentes, pelo tipo de existência que impõe aos detentos, expostos constantemente à corrupção, à exploração do trabalho penal; a prisão favorece a formação de um meio de delinqüência em que os indivíduos são solidários entre si e em que estes se dispõem segundo uma hierarquia interna ao seu meio de delinqüência; a prisão leva naturalmente à reincidência devido às condições desfavoráveis reservada aos detentos libertados (vigiados pela polícia, tendo seus domicílios designados, com a dificuldade de conseguir trabalho); a prisão também fabrica indiretamente a delinqüência, por fazer a família do detento cair na miséria. (FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 171).

cada vez mais comprometida com a ordem social.²³⁷

A última imagem do direito é sem dúvida a mais interessante e retrata uma nova oposição entre direito e normalização, que em nada lembra aquela apresentada pelo movimento que reduziu o direito à lei.

Trata-se de uma oposição produzida pela estruturação de um direito que não se deixa normalizar e que não normaliza, isto é, que atua por meio de práticas que resistem às disciplinas e aos biopoderes.

Este direito novo, como definiu Michel Foucault na aula de 14 janeiro de 1976, ministrada no *Collège de France*, está ao mesmo tempo liberado dos mecanismos de normalização e do princípio da soberania.²³⁸

Isto quer dizer que o direito novo não se reduz a um sistema de leis que limitam e legitimam o exercício de um poder soberano ou a um conjunto de mecanismos que formalmente exigem o respeito à lei, mas que materialmente concretizam um poder normalizador.

²³⁷ “Notre justice est censée, au moins depuis le XIX^e siècle, n’avoir d’autre rôle que d’appliquer la loi. Ce qu’elle fait d’une manière bien boîteuse si vous considérez toutes les exceptions qu’elle tolère, toutes les entorses qu’elle inflige. Mais si vous regardez l’appareil en mouvement, avec ses tenants et aboutissants, vous vous apercevez que la perturbation de la loi obéit au principe de la sauvegarde de l’ordre. Formule de Philippe Boucher: ‘La justice ne se préoccupe pas du préjudice, elle appréhende les troubles.’ C’est pour cause d’ordre qu’on décide de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Pour cause d’ordre qu’on laisse à la police bride sur le cou. Pour cause d’ordre qu’on expulse ceux que ne sont pas parfaitement ‘désirable’. Ce primat de l’ordre a au moins deux conséquences importantes: que la justice substitue de plus en plus le souci de la norme au respect de la loi; et qu’elle tend moins à sanctionner les infractions qu’à pénaliser les comportements.” (FOUCAULT, Michel. **Le citron et le lait**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 697, v. III). [trad. da autora: Nossa justiça presumidamente, ao menos depois do século XIX, não tem outro papel senão aplicar a lei. Isto é por ela feito de uma maneira bem falha se considerarem todas as exceções que ela tolera, todas as distorções que ela inflige. Mas se observarem o aparelho em movimento, com seus detentores e destinatários, perceberão que a perturbação da lei obedece ao princípio de salvaguarda da ordem. Formula Phillipe Boucher: “A justiça não se preocupa com o dano ou malefício causado, ela teme os tumultos. É por causa da ordem que se decide perseguir ou não perseguir. É por causa da ordem que se deixa a polícia livre. É por causa da ordem que se expulsa os que não são perfeitamente desejáveis. Este primado da ordem tem ao menos duas consequências importantes: que a justiça substitua aos poucos o respeito à lei pelo cuidado com a norma; e que ela tenda menos a sancionar as infrações do que a penalizar os comportamentos.]

²³⁸ FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 181, v. III.

Segundo Marcio Alves da Fonseca, que dissertou sobre o tema, este direito novo é fruto de uma atitude crítica, que desconfia das formas do direito vigente e se opõe à submissão dos indivíduos à normalização.²³⁹

Ainda de acordo com este professor paulistano, tal desconfiança em relação às formas do direito viria expressa numa entrevista foucaultiana sobre um projeto de tribunal popular para julgar a polícia.²⁴⁰ Nesta ocasião, o filósofo francês defendeu a constituição de uma justiça popular não organizada na forma de tribunal, já que este é uma instituição própria do aparelho do Estado e conseqüentemente só faz dominar e sufocar a vontade popular. Argumentou, ainda, Michel Foucault que a justiça popular nesta forma de tribunal apenas reproduz a estrutura do Estado burguês moderno, bem como seus mecanismos de normalização.

Contudo, não se pode deixar de contextualizar esta fala do filósofo francês, que ocorreu numa situação bastante peculiar, mais especificamente, num debate travado em 5 de fevereiro de 1972, com militantes da esquerda francesa, proletária, maoísta e clandestina. Veja-se que este pronunciamento veio a público num momento político tenso e de ferrenho engajamento não só do seu autor, mas de todo um grupo que havia participado do movimento de 1968.

Neste colóquio, as palavras de Michel Foucault soaram muito mais como um protesto contra a opressão que assolava a França do que uma reflexão sobre o direito novo, uma vez que este só seria mencionado por ele alguns anos mais

²³⁹ Em suas palavras, a busca por um direito novo vem traduzida na obra foucaultiana em duas posturas: uma postura negativa, que consiste numa atitude quase generalizada de desconfiança de todas as formas conhecidas do direito, ou seja, a forma da lei, da produção legislativa, das instâncias de julgamento, da aplicação das regras, da organização e da reprodução do saber jurídico; e uma postura positiva, que remete a possibilidade sempre renovada e concreta da constituição de práticas jurídicas nas quais se realize algum tipo de resistência ou oposição à normalização. (FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 248).

²⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Sur la justice populaire. Débat avec les maos**. Dits et écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 340-369, v. II. [trad. bras. ____]. **Sobre a justiça popular**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 39-68.].

tarde.

Portanto, discorda-se aqui da menção feita por Marcio Alves da Fonseca ao texto foucaultiano intitulado *Sur la justice populaire* como fundamento para a concepção de um direito novo.²⁴¹

Ora, ao que parece, Michel Foucault propositadamente não traçou um caminho para se chegar ao direito novo, até porque segundo o método genealógico por ele proposto não se tem apenas uma atitude crítica possível, mas inúmeras que estão em incessante luta.

Assim, ao contrário do que se acredita, esta ausência de escritos sobre o direito novo não ocorreu devido à morte prematura do filósofo em 1984, mas devido a sua crença de que o esclarecimento como passo que precede à qualquer forma de resistência ocorre justamente quando a indivíduo raciocinadamente se questiona sobre os caminhos pelos quais vem sendo conduzido e de maneira autônoma decide mudar de direção.

Isto significa que Michel Foucault deixou esta temática inconclusa porque não acreditava numa fórmula para pensar este direito novo, mas em várias formas possíveis que deveriam ser desenvolvidas livremente e longe de qualquer tentativa de normalização por parte de seu discurso.

Entende-se, então, que são múltiplas as maneiras de conceber um direito novo, basta por meio de uma ação livre e pensada escolher uma delas e lutar para que não seja normalizada.

Não por outro motivo, opta-se aqui por um direito novo que se constitui

²⁴¹ “A conclusão da fala de Foucault nesse debate de certo modo já aponta para a perspectiva positiva que compõe a imagem de um ‘direito novo’ no pensamento do autor. Diante de uma desconfiança generalizada da forma do direito (que no âmbito do debate sobre a justiça popular vem especificada na forma do tribunal) qual poderia ser a forma de uma prática do direito: Certamente, qualquer reutilização de uma forma do direito, como por exemplo a forma do tribunal, ‘deve passar pelo crivo de uma crítica muito severa’. A única reutilização válida da forma do direito seria aquela que permitisse se constituir paralelamente a qualquer processo, um contra-processo que fizesse aparecer ‘como mentira a verdade do outro, e como abuso de poder suas decisões’.” (FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 255)

no exercício de uma jurisdição penal cujas práticas não são normalizadoras e nem tampouco normalizadas, mais especificamente, trata-se de um direito construído por meio de um atuar jurisdicional liberto das disciplinas e dos biopoderes.

Obviamente, a concretização deste direito exige antes de mais nada uma atitude crítica em relação às práticas jurisdicionais vigentes, isto é, um questionamento implacável da jurisdição que atualmente se exerce no processo penal brasileiro.²⁴²

²⁴² Note-se que tal atitude crítica exige um confronto “com o mundo vigente, com um horizonte estabelecido de fatos, objetos e explicações ou interpretações compreensivas, a partir do seio da experiência de uma comunidade de vítimas, grupos oprimidos, excluídos, que tomaram consciência de sua negatividade e começaram a formular uma utopia futura possível.” (DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad.: Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 451). Ver, ainda, sobre o assunto: BORGES, Clara Maria Roman. **O discurso dos excluídos: o encontro entre Dussel e Foucault**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Porto Alegre: Síntese, v. 38, 2003, p. 41-53.

3. JURISDIÇÃO E NORMALIZAÇÃO

3.1. A jurisdição normalizadora

3.1.1 Uma análise foucaultiana da jurisdição penal brasileira

Sabe-se que a atual estrutura processual penal brasileiro foi forjada em 1941, em plena ditadura getulista e traz visíveis nuances da legislação italiana de inspiração fascista.

Sob o pretexto de promover a integração nacional e acabar com a desordem desencadeada pela luta das oligarquias e pelas disputas partidárias, o governo de Getúlio Vargas trouxe a lume um Código de Processo Penal cujos mecanismos tinham por real objetivo perseguir, torturar e forçar ao exílio intelectuais e políticos de esquerda, bem como alguns liberais dissidentes de suas políticas centralizadoras.²⁴³

Numa tentativa de criar instrumentos para efetivação da Carta Constitucional que outorgou após um golpe de Estado, o “presidente gaúcho” foi buscar no Código Rocco elementos para a construção deste sistema processual destinado à eliminação de seus opositores.

Segundo Franco Cordero, o Código Italiano de 1931 foi desenvolvido por Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini dentro da lógica inquisitória do velho Código Napoleônico, para afastar de uma vez por todas a sombra liberal que se fazia presente no texto anterior²⁴⁴ e que sem dúvida ameaçava os planos do

²⁴³ “O Estado Novo não representou um corte radical com o passado. Muitas de suas instituições e práticas vinham tomando forma no período 1930-1937. Mas a partir de novembro de 1937, elas se integraram e ganharam coerência no âmbito do novo regime. A inclinação centralizadora revelada desde os primeiros meses após a Revolução de 1930, realizou-se plenamente. Os Estados passaram a ser governados por interventores, nomeados pelo governo central e escolhidos segundo diferentes critérios. Parentes de Vargas, militares, receberam a designação. De um modo geral, porém, nos maiores Estados algum setor da oligarquia regional foi contemplado. (FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 201).

²⁴⁴ “Approvato dal r. d. 19 ottobre 1930, nr. 399, il nuovo codice vige dal 1° luglio

regime fascista.

Note-se que o Código Napoleônico, adotado por quase toda Europa continental, desde sua entrada em vigor no ano de 1811, foi responsável pela criação de um processo que sob uma máscara acusatória escondia a verdadeira essência inquisitória herdada do velho regime.²⁴⁵

Chamado por muitos de processo misto, o processo napoleônico em nada se aproximava de um modelo marcado na mesma medida por características inquisitórias e acusatórias, ao contrário sempre fez prevalecer sua essência inquisitória e utilizou alguns elementos acusatórios apenas para ocultá-la.

Aliás, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho justifica que apesar dos sistemas processuais não existirem mais em sua forma pura, isto é, nos moldes do acusatório inglês²⁴⁶ e do inquisitório medieval²⁴⁷, não se pode conceber um

seguinte. Sul piano tecnico vale qualcosa più del predecessore. Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini hanno soltanto sviluppato in logica quadrata l'assunto criptoquisitorio del vecchio testo, a fossando impietosamente quel semigarantismo; non manca una rude moralità nell'operazione: ecco cosa significa 'processo misto', a essere coerenti. (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, p. 100). [trad. da autora: Aprovado em 19 de outubro de 1930, nr. 1399, o novo código vige desde 1º de julho seguinte: No plano técnico vale alguma coisa a mais que seu predecessor. Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini desenvolveram sobretudo em lógica quadrada o assunto criptoquisitório do velho texto, enterrando impiedosamente aquele semigarantismo; não falta uma rude moralidade na operação; eis o que significa 'processo misto', para ser coerente.]

²⁴⁵ Nas palavras de Franco Cordero, o processo reformado napoleônico implicou verdadeiro retorno ao sistema inquisitório estruturado pelas Ordenações Criminais de 1670: “E assim, em 17 de novembro de 1808, nasce o processo dito misto, monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instrução reina Luís XIV, segue uma cena pública disputada e com a participação popular.” Ou seja, segundo ele, tratava-se de um processo cuja instrução era secreta e o julgamento público, não passava de um verdadeiro golpe de cena para ocultar a inquisitorialidade do sistema. [trad. da autora] “E così, dalla l. 17 novembre 1808, nasce il processo cosiddetto misto, mostro a due teste: nei labirinti bui dell'instruction regna Luigi XIV, segue una scena disputata coram populo.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, p. 73)

²⁴⁶ O sistema acusatório surgiu na Inglaterra, em 1166, quando Henrique II, criou no Tribunal de *Assise*, o procedimento do *Trial by jury*, por meio do qual um órgão colegiado composto de membros da comunidade e organizado por *sheriff* (juiz real itinerante) decidia inicialmente as questões de terra e mais tarde todas as demais. Com este procedimento, o rei inglês submeteu todos aos seus tribunais, inclusive os seus opositores barões, e ganhou conseqüentemente o apoio popular. V. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, p. 41 e ss. e GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Gulbenkian, 1988, p. 210 e ss.

²⁴⁷ O sistema inquisitório foi estruturado pela Igreja Católica por volta de 1215 para punir os hereges, isto é, os que contrariavam suas escrituras, uma vez que seu número havia

sistema propriamente misto porque em sua essência há sempre a predominância de um deles, ainda que as características secundárias de ambos se mesquem.²⁴⁸

Complementa o processualista brasileiro, que tal conclusão se infere quando os sistemas processuais são diferenciados pelo critério da gestão da prova, que os classifica como essencialmente inquisitórios, quando cabe ao juiz carrear as provas ao processo, e essencialmente acusatórios, quando esta tarefa se torna incumbência das partes.²⁴⁹

Veja-se que diante dessas constatações históricas e taxionômicas é inevitável reconhecer que o atual sistema processual penal brasileiro não é misto²⁵⁰ e nem acusatório²⁵¹ como querem alguns, mas essencialmente inquisitório na medida em que estruturado nas bases do Código Rocco e, reflexamente, influenciado pelo Código Napoleônico.²⁵²

aumentado consideravelmente desde que a racionalidade aristotélica penetrara nos feudos e colocara em risco o domínio dos bispos. V. CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, p. 43 e ss.

²⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴⁹ “Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente poderemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17-18).

²⁵⁰ V. TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: ação, jurisdição e processo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 176 e ss..

²⁵¹ V. MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 24 e ss.

²⁵² “De qualquer forma, é preciso estar atento para o fato de que o Código Napoleônico informou a grande maioria das legislações da Europa continental e, de conseqüência, aquelas as quais estas influenciaram, entre outras a nossa hoje em vigor.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à

É verdade que o Brasil já teve em vigor um sistema processual penal acusatório, isto porque D. Pedro I, ao participar da elaboração do primeiro Código de Processo Penal genuinamente brasileiro²⁵³, não se deixou guiar pelo modelo imperial francês já em vigor, ao revés, fiou-se naquele delineado pela legislação revolucionária²⁵⁴, mais especificamente, pelo Decreto 16-29 de setembro de 1791²⁵⁵, que imprimiu no processo franco as formas inglesas.²⁵⁶

Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40).

²⁵³ “A história do Código de Processo Criminal de Primeira Instância inicia-se no governo de D. Pedro I. Na sessão de 20 de maio de 1829, por ordem do soberano e cuja mensagem foi subscrita pelo Ministro da Justiça, Lúcio Soares Teixeira Gouveia, o projeto foi apresentado à Câmara, tendo esta, incontinenti, designado uma comissão integrada pelos deputados Medeiros, Cruz Ferreira e Araújo Bastos para examiná-lo. A comissão, em 15 de junho do mesmo ano, ofereceu seu parecer, favorável ao projeto.(...) No mês de julho de 1831, Manuel Alves Branco apresentou, na qualidade de relator, o seu parecer, e, em setembro desse mesmo ano, o projeto foi remetido ao Senado, que dele se ocupou por mais de um ano. Em 20 de outubro de 1832, recebeu o autógrafo da Assembléia e no dia 29 de novembro do mesmo ano, foi promulgado pela Regência Permanente Trina, cujos componentes eram Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz, - que tinham sido eleitos em 3 de junho de 1831 - e referendada a lei, por Honório Hermeto Carneiro Leão.” (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 97 e 98).

²⁵⁴ “O nosso legislador de 1832 ficou, portanto, num meio termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o misto, adotado pela França, (...) mas indubitavelmente, o nosso Código era muito mais liberal, pois no modelo francês o acusado era colocado em uma situação de inferioridade em relação ao acusador oficial e o juiz exercitava uma atividade de produção de provas, valendo-se para esse fim, até mesmo da tortura. Além disso, nesta legislação, ‘o processo era escrito, secreto e não contraditório’, o que não ocorria com o nosso.” (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. São Paulo: Jalovi, 1983, p. 103).

²⁵⁵ “Ribadito dalla constitution 3 settembre 1791 e attuato dal decreto 16-29 settembre, questo canone importa technique inglesì (qualcuno vi postula poco verosimili ascendenze francesi eclissate negli ultimi tre secoli).” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, p. 61.) [trad. da autora: Previsto pela constituição de 3 de setembro de 1791 e concretizado pelo decreto 16-29 de setembro, este cânone importa técnicas inglesas (qualquer um supõe pouco verossímel ascendências francesas eclipsadas nos últimos três séculos).].

²⁵⁶ “A desrazão, como sói acontecer, atribuiu à frouxidão do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832, a culpa pelo que se estava passando, sob o fundamento de se incentivar a impunidade. O argumento, à toda evidência, era falacioso. O dito Código era um modelo exemplar, dentro do possível à época, mesmo porque se estava a seguir a legislação francesa pré-napoleônica centrada no Decreto de 16-29 de setembro de 1791 (ainda do período da Assembléia), infinitamente melhor que o Código francês de 1808, fruto de artimanhas legislativas para eternizar o *ancien régime*, tudo patrocinado por Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, mais tarde arquitecancer do Império. Da histeria quase coletiva (patrocinada pela oligarquia fundiária), nasce no Brasil a Reforma de 1841, com a famosa Lei nº 261, de 03 de dezembro. Ela foi, por si só, um exemplo primoroso de “terror

Contudo, sabe-se que este Código não vigorou por muito tempo sem reformas, pois a insegurança interna trazida pela renúncia do Imperador levou à sua reforma e, conseqüente, estruturação em seu lugar de um sistema policialesco e repressor²⁵⁷, que só bem mais tarde seria substituído em parte por outro modelo.

Vê-se, portanto, que a adoção de um ou de outro sistema processual numa dada sociedade decorre do arranjo estratégico de suas relações de força, que se apropriam do arcabouço jurídico para que certos grupos ou indivíduos exerçam poder.

Nesta linha, é possível dizer que tanto a estruturação do atual sistema processual penal brasileiro na vigência do Estado Novo, como a sua perpetuação em tempos de democracia são resultantes das tramas de poder que enleiam a sociedade brasileira.

Ademais, não se tem dúvida de que este sistema de essência inquisitória foi engendrado para servir ao exercício de um poder normalizador, cuja mecânica de vigilância e controle tem subjogado a sociedade ocidental desde o fim da Idade Média.

Aliás, não se pode ignorar que o sistema de essência inquisitória traduzido no processo napoleônico é expressão perfeita deste poder que formalmente vinculou o edifício jurídico da sociedade pós-medieval ao princípio da soberania para ocultar os mecanismos normalizadores que o concretizam.

legal”, abrindo as portas para arbitrariedades sem limites. Em quase trinta anos de vigência – é sempre bom não esquecer – nada mudou quanto à criminalidade. Foi a Guerra do Paraguai (1864-1870) que apontou o país para outra direção, colocando-o refém dos ingleses. A guerra, não obstante, é fator imperioso de união e tão-só ao seu final que se conseguiu a sonhada mudança, resultado de uma solução de compromisso entre os Liberais (que sempre nela insistiram) e os Conservadores, tudo movido por uma exigência do próprio Imperador Dom Pedro II.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O projeto de justiça criminal do novo governo brasileiro**. Site: <http://www.direitosfundamentais.com.br>, acesso em 10.02.2005, às 14h).

²⁵⁷ Este sistema foi estruturado pela Lei nº 261/1841, que tratou de reformar o Código de Processo Criminal de Primeira Instância vigente desde 1832. As reformas foram amplamente contestadas pelos liberais que as tomavam como legitimadoras do abuso do poder e da tirania dos governos. V. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução**

Sobre a legislação napoleônica, Michel Foucault dizia que a nova mecânica de poder surgida nos séculos XVII e XVIII deveria em princípio ter aniquilado o arcabouço jurídico elaborado nos termos da soberania e por conseguinte incompatível com o seu funcionamento.

Todavia, segundo ele, ocorreu justamente o contrário e a teoria da soberania não só continuou a existir, “como ideologia do direito, mas ela continuou a organizar os códigos jurídicos que a Europa do século XIX elaborou a partir, principalmente, dos códigos napoleônicos.”²⁵⁸

Exemplificava, ainda, o filósofo francês que nas sociedades modernas se tem até hoje de um lado uma legislação, um discurso, uma organização de direito público, articulados em torno do princípio da soberania do corpo social, e de outro um quadriculado de práticas normalizadoras que são responsáveis pela coesão deste mesmo corpo social.²⁵⁹

Tal fenômeno pode inclusive ser comprovado mediante uma análise da jurisdição penal exercida atualmente dentro da lógica inquisitória do processo napoleônico, isto porque teoricamente ela funciona como a face da soberania estatal encarregada da dicção do direito, mas no plano material onde este sistema não alcança porque incapaz de codificar o que não se traduz pelo

histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983, p. 135 e ss.

²⁵⁸ [trad. da autora] “...la théorie de la souveraineté a continué non seulement à exister, si vous voulez, comme idéologie du droit, mais elle a continué à organiser les codes juridiques que l’Europe du XIX^e siècle s’est donnés à partir, en gros, des codes napoléoniens.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 186, v. III).

²⁵⁹ “On donc dans les sociétés modernes, à partir du XIX^e siècle et jusqu’à nos jours, d’une part, une législation, un discours, une organisation du droit public articulés autour du principe de la souveraineté du corps social et de la délégation par chacun de sa souveraineté à l’État, et puis on a en même temps un quadrillage serré de coercitions disciplinaires qui assure de fait la cohésion de ce même corps social. Or ce quadrillage ne peut en aucun cas transcrire dans ce droit, que en est pourtant l’accompagnement nécessaire.” (FOUCAULT, Michel. **Cours du 14 janvier 1976.** Dits et Écrits. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 187, v. III). [trad. da autora: Tem-se, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX e até os nossos dias, de um lado, uma legislação, um discurso, uma organização de direito público articulado em torno do princípio da soberania do corpo social e da delegação por cada indivíduo de sua soberania ao Estado, e depois se tem ao mesmo tempo um quadriculado estreito de coerções disciplinares que asseguram de fato a coesão deste mesmo corpo social. Logo este quadriculado em nenhum caso pode ser transcrito neste direito, o qual

princípio da soberania, não faz outra coisa senão normalizar os indivíduos.

Não é diferente o que se passa com a jurisdição penal brasileira, que nos termos do Código de Processo Penal vigente vem formalmente condicionada por uma série de restrições destinadas a conferir legitimidade ao seu exercício na medida em que teoricamente afastam dele abusos e excessos, mas que materialmente se concretiza por meio de práticas normalizadoras exercidas sem qualquer limite, pois irreduzíveis ao sistema legal organizado em torno da soberania.

Aliás, recentemente essas práticas ganharam ainda mais espaço mediante a estruturação do que se convencionou chamar de justiça penal consensual, a qual foi responsável pela concepção de uma série de mecanismos que apresentam aos casos penais soluções demasiado distantes do conhecido sistema penal fundado no princípio da soberania.

Ressalte-se que neste novo modelo de justiça o atuar jurisdicional não perdeu sua máscara e continua a ser visto como exercício legítimo do poder soberano do Estado, no entanto quando se trata da resolução concreta dos casos penais emprega técnicas sutis de vigilância, controle e governo dos indivíduos.

Portanto, apresenta-se na prática não como um sistema negativo e inflacionário de restrições, castrações e repressões, mas como um conjunto de engrenagens que goza de certa positividade na medida em que produz comportamentos e conduz todos de acordo com certos princípios e procedimentos.

Esta nova justiça que prevê a resolução das questões penais mediante um acordo entre ofensor e ofendido ou mediante a imposição de sanções que obrigam os indivíduos à prestação de serviços em sua comunidade, não faz outra coisa senão normalizar os cidadãos, pastoreá-los sob o pretexto de conduzi-los à salvação tal como propugnava a velha arte cristã de governar.

Muitos autores alegam que ela teria flexibilizado as velhas formas do processo penal, bem como dos direitos a elas vinculados, sob a justificativa falaciosa de que seria este o caminho para aumentar a eficácia do atuar jurisdicional.

Contudo, uma análise foucaultiana do fenômeno leva a concluir que as formas do processo penal não foram elásticas por esta justiça consensual, mas novas práticas foram criadas longe do velho arcabouço jurídico vinculado ao princípio da soberania para que desta maneira pudessem escapar de seus condicionamentos e ao mesmo tempo servir de esteio para uma jurisdição que se exerce sem qualquer limite.

Noutras palavras, Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho dissertam sobre esta nova justiça e diagnosticam que “sob a argumentação de maior dinamização da política criminal, maximização da eficácia do poder judiciário, celeridade na aplicação da sanção e relegitimação da vítima, tem-se como efeito a criação de um sistema administrativizado e/ou privatizado na resolução dos conflitos, carente das históricas garantias fundamentais, além de absolutamente hipertrofiado.”²⁶⁰

Neste sentido, pode-se concluir que justiça penal consensual engendra um sistema administrativizado e/ou privatizado cuja lógica em muito lembra aquela das *lettres de cachet* referidas anteriormente como práticas que remontam o surgimento do poder normalizador.

Rememora-se que este mecanismo utilizado na França do século XVIII se “traduzia numa intervenção policial e real para reprimir a desordem social e urbana instauradas, bem como para, através dos casos de polícia, garantir a interferência do poder público no controle da população.”²⁶¹

²⁶⁰ CARVALHO, Salo; WÜNDERLICH, Alexandre. **Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista.** Diálogos sobre a Justiça Dialogal. RJ: Lumen Juris, 2002, p. 158.

²⁶¹ BORGES, Guilherme Roman. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico.** Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da

Em suma, tratava-se de um de instrumento por meio do qual a própria sociedade se auto-controlava na medida em que solicitava a intervenção do poder público para reprimir aquele considerado por ela moralmente reprovável.

Assim, quando um determinado grupo solicitava ao rei o confinamento administrativo de um indivíduo moralmente insubmisso concedia ao poder público a possibilidade de determinar e impor comportamentos para melhorá-lo e ao mesmo tempo lhe facilitava a correção dos criminosos, dos loucos, dos reconhecidamente anormais.

Isto significa que as *lettres de cachet* eram de grande valia também para o Estado, que por meio de suas intervenções rápidas zelava pela paz pública e realizava de maneira eficiente a sua polícia, sem que fosse necessária a intervenção da morosa máquina judiciária e de seus lentos e minuciosos mecanismos de controle do encarceramento.

Nesta linha, Michel Foucault demonstrava que as *lettres de cachet* existiam a serviço de dois interesses, um de ordem pública e outro de ordem privada:

A honra para as famílias, e a ordem pública, para a administração, constituem duas maneiras de buscar o mesmo resultado: estabelecer uma regulação permanente do comportamento dos indivíduos, e, particularmente dos jovens turbulentos, pelos mecanismos que funcionam por baixo e nos interstícios do aparelho de justiça, máquina que do ponto de vista do Estado é lenta, incerta, e cuja independência a demonstra insubordinável; máquina que do ponto de vista dos pais é perigosa, custosa e freqüentemente infamante. O procedimento das *lettres de cachet* pode ser visto como um jogo e o ajuste entre estes dois cuidados.²⁶²

Finalmente, não se pode deixar de observar que estas ordens reais não tinham uma ostensiva e imediata reprovação da sociedade, já que sua concretização normalmente dependia de uma demanda dela proveniente e tinha como efeito imediato trazer certo alívio à comunidade ou à família do

Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002, p. 625.

²⁶² FOUCAULT, Michel; FARGE, Arlette. **Les désordres de famille**. Paris:

moralmente insubmisso.

Ora, a jurisdição que atualmente se concretiza por meio dos mecanismos da justiça consensual não tem outra finalidade senão reprimir a desordem social e urbana, tal como ocorria no processamento das *lettres de cachet*.

Além disso, sua intervenção é sempre rápida e fornece recursos para que a própria sociedade possa realizar o seu controle, isto é, fornece meios para que os cidadãos mediante acordos privados pacifiquem seus conflitos sem que lancem mão da máquina judiciária e de todo o complexo arcabouço de garantias que a acompanha.

Em resumo, esta justiça normaliza o corpo social mediante práticas de poder perpetradas pelos próprios cidadãos e sua atuação não sofre qualquer condicionamento legal por que tais práticas não se submetem ao edifício jurídico fundado no princípio da soberania, o qual só regulamenta o exercício de um poder centralizado no Estado. Portanto, o que se vê na prática são acordos absurdos que não raro sancionam pessoas inocentes e deixam impunes aqueles que praticaram delitos.

Se não bastasse tudo isso, jurisdição de acordo com esta lógica negocial impõe aos indivíduos medidas que visam ao seu melhoramento ou aperfeiçoamento moral e que geralmente consistem em prestações de serviços à comunidade, tratamentos psicológicos, ressarcimento dos danos, regras de respeito ao suposto ofendido, etc...

Contudo, não se pode deslembrar que tal padrão de moralidade é ditado por aqueles que exercem poder e tem como único objetivo a docilização e governo dos corpos.

Outra semelhança que se pode identificar neste paralelo traçado entre a justiça penal consensual e as velhas cartas reais de confinamento é o aparente pequeno impacto que as imposições de ambas causam na sociedade, uma vez

que provêm da demanda dos próprios cidadãos, não são violentas ou infamantes e trazem uma sensação de alívio àqueles que sofrem seus efeitos.

Entretanto, não se pode ignorar que na prática o impacto das medidas impostas pela justiça consensual é muitas vezes devastador, já que o estigma do processo penal não deixa de atingir os indivíduos que dela participam. Veja-se que o referido alívio também não passa de uma sensação passageira, uma vez que tais imposições têm geralmente um caráter efêmero, pois de regra não são aptas a coibir os comportamentos que há muito não deveriam ter sido descriminalizados.²⁶³

Portanto, o que se vê nos dias de hoje é uma jurisdição exercida para normalizar os indivíduos, controlar e vigiar o seu comportamento, governar os seus corpos de forma a subjugar-los e fazê-los agir de acordo com certos princípios, sem que se admita qualquer questionamento.

Aliás, é preciso ressaltar que não são poucos os mecanismos utilizados pela jurisdição penal para realizar tal tarefa e estes vão desde aqueles concebidos recentemente nos termos desta justiça negocial como aqueles mais antigos delineados nos moldes do Código de Processo Penal.

3.1.2 Os mecanismos normalizadores no processo penal de hoje

3.1.2.1 Os acordos nos juizados especiais criminais

Sabe-se que a Lei nº 9.099/95 imprimiu visíveis mudanças no sistema processual penal brasileiro, mas é preciso reconhecer que não são elas tão profundas quanto anunciam os seus mentores.

Isto porque apesar de ser responsável pela implementação da referida

²⁶³ Ver sobre o assunto: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional)**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

justiça consensual no Brasil, com a criação dos chamados Juizados Especiais Criminais, tal legislação não deixou de conservar a base inquisitória do sistema.

Tem-se consciência de que estes órgãos jurisdicionais, bem como os seus procedimentos, foram criados na tentativa de mudar definitivamente a tendência inquisitória do sistema brasileiro, mas basta uma rápida mirada nas práticas que lhes dão concretude para perceber que esse intento jamais foi alcançado²⁶⁴ e que a sua estruturação só facilitou ainda mais o exercício de uma jurisdição normalizadora²⁶⁵.

Em nome de uma maior celeridade do atuar jurisdicional, bem como de sua desburocratização e efetividade, os mecanismos consensuais previstos na

²⁶⁴ Sobre a tentativa de mudar a tendência do sistema processual penal brasileiro com a criação dos Juizados Especiais Criminais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho expressa: “agora com este arremedo de sistema acusatório (em verdade o sistema, na Lei 9099/95, segue sendo inquisitório, por força do princípio inquisitivo), mais retórico do que fático, pouco há de ser feito: pouco há para ser remendado. Se se quer caminhar na direção do câmbio epistemológico; e ele só vem com a mudança do sistema processual ou, para maior precisão, do princípio unificador, sendo certo que hoje, os sistemas são todos mistos, não propriamente por se ter um princípio misto (seria uma contradição em Aristóteles e, portanto, incompatível com qualquer discurso racional), mas porque o princípio que lhe é nuclear dá-lhe o cariz e, de fora, vêm os elementos secundários.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional)**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12-13).

²⁶⁵ A processualista Ada Pellegrini Grinover foi a grande responsável pela estruturação dos Juizados Especiais Criminais no Brasil e sempre defendeu a sua concretização como possibilidade de uma revolução no sistema brasileiro: “Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Abrindo-se às tendências apontadas no início desta introdução, a lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado.” (GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 28). Aliás, sobre a autoria do discurso que sustentou a criação dos Juizados Especiais Criminais, Geraldo Prado comenta: “E aí verifica-se a introdução no Brasil de uma estrutura completamente diferente da estrutura prevista no art. 5º da Constituição, estrutura que começa a ser aplicada pelo discurso de que a melhor solução de casos controvertidos é aquela obtida por acordo entre as pessoas envolvidas no conflito. A base deste discurso é de que não há nada socialmente mais saudável e justo do que a convergência de interesses entre os dois sujeitos que estão em posição antagônica. É o discurso que aparece, por exemplo, na obra de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, que aplaudem a possibilidade de o consenso finalmente ter conseguido penetrar no direito penal brasileiro.” (PRADO, Geraldo. **Transação penal: alguns aspectos controvertidos**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84-85).

mencionada lei foram concebidos sob inspiração do direito norte-americano, de reconhecida matriz acusatória, ao menos até a edição dos chamados Patriot Acts.²⁶⁶

É inevitável admitir que incorporação pela justiça brasileira da lógica dos *bargains* criou contradições invencíveis entre as práticas judiciárias e o ordenamento constitucional vigente.

Além disso, não se pode negar que funcionam sobre uma base inquisitória e mais parecem contratos de adesão do que verdadeiros acordos, que têm como pressuposto a livre manifestação da vontade.

Ora, são suficientes alguns minutos no ambiente dos Juizados para verificar que o presumido ofensor nesta hora se vê praticamente obrigado a aceitar a proposta daquele que se diz vítima ou do próprio Ministério Público, que se diz guardião da sociedade, visto que a ameaça de um desgastante processo e de uma possível condenação sempre pairam sobre sua cabeça.²⁶⁷

Afinal, o juiz nesta nova estrutura continua a cumprir o seu papel de inquisidor e a conduzir o processo, enquanto as partes se vêem afastadas do

²⁶⁶ Sabe-se que o direito norte-americano, fundado sobre as bases do direito inglês, passou por mudanças profundas após o atentado terrorista de 11.09.2001, quando foram editados os atos patrióticos (de 26.10.2001 e 09.01.2003), que restringiram os direitos e garantias processuais do acusado de terrorismo.

²⁶⁷ “Mas as notícias não param por aí: fala-se, para se acreditar, em audiências coletivas (sério: para vários processos de uma vez só, com as ofertas sendo lançadas como que em um leilão); de pressões para efetivação das transações penais (seria estranhável se não se caminhasse na direção do maior defeito do *plea bargaining* do sistema norte-americano, com a sorte de se operar no Brasil, com o *nolo contendere*); de conciliadores decidindo de fato; de denúncias sendo oferecidas – e recebidas – em casos de evidente falta de condição da ação ou mesmo condições da ação, quiçá como represália pela não aceitação da transação penal, e assim por diante. O país, neste espaço, é só lamentações; e se assim o é, é preciso rever a estrutura urgentemente, retomando-se a discussão desde o exato ponto histórico onde foi (propositadamente?) perdida.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional)**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 08-09). No mesmo sentido, Fauzi Choukr, ao falar do papel de negociador que assume inusitadamente o defensor público no momento de celebração destes acordos, afirma: “O advogado criminal defensor público vê-se na condição de um negociador (como se a Justiça Criminal pudesse disso ser objeto) e seus compromissos éticos, morais e jurídicos acabam por ganhar uma dimensão inesperada, mormente porque tais instrumentos são muito mais aptos a intimidação pelos Estado do que sujeitos à negociação.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de direito e**

contraditório²⁶⁸ e esperam a sentença produzida sob os efeitos de um quadro mental paranóico.

Aliás, esta situação encontra perfeita tradução na teoria de James Goldschmidt, que denunciou o engodo de um processo visto como relação jurídica²⁶⁹ e esclareceu que este em verdade não passa de uma sucessão de situações jurídicas, nas quais as regras processuais funcionam sempre como promessas ou ameaças da conduta do juiz:

Estabeleci em meu livro *Prozess als Rechtslage* a teoria de que o processo não é uma relação jurídica abstrata, mas que por ele constitui uma situação jurídica de seu objeto. Tomei como ponto de partida a dupla natureza das normas jurídicas: são imperativas para os cidadãos e são medidas para o juízo do juiz. A primeira concepção é a corrente e convém às normas jurídicas enquanto se trata de sua função extrajudicial, ou seja, enquanto determinam os atos dos homens fora do juízo. A concepção das normas como medida do juiz chega a ser a base dos laços processuais entre as partes. Da natureza das normas legais, como medida do juiz, resulta que tenham caráter de promessa ou ameaças de uma conduta determinada do juiz, em último grau de uma sentença de conteúdo determinado. Os laços jurídicos dos indivíduos que se constituem, correspondentemente, são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável.²⁷⁰

Se não bastasse tudo isso, a normalização empreendida pelo atuar jurisdicional nestas conciliações é evidente e pode ser notada desde logo na realização do acordo civil extintivo da punibilidade, que se firma entre a pretensa vítima e o suposto ofensor com intuito de fixar condições para o ressarcimento de eventuais danos causados pela prática de infração de menor

processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129).

²⁶⁸ “O princípio do contraditório é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora, apresentando o Estado na relação processual, é o detentor do Poder e, por conta disto, funciona como órgão mediador, através do qual passam os pleitos. Traduz-se, então, na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requerem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 187).

²⁶⁹ BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones procesales y presupuestos procesales.** Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

²⁷⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal.** Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 50.

potencial ofensivo, conforme prevê o art. 74, da citada lei²⁷¹.

Veja-se que neste caso cabe ao poder público fornecer aos cidadãos os subsídios necessários à sua pacificação, isto é, pessoal especializado para induzir a conciliação, ambiente adequado a alcançá-la e também a atuação jurisdicional para de certo modo tornar definitivo o que foi acertado entre as partes.

Assim, a intervenção estatal que se verifica neste plano é rápida tal como prescreve a segunda parte do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição da República²⁷², e supre a sociedade dos elementos necessários para que realize seu autocontrole e goze o alívio de resolver seus problemas corriqueiros sem a movimentação da morosa, cara e arcaica maquinaria do processo nos moldes do Código de Processo Penal.

Inclusive, é preciso ressaltar que os efeitos de normalização produzidos pelo Estado com a celebração destes acordos são infinitamente maiores do que aqueles decorrentes do atuar jurisdicional nos processos compostos por atos e de procedimentos repletos de formas.

Sem dúvida, uma breve análise dos resultados práticos obtidos com a criação destes mecanismos é suficiente para demonstrar que os cidadãos são por eles diariamente normalizados e mantidos numa posição de docilidade.

Primeiramente, tal ocorre porque qualquer um pode comparecer nas delegacias de polícia e sem qualquer burocracia dar início ao procedimento que culminará nos referidos acordos, sabe-se que para a elaboração de um termo circunstanciado ou do documento policial que impulsiona o procedimento dos

²⁷¹ “**Art. 74.** A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente. **Parágrafo único.** Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta renúncia ao direito de queixa ou representação.”

²⁷² “**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

Juizados Especiais Criminais são necessários apenas os dados da suposta vítima, do suposto ofensor e uma breve narrativa sobre a prática de uma infração de menor potencial ofensivo, dispensadas quaisquer outras provas que atestem ao menos a materialidade da infração noticiada.

Observa-se que esta facilidade de acesso às instâncias de resolução dos casos penais abre espaço para que falsas notícias de infração sejam dadas e utilizadas como instrumento de pressão para auferimento de vantagens pecuniárias, o que provoca certo distanciamento dos cidadãos que se vêm amedrontados pela possibilidade de um de seus convivas fazê-lo alvo dessa estrutura.

Por conseguinte, este clima de desconfiança e insegurança instaurado pelos mecanismos dos Juizados provoca um rompimento gradativo das comunicações entre os cidadãos e ao mesmo tempo uma crescente passividade de todos.

Ademais, é preciso ter em mente que o procedimento dos Juizados abrange um extenso rol de infrações penais e traz para o seu ambiente um grande número de pessoas, as quais cadastra, observa, vigia, tal como uma grande estrutura panóptica.

Também não se pode negar que a homologação do acordo civil extintivo da punibilidade pelo juiz, embora gere formalmente efeitos de ordem pecuniária²⁷³, materialmente não deixa de produzir a conhecida classificação inerente à atuação jurisdicional no âmbito do processo penal, a qual separa os indivíduos em duas categorias, a dos delinquentes e não delinquentes, dos

duração do processo e **os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**” (-gn-)

²⁷³ Contrariamente ao tratamento dado à vítima nos acordos dos Juizados Especiais Criminais, assevera-se com Flaviane Pellegrini que “uma compreensão constitucionalmente adequada da participação da vítima no processo penal não decorre tão somente de seu direito à reparação do dano, mas também das garantias processuais da vítima em virtude do devido processo legal que determina a reconstrução fática do fato ilícito deduzido na denúncia, que compreende uma posição diferente e mais ampla da definida a partir do seu papel como agente colaborador da acusação pública.” (PELLEGRINI, Flaviane de M. B. **A participação da vítima no processo penal.** Tese apresentada como requisito à obtenção do título de doutora em Direito, na Faculdade de Direito, da PUC-MINAS, em 18.07.2003)

normais e anormais.

Além disso, constata-se que este sistema consensual de resolução dos casos ganha um aparente respaldo junto à população, uma vez que a demanda para a atuação jurisdicional do poder público advém da própria sociedade e dispensa gastos com o custoso e lento procedimento ordinário.

Enfim, é possível concluir que todas estas medidas servem para vigiar, controlar e de modo sutil induzir os sujeitos a agirem de acordo com certos procedimentos e princípios, sem que tenham tempo ou possam livremente questioná-los.

Em outras palavras, o que se vê é um processo de normalização daqueles que se encontram reféns desta justiça consensual e se submetem cegamente a um processo de docilização perpetrado por aqueles que exercem poder numa dada sociedade.

Não é diferente o que ocorre na transação penal, outra modalidade de acordo prevista no art. 76, da referida lei²⁷⁴, a qual se firma entre o suposto ofensor e o Ministério Público para a aplicação antecipada de uma pena sem a realização do processo que poderia levar à concretização dos efeitos civis e penais de uma condenação.

Note-se que a proposta de transação penal pelo Ministério Público exige o preenchimento de uma série de condições por parte do suspeito, as quais geralmente dizem respeito à posição do ofensor na curva de normalidade de um dado corpo social, isto é, quanto menos vezes tiver sido ele considerado delinqüente ou anormal maior a probabilidade de gozar do benefício.

Então, oferecida a proposta de transação o sujeito muitas vezes sofre pressão para aceitá-la como se fosse uma grande benesse e sempre sob a ameaça de um possível processamento do caso e conseqüente condenação,

²⁷⁴ “**Art. 76.** Havendo representação ou tratando-se crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a ser aplicada na proposta.”

cujos efeitos civis e penais podem colocá-lo na condição de delinqüente e anormal, por um tempo ainda maior.

Além disso, as penas impostas ao suposto ofensor se traduzem de regra em penas alternativas, de cunho altamente correcional e moralizante, isto porque prescrevem restrições aos hábitos do apenado, como a não freqüentação de determinados lugares, serviços à comunidade e doações às pessoas carentes, que têm quase sempre um caráter educativo.

Como se vê, a intervenção jurisdicional também é bastante rápida neste ponto e vem justamente para homologar o acordo que implicou cumprimento de medidas normalizadoras, que por um lado disciplinam os corpos prescrevendo de maneira refinada o moralmente adequado e por outro se preocupam com a disposição dos sujeitos na curva de normalidade produzida pelas relações de força que perpassam certo corpo social.

Isto significa que a jurisdição neste caso tal como no acordo civil não deixa de ser exercida formalmente como soberania estatal, porém não se pode ignorar que suas práticas são normalizadoras e se exercem livre de qualquer controle, já que as leis nos ordenamentos das sociedades contemporâneas só servem ao condicionamento do exercício de um poder soberano.

Portanto, é possível concluir que ambos os acordos celebrados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais servem tanto à perpetuação do sistema inquisitório brasileiro, na medida em que preservam o atuar jurisdicional formalmente vinculado ao princípio da soberania, quanto à concretização de uma jurisdição que não tem outro objetivo senão governar a todos.²⁷⁵

²⁷⁵ “O certo, em ultima ratio, é que se não andou bem. Passados mais de sete anos da vigência da lei, ainda não se tem paz em boa parte dos conceitos, lançados contra melhor técnica, em verdadeira balburdia, que muito mais confunde que ajuda. Os resultados, como não poderia deixar de ser, causam desânimo; e repulsa. Os indicativos – basta rodar um pouco pelo país, pois ainda que alguns teimem em esquecer, ele não é feito só dos grandes centros-, por evidente, são ruins, muitos ruins. Reclama-se, como nunca; muito ao contrário do que se tem dito dos Juizados Especiais Cíveis, onde os problemas- os defeitos – parecem ser secundários e dizer respeito, em larga escala à falta de condições naturais.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura**

3.1.2.3 O juízo de admissibilidade da peça acusatória

Não obstante a inquisitorialidade do sistema processual penal brasileiro, neste se impõe como condição para o processamento dos casos penais a apresentação de uma peça acusatória pelo Ministério Público ou pelo próprio ofendido.

Tal exigência decorre do princípio da inércia da jurisdição, que embora não expressamente previsto na legislação processual penal deste país ganha aplicação na interpretação que se faz dos dispositivos constitucionais garantidores do devido processo legal.

Nas palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “este princípio, que é uma das características importadas do sistema acusatório, determina que a jurisdição é inerte e não pode ser exercida (no sentido do desencadeamento do processo) de ofício pelo juiz.”(...) Como se sabe, o princípio do devido processo legal exige que o julgador seja submetido ao princípio da inércia, buscando garantir, ao máximo, a sua imparcialidade e equidistância das partes.”²⁷⁶

Deste modo, pode-se dizer que o juiz só exercerá jurisdição e desencadeará o processo que visa ao accertamento dos casos penais após o oferecimento da denúncia nos crimes de ação penal pública ou da queixa naqueles de ação penal de iniciativa privada.

Normalmente, este primeiro movimento que impulsiona a máquina judiciária coincide com a realização do juízo de admissibilidade da peça acusatória, isto é, com a verificação pelo juiz dos fundamentos e da regularidade da acusação formulada.

de certa “efetivação” constitucional). Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 06-07).

²⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30,

Então, uma vez constatado o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, o juiz deve admitir a peça acusatória e postar definitivamente o imputado na posição de acusado.

Por conseguinte, ao ser colocado de maneira irrevogável neste lugar de acusado, até porque deste ato jurisdicional geralmente não é cabível qualquer recurso, o suspeito da prática do delito passa obviamente a sofrer as investidas normalizadoras de uma sociedade que o considera a partir deste instante um criminoso ou um anormal.

Apesar de explicitamente garantida na Constituição brasileira a presunção de inocência ou da não-culpabilidade, cuja concepção mais atual prescreve que os sujeitos não serão considerados culpados pela prática de uma infração penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sabe-se que sua concretização é impensável num processo de essência inquisitória.

Isto porque um juiz gestor da prova trabalha sempre solitário e freqüentemente enredado num quadro mental paranóico, que o impele a conduzir toda produção probatória à comprovação de sua versão dos fatos, construída certamente no juízo de admissibilidade.

Neste contexto, marcado por um sistema processual impermeável ao pleno contraditório e que concede ao julgador amplos poderes instrutórios, o acusado é desde logo presumidamente culpado e imediatamente classificado como criminoso.

Ademais, não se pode esquecer que o juízo de admissibilidade da peça acusatória, cujos limites estão definidos no Código de Processo Penal brasileiro, permite uma aprofundada apreciação do fato supostamente delituoso pelo juiz.

Ao contrário do que retoricamente sustenta a maioria dos processualistas pátrios²⁷⁷, este primeiro momento do atuar jurisdicional não se restringe à

1998, p. 178.

²⁷⁷ Veja-se, por todos, Frederico Marques: “O magistrado deve saber procurar êsse meio têrmo (que é também o *justo têrmo*), para não rejeitar a acusação como se estivesse

análise dos requisitos mínimos necessários para que a acusação possa prosperar. Basta uma rápida mirada nas chamadas condições da ação para perceber que a verificação de seu preenchimento ou não pelo acusador leva o juiz não raro a uma densa análise do mérito do caso penal.

Ora, não se tem dúvida de que a investigação da tipicidade ainda que aparente do fato imputado; da existência de indícios que apontem a autoria e comprovem a materialidade da infração penal narrada; da legitimidade do acusador e do acusado, bem como da possibilidade de se concretizar a punição ao final do processo, exige do juiz um pormenorizado exame do caso e o leva invariavelmente à formação de uma sólida e pretensamente inquestionável versão do ocorrido.

Além disso, deve-se lembrar que estes mesmos processualistas costumam atribuir ao juízo de admissibilidade a natureza de mero despacho²⁷⁸, o que dissimula sua inafastável carga decisória e dispensa uma fundamentação mais cautelosa.

Deste modo, não raramente esta decisão de visível cunho normalizador se traduz em mero carimbo do juiz, em que se inscreve o simples recebimento da peça acusatória e a ordem de atuação, sem que seja esmiuçada a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Nesta perspectiva, o processo por razões óbvias se torna um terreno fértil para os prejulgamentos e para uma classificação antecipada do acusado como o indivíduo que não se deixa normalizar e por este motivo sujeito à censura social e forçosa educação.

decidindo definitivamente sobre o mérito da causa, nem tampouco receber automaticamente a peça acusatória que se contém na denúncia. (...) O que o juiz deve procurar é aquêle *fumus boni juris* a que aludimos, para assim verificar se o Estado tem legítimo interesse na propositura da ação penal.” (MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 148).

²⁷⁸ “Esse despacho de delibação requer, sem dúvida, muito equilíbrio e ponderação, pois, do contrário, a função repressora do Estado acabaria estancando-se, com grave prejuízo para o interesse comum e a segurança da vida social.” (MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 148).

Ademais, não se pode ignorar que este sistema processual se reproduz de modo inevitável no corpo social, que processa os casos a seguir sua lógica e desde logo promove rigorosamente a distribuição do acusado nos lugares mais baixos da curva de normalização para lhe impor precipitadamente a necessidade de correção.

Nos dias de hoje, também é preciso reconhecer o importante papel que têm desempenhado os meios de comunicação na execução desta tarefa, pois sob a promessa de uma normalização ou moralização mais rápida e eficiente expõem amplamente os acusados à censura social, não só da localidade onde vivem, mas de todo o planeta.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli ressalta que a imprensa tem potencializado a estigmatização social causada pelo processo penal, cita inclusive uma série de exemplos italianos em que se percebe esta tendência da mídia, e afinal conclui:

Estamos, obviamente, frente a casos de patologia judicial. Porém, trata-se de uma patologia que evidencia a possibilidade de fazer uso do processo para a punição antecipada, a intimidação policial, a estigmatização social, a perseguição política ou para todos estes objetivos juntos. Não se duvida que além das intenções persecutórias dos instrutores, a sanção mais temível na maior parte dos processos não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada – senão a difamação pública do imputado, que ofende irreparavelmente sua honra e suas condições e perspectivas de vida e trabalho; e se hoje se pode falar, todavia, do valor simbólico e exemplar do direito penal, atribui-se não tanto à pena como ao processo e mais exatamente à acusação e a amplificação que realizam, sem possibilidade de defesa, a imprensa e a televisão.²⁷⁹

Vê-se, portanto, que o juízo de admissibilidade positivo da peça

²⁷⁹ [trad. da autora] “Estamos, obviamente, ante casos de patología judicial. Pero se trata de una patología que evidencia la posibilidad de hacer uso del proceso para la punición anticipada, la intimidación policial, la estigmatización social, la persecución política o para todos estos objetivos juntos. Es indudable que, por encima de las intenciones persecutorias de los instructores, la sanción más temible en la mayor parte de los procesos no es la pena – casi siempre leve o inaplicada – sino la difamación pública del imputado, que ofende irreparablemente su honorabilidad y sus condiciones y perspectivas de vida y trabajo; y si hoy puede hablarse todavía del valor simbólico y ejemplar del derecho penal, se atribuye no tanto a la pena como al proceso y más exactamente a la acusación y a la amplificación que realizan, sin posibilidad de defensa, la prensa y la televisión.” (FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad.: Andrés Ibañez e outros. 4. ed., 2000, p. 731).

acusatória, quando divulgado e explorado pela imprensa, produz na maioria das vezes um efeito normalizador muito mais intenso do que a própria pena de prisão ou daquela restritiva de direitos aplicadas nas sentenças condenatórias.

Isto implica reconhecer que a grande evolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas só tornou mais ampla e rápida a normalização engendrada pela jurisdição, pois além de permitir uma ostensiva publicidade de seus atos e conseqüente potencialização de seus efeitos lhe fornece pesado arsenal de vigilância, tais como os programas integrados de cadastro dos acusados, aparelhos de escuta telefônica, de rastreamento das operações realizadas via internet, etc...²⁸⁰

3.1.2.3 A suspensão condicional do processo

Além do procedimento dos Juizados Especiais, a Lei 9.099/95 estabeleceu para os crimes cuja pena mínima não supere um ano a possibilidade do Ministério Público oferecer a denúncia e imediatamente propor a suspensão do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, com a conseqüente extinção da punibilidade quando esgotada a fluência deste, desde que o acusado se comprometa a cumprir certas condições.

Discute-se muito sobre a natureza desta proposta de suspensão, alguns dizem que se trata simplesmente de um ato de discricionariedade regrada do Ministério Público²⁸¹; outros alegam que se trata de um direito do acusado e por

²⁸⁰ François Ost comenta sobre a utilização da tecnologia para normalizar: “Espera-se das autoridades que elas assegurem uma necessidade de segurança por meio de um controlo social reforçado e diversificado: a incapacitação é preferida à reabilitação, experimentam-se sistemas de vigilância electrónica no domicílio, constituem-se bancos de dados genéticos de contraventores, alongam-se as penas e reduzem-se as libertações condicionais, multiplicam-se os ‘diagnósticos previsionais’ com vista a reduzir o risco criminal.” (OST, François. **O tempo do direito**. Trad.: Maria Fernanda de Oliveira. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001, p. 382).

²⁸¹ “Princípio da oportunidade regrada. Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público poderá agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse o poder discricionário que lhe foi conferido. Não são os seus critérios particulares

este motivo seu oferecimento é obrigatório sempre que preenchidos os requisitos legais²⁸², por fim, há aqueles que vão mais além e admitem o seu oferecimento pelo próprio juiz quando o Ministério Público não o fizer²⁸³.

Todavia, esta proposta de suspensão do processo é tomada na maioria das vezes como uma faculdade do Ministério Público, que diante do caso concreto verifica se a medida é compatível com o grau de normalização do acusado, bem como se atingirá sua aplicação o fim educativo programado.

Tanto isso é verdade que uma das últimas Súmulas do STF²⁸⁴ recomenda que diante do não oferecimento da proposta de suspensão pelo Ministério Público deve o juiz aplicar analogicamente o art. 28, do CPP, noutros termos, deve enviar os autos ao Procurador-geral de Justiça para que este decida em última instância se propõe ou não a suspensão.

Nesta perspectiva, terá boas chances de receber a mencionada proposta o acusado primário e de bons antecedentes, isto é, aquele que se apresentar como recuperável ou cujas características favoreçam a empreitada da docilização.

Portanto, desde o instante da formulação da proposta, perfila-se o caráter

que nortearão sua atuação. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos (v. Capítulo I, b. 2, supra), está no princípio da oportunidade, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça Criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando-se para a via conciliatória da suspensão.” (GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: Lei nº 9099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT, 1995, p. 168)..

²⁸² “Preenchidas as condições legais, a suspensão provisória do processo é um direito do acusado, não configurando sua proposição uma faculdade do Ministério Público.” (JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 89).

²⁸³ “Pode o Promotor de Justiça deixar de formular a proposta de suspensão? Sim, caso não estejam preenchidos os requisitos legais, o que ele deverá dizer em sua manifestação, consoante exigência do inc. VIII, do art. 129 da CF. E se, mesmo satisfeitos os requisitos exigidos por lei, o Promotor deixar de formular a proposta? Nada impede que o Juiz proceda à suspensão, mesmo porque se trata de um direito subjetivo do acusado.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 493).

²⁸⁴ Súmula 696 STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28, do

normalizador da suspensão condicional do processo, que tende inevitavelmente a aumentar quando confirmada pela homologação e prontamente executada pelo juiz.

Então, uma vez aceita a referida proposta, deve a jurisdição atuar primeiramente para realizar o juízo de admissibilidade da peça acusatória e, caso este seja positivo, para homologar num segundo momento o referido acordo.

Note-se que o exercício jurisdicional neste caso é duplamente normalizador, uma vez que imprime no imputado o estigma de acusado e ao mesmo tempo o submete a uma série de condições que têm visivelmente uma finalidade corretiva.

Aliás, no texto do art. 89, da citada Lei, estas condições ganham um tom moralizador e se impõem como uma série de restrições ao comportamento do acusado, tais como a reparação do dano causado à pretensa vítima; a proibição de freqüentar certos lugares; o impedimento de ausentar-se da comarca sem comunicar o juiz; o comparecimento pessoal, obrigatório e mensal para informar e justificar ao juízo suas atividades.

Também existem previstas no mesmo dispositivo legal as chamadas condições judiciais, que podem ser fixadas pelo próprio juiz quando consideradas adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado e que se identificam normalmente com as penas alternativas.

Se não bastasse esta escancarada normalização engendrada pelo atuar jurisdicional no momento de homologar as condições impostas ao acusado, há que se atentar também para aquela perpetrada pelo próprio juiz no acompanhamento de sua concretização.

Isto porque o magistrado se encontra sempre vigilante para verificar se o acusado se mantém na rota de docilização para ele traçada por aqueles que

governam a todos, pois uma vez constatado a violação das condições impostas para gozo do benefício o processo voltará ao seu antigo curso.

Assim, deve o juiz periodicamente certificar o comparecimento do acusado em juízo, exigir-lhe satisfações sobre suas ocupações, examinar o relatório elaborado pelos encarregados de monitorar as atividades realizadas pelo acusado no cumprimento das condições, fiscalizar para que não se ausente da comarca, etc...

Também não se pode deslembrar que a aceitação da proposta por parte do acusado ocorre quase sempre sob a ameaça de que uma eventual recusa pode culminar com uma sentença desfavorável, tal como ocorre na celebração dos demais acordos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, isto porque o juiz no processo penal jamais deixa o seu lugar de inquisidor.

Em síntese, o que se observa na concretização da suspensão condicional do processo é um atuar jurisdicional que vigia o acusado; apropria-se de seu tempo e de seu trabalho; disciplina seus gestos; impõe-lhe comportamentos e governa a sua vida de modo a promover de forma sutil sua submissão ao padrão de normalidade imposto à sociedade por aqueles que exercem poder.

3.1.2.4 O interrogatório

Num processo penal de essência acusatória, o interrogatório do acusado se desenha como o momento de realização da sua autodefesa²⁸⁵; de exposição da sua versão dos fatos, ou simplesmente de expressão do seu silêncio em relação à imputação contra si formulada, sem que isso importe na confissão tácita de autoria do ilícito processado.

Nas palavras de Franco Cordero, no ritual acusatório o processo é uma

²⁸⁵ Sobre autodefesa, ver: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e BASTOS, Cleusa A. Velentim. **Defesa penal: direito ou garantia.** Revista Brasileira de Ciência Criminais. São Paulo: RT, a. 01, n. 04, out-dez, 1993, p. 120.

aventura agonística:

...o imputado joga com suas chances; ainda quando esteja indefeso (por exemplo, na custódia cautelar, largamente admitida na França), vem-lhe garantido o espaço psíquico. Escutemos Beaumanoir: ‘num piscar ele é apreendido e colocado na prisão seja por ilícito, seja por dívida, apesar de estar na prisão, ele não é obrigado a responder nada que lhe perguntem’; a única pergunta admissível é de como ele terminou ali (‘por que ele foi preso?’); juridicamente irrelevante qualquer declaração não espontânea; ‘tudo que ele fizer contra si mesmo é de nulo valor, visto que ele pode rever tudo quando estiver fora da prisão’.²⁸⁶

Todavia, num sistema de essência inquisitória o interrogatório ganha outra conotação, deixa de ser um instrumento de defesa para se tornar um meio de prova utilizado pelo juiz para arrancar do acusado a tão sonhada confissão.²⁸⁷

Ademais, sabe-se que neste sistema a confissão é sempre a rainha das provas, pois só ela é capaz de respaldar por completo a imagem dos fatos construída pelo juiz nos primeiros movimentos da máquina judiciária.

Aliás, é neste momento que normalmente se abre espaço à tortura, uma vez que nenhum método é mais eficiente para arrancar do acusado a verdade engendrada pelo inquisidor do que sua submissão aos tormentos do corpo e da alma.²⁸⁸

²⁸⁶ [trad. da autora] “Nel rituale accusatorio il processo è avventura agonistica: l'imputato vi gioca le sue chances; anche quando sia inerme (ad esempio, nella custodia cautelare, largamente ammessa in Francia), gli viene garantito lo spazio psichico. Sentiamo Beaumanoir: ‘cil qui est pris et mis en prison, il n'est tenu a repondre a riens que l'en li demant’; única domanda ammissibile come mai sia finito lì (‘por quoi il fu pris?’); giuridicamente irrilevante ogni dichiarazione non spontanea; ‘tout ce qui est fet contre li est de nule valeur, car il peut tout rapeler quant il est hors de prison’.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 47).

²⁸⁷ “Em uma averiguação histórica, não se pode deixar de notar uma certa preferência dos sistemas processuais da Europa Continental pela construção de um interrogatório como meio de prova e, em sentido oposto nos sistemas processuais anglo-saxônicos, pelo interrogatório como meio de defesa. Seguramente essa caracterização foi reforçada e se solidificou na cultura dos povos pela forte influência da Inquisição na Europa Continental.” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente que o futuro: nova regulamentação do interrogatório e a sua aplicabilidade na fase pré-processual**. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, p. 367).

²⁸⁸ Tal pode ser constatado na narrativa de Dalmo de Abreu Dallari sobre o processo dos untores de Milão: “Guglielmo Piazza foi preso e se iniciou o processo criminal, cujo

Se não bastasse tudo isso, a confissão é também vista como uma forma de terapia, de cura para o mal que assola o criminoso, que perverte a sua conduta, ou mais especificamente, como uma forma de redenção do anormal.

Portanto, no mais fiel estilo das artes de governar desenvolvidas no seio da Igreja, a confissão é estimulada sob a promessa de salvação das almas, ou seja, o inquirido é conduzido coercitivamente à confissão sob a justificativa de só desta forma alcançará a redenção.

Por fim, não se pode deixar de ressaltar nesta estrutura que o silêncio do acusado implica sempre seu consentimento em relação à acusação contra si deduzida, o que por sua vez se transforma em mais um incentivo para que os culpados confessem.

Tal situação, inclusive, é magistralmente ilustrada numa das passagens do Manual dos Inquisidores, de autoria de Nicolau Eymerich:

Se o acusado continuar negando, e o inquisidor achar que ele omite seus erros – embora não haja provas –, intensificará os interrogatórios modificando as perguntas. Obterá, deste modo, ou a confissão ou, então respostas discrepantes. Se obtiver respostas discrepantes, perguntará ao acusado por que, de repente, responde de um jeito, e depois de outro: pressiona-o a dizer a verdade, explicando-lhe que, se não ceder, terá que ser torturado.²⁸⁹

Em resumo, segundo Franco Cordero, o estilo inquisitório reverte por completo a perspectiva acusatória, pois torna o processo “um afazer terapêutico; a pena é um remédio; queira ou não, o acusado precisa cooperar; sendo

objetivo era só confirmar aquilo que já se tinha como certo: ele era um dos untores. Brutalmente torturado na presença de um juiz, pendurado pelos braços até que, por seu próprio peso, ocorresse o deslocamento à altura dos ombros, Piazza tentou negar sua culpa, mas por diversas vezes, quando baixaram a corda que o sustinha, esperando que ele confessasse, sua obstinação em afirmar-se inocente irritou o juiz. Este determinou que o suspendessem novamente, até que resolvesse confessar. Não suportando mais as dores, o infeliz acusado confessou, mas aí se iniciou nova sessão de tortura, para que ele dissesse quem lhe tinha fornecido o unguento pestífero.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Duzentos anos de condenação da tortura**. Prefácio da obra: VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Trad.: Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. XIII).

²⁸⁹ EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorium: manual dos inquisidores**. Trad.: Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Brasília: Edunb Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 125.

ofendidos os supremos interesses pelo pecado-delito, saltam fora os limites garantísticos, porque os indivíduos desaparecem frente à transcendente Igreja, ao Estado, ao Partido e similares.”²⁹⁰

Considerados tais argumentos, basta brevemente pousar os olhos sobre o processo penal brasileiro para constatar que o interrogatório realizado em seus mais variados procedimentos segue a lógica inquisitória e funciona como verdadeiro meio de prova destinado à obtenção da confissão.

Apesar das últimas alterações do Código de Processo Penal, a jurisdição continua a atuar no interrogatório para conduzir o acusado a declarar-se culpado, em última instância, a expurgar seus pecados, a elevar sua alma.

Certamente, a Lei nº 10.792/03 imprimiu neste ato importantes modificações, tais como a exigência de sua realização na presença de um defensor, com quem já tenha o acusado se consultado; o dever judicial de informar previamente o acusado sobre seu direito de silenciar a respeito das imputações contra ele deduzidas, sem que este silêncio prejudique a sua defesa²⁹¹, bem como a obrigação do juiz de se dirigir às partes e indagar sobre a existência de algum fato que não foi devidamente esclarecido durante o interrogatório para que possa conseqüentemente formular ao acusado as respectivas perguntas.

Entretanto, essas reformas não foram suficientes para subverter a matriz

²⁹⁰ [trad. da autora] “Lo stilo inquisitorio rovescia le prospettive: il processo diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l’imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interessi dal peccato-delitto, salta ogni limite garantistico, perchè gli individui spariscono davante a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simile.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 47).

²⁹¹ Maria Elizabeth Queijo comenta sobre esta nova forma de interrogar o acusado, que já estava prevista inclusive na Constituição de 1988: “Dado o reconhecimento do direito do acusado de permanecer calado, entre os direitos e garantias fundamentais, não tem mais lugar a advertência quanto ao prejuízo para a defesa em decorrência do silêncio. Assim, o art. 186 do diploma processual penal foi revogado pela Constituição de 1988, sendo que a advertência deverá ser formulada pela autoridade no sentido de que o acusado tem o direito de permanecer calado. Sendo direito, nenhuma conseqüência desfavorável para o acusado poderá advir do seu exercício. Tampouco poderá a autoridade fazer qualquer advertência ameaçadora, mesmo que veladamente, quando o exercício do direito ao silêncio.” (QUEIJO, Maria

do sistema, que continuou a trabalhar na lógica inquisitória e a exercer a normalização já referida.

Ademais, na sala de audiências o acusado continua a sentar num plano mais baixo do que aquele reservado pelo juiz para que possa ser por este vigiado durante todo o interrogatório.

Então, sob o olhar panóptico do juiz o acusado responde as perguntas que lhe são formuladas, primeiramente sobre a sua posição na curva de normalidade estabelecida pela sociedade da qual faz parte, isto é, sobre a sua pessoa.

Nos termos do art. 187, do Código de Processo Penal, deve ele informar sua residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, dados familiares e sociais, para que o juiz possa avaliar as possibilidades de sua recuperação, mais especificamente, modular desde logo a sua pena.

Não se pode certamente deixar de lembrar, que estas perguntas são sempre realizadas em tom de autoridade e censura para que o acusado sinta desde logo a necessidade da correção, tal como demonstra Franco Cordero em suas observações sobre o processo milanês da peste:

Nas causas milanesas da peste manufacturada, junho-julho 1630, vemos como o juiz nada faz de desonesto, ao revés se inclina a inabitual garantismo, fabrica delito e delinqüente: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe escova da cabeça os fantasmas que projetou. Mas vêm também à baila as contraposições: se o êxito depende de suas palavras, o confessante não é mais tão indefeso; jogando bem, sai ileso ou ao menos lucra com a pena; quando supera o antagonista em perspicácia (como Stefano Baruello em Milão), dita-lhe os movimentos. À economia verbal típica do formalismo agonístico acusatório a inquisição opõe palavras a dilúvio: inevitável qualquer efeito hipnótico-vertiginosos-alucinatório; fatos, tempos, nexos, esvaem-se no caleidoscópio falado; nenhum processo terminaria até que quem o ordenara lhe rompesse em certo ponto o fio; e o faz quando quer, porque tem mãos livres.²⁹²

Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio de não produzir prova contra si mesmo.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 108 e 109).

²⁹² [trad. da autora] “Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient’affatto dionesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino

Se não bastasse tudo isso, é preciso denunciar que o direito ao silêncio é assegurado apenas retoricamente pela legislação processual penal e pela Constituição, pois sua concretização é impossível num sistema inquisitório como o brasileiro.

Ora, a confissão figura como prova máxima no processo inquisitorial e deve ser buscada a qualquer custo, mesmo que o indivíduo reste calado e ela tenha que assumir sua forma tácita. Aliás, vale dizer que esta vem precisamente definida no velho dito popular que demonstra a disseminação e consolidação deste sistema inquisitório por todo corpo social: “Quem cala, consente.”

Tanto isso é verdade, que propositadamente o legislador das reformas deixou de revogar o disposto no art. 198, do Código de Processo Penal, cuja redação estabelece que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do livre convencimento do juiz.”

Assim, abriu espaço para que o juiz possa mensurar o silêncio da maneira como bem entender, inclusive contra o próprio acusado, ainda que não possa explicitar tal operação na fundamentação de seu juízo.

Enfim, todos esses argumentos convergem para demonstrar que o interrogatório continua a se realizar nos moldes do sistema inquisitório e a jurisdição que nele atua segue a produzir seus efeitos normalizadores, sob a máscara de exercício limitado e por este motivo legítimo da soberania estatal.

3.1.2.5 O “banco infamante” no procedimento do júri

delitto e delinquenti: l’inquisito risponde docilmente; l’inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato. Ma vengono anche in ballo delle controproiezioni: se l’esito dipende dalle sue parole, il confessante non è poi tanto inerme; giocandole bene, esce indenne o almeno lucra sconti; quando superi l’antagonista in acume (como Stefano Baruello a Milano), gli detta lui le mosse. All’economia verbale tipica del formalismo accusatorio l’inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-allucinatorio; fatti, tempi; nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mais se chi lo ordisce a un dato punto no tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, perchè ha mano libera.” (CORDERO,

Sabe-se que a origem do atual do tribunal do júri brasileiro não se encontra simplesmente na Inglaterra, como aventam os processualistas pátrios²⁹³, mas naquela legislação da França bonapartista que introduziu no júri revolucionário, concebido nos moldes ingleses, as formas consagradas no velho regime.

A Ordenação Criminal francesa de 1670, redigida por funcionários do rei Louis XIV, conselheiros de Estado e magistrados investigadores, sob a batuta de Henri Pussort, era tecnicamente sofisticada e lapidada pela arte inquisitorial.²⁹⁴

Concebida na agonia do velho regime, esta legislação estabelecia um procedimento composto de quatro fases: (i) na primeira um juiz instrutor realizava uma investigação preliminar, também conhecida como *information*, totalmente secreta e que serviria de base para a formulação de uma acusação na

Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51- 52).

²⁹³ Veja-se por todos: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81 e ss., v. 4.

²⁹⁴ “L’ordonnance criminelle 1670 non è quel miracolo vantato dai suoi cantori, stupidamente insensibili a quanto sta avvenendo nell’agonia del regime, ma che sia un monumento tecnico, nessuno lo nega: nel paese della clartè anche l’affare penalistico risulta regolato in termini esatti; altrove gli addetti lo lavorano a mani sporche, improvvisando come e quando vogliono. Sebbene gli esiti non siano poi tanto dissimili, qui vige un codice, nel senso moderno: regole nitide, combinate a sistema; ha lavorato bene Henri Pussort, figura dominante nell’èquipe legislativa; e siccome alcune soluzioni elaborate dal maggio 1667 all’estate 1670 (l’ordonnance risulta ‘enregistrée à Paris en Parlement le 26 aoust 1670’) sopravvivono al colosso della monarchia, penetrando nel circolo europeo, vale la pena esporlo questo ‘speculum’ dell’arte inquisitoriale.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 54 e 55). [trad. da autora: A ordenação criminal de 1670 não é aquele milagre ostentado pelos seus compositores, estupidamente insensível ao que está acontecendo na agonia do regime, mas que seja um monumento técnico ninguém nega: no país das luzes também o negócio penalístico resulta regulado em termos exatos; alhures os encarregados o trabalhavam com mãos sujas, improvisando como e quando queriam. Embora os êxitos não sejam diferentes, aqui vige um código, no sentido moderno: regras nítidas, combinadas em sistema; trabalhou bem Henri Pussort, figura dominante na equipe legislativa; e, uma vez que algumas soluções elaboradas de maio de 1667 ao verão de 1670 (a ordenação resulta ‘registrada no Parlamento em Paris na data de 26 de agosto de 1670’) sobrevivem ao colapso da monarquia, penetrando no círculo europeu, vale a pena expor este ‘speculum’ da arte inquisitória.].

fase seguinte²⁹⁵; (ii) na segunda cabia ao Ministério Público decidir se o caso continuaria a ser processado e se a resposta fosse positiva deveria ele emitir um decreto, que continha a imputação e dava início à chamada instrução definitiva, que culminava com um pedido do órgão ministerial para absolver, condenar, torturar, submeter o acusado ao procedimento *rebus sic stantibus*, ou exigir dele a apresentação de provas sobre fatos justificativos de sua conduta (álibis, excludentes, etc...); (iii) na terceira, que se passava em frente a um órgão colegiado, ocorria um rápido debate entre as partes e o último interrogatório, em que o imputado do banco infame tentava proferir algumas palavras em sua defesa, e (iv) na quarta o acusado era julgado e poderia ser condenado, absolvido, ou submetido ao procedimento *rebus sic stantibus*, caso não houvessem provas aptas a embasar uma condenação ou uma absolvição.²⁹⁶

Este grande monumento inquisitório acabou por ser reformado logo no alvorecer revolucionário, pela Lei de 8-9 de outubro de 1789, que embora aparentemente pregasse modificações cautelosas no texto da velha Ordenação só deixou em pé a sua fachada, isto é, apenas a conservou nominalmente.²⁹⁷

²⁹⁵ “Esiste un preludio chiamato ‘information’: temporibus illis era delegabile a notai, cancellieri, sergenti, uscieri; adesso va compiuta dal giudice.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 55). [trad. da autora: Existe um prelúdio chamado ‘information’: era antes delegável aos notários, funcionários da chancelaria, sargentos, meirinhos; agora é realizada pelo juiz.].

²⁹⁶ “L’information ha individuato delle possibili prove: récolements e confrontations le hanno acquisite, componendo un ‘instruction definitive’; i verbali passano al publico ministero affinché concluda definitivamente: condanna a una data pena, assoluzione, proscioglimento rebus sic stantibus, ‘sentence de torture’ o ordinanza hce disponga la prova su dei faits justificatifs; il tutto scritto e sigillato, senza motivi. (...) Dopo information e istruzione definitiva, siamo allo stadio finale, davanti al collegio: è la parodia d’un microdibattimento, il ‘dernier interrogatoire’ (...). Abbiamo enumerato quattro stadi, ‘information’, istruzione, ‘visite du procès’ ad opera del collegio e relativa decisione (...). (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 57-59). [trad. da autora: A informação individualizou as possíveis provas: colheita e confrontação foram realizadas, compondo uma ‘instrução definitiva’; os termos passam ao Ministério Público para que conclua definitivamente: condenação a uma dada pena; absolvição; procedimentos ‘rebus sic stantibus’, ‘sentença de tortura’ ou ordem que disponha a prova sobre os fatos justificativos; tudo escrito e sigiloso, sem motivação. (...) Depois da ‘information’ e da instrução definitiva, estamos no estágio final, frente ao colegiado: é a paródia de um micro-debate, o último interrogatório (...) Enumeramos quatro estágios, ‘information’, instrução, visita do processo à opera do colegiado e relativa decisão (...)].

²⁹⁷ Ao comentar o surgimento desta lei revolucionária, Franco Cordero assevera: “início cauteloso, mas sob a aparência dissimulada, a nova norma incidiu profundamente na

Note-se que tal reforma do sistema processual francês somente se completaria com o Decreto 16-29 de setembro de 1791, que de uma vez por todas deixaria para trás os resquícios do *ancien régime* a fim de assentar no processo francês as técnicas inglesas ou mais especificamente o procedimento do *trial by jury*.²⁹⁸

Contudo, o novo processo de nuances acusatórias não superaria a crise que assolou a França revolucionária nos anos seguintes e seria reformulado no chamado *Code des délits e des peines*, de 25 de outubro de 1795, que concentraria novamente a gestão da prova nas mãos do julgador.²⁹⁹

Esta legislação que entrou em vigor no período em que a França era

velha estrutura, nominalmente conservada (...).” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 61). [trad. da autora] “Esordio cauto ma, sotto apparenze dimesse, le nuove norme incidono a fondo nelle vecchie strutture, nominalmente conservate (...).”

²⁹⁸ “Ribadito dalla constitution 3 settembre 1791 e attuato dal decreto 16-29 settembre, questo canone importa tecniche inglesi (qualcuno vi postula poco verosimili ascendenze francesi eclissate negli ultimi tre secoli). (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 61). [trad. da autora: Previsto pela constituição de 3 de setembro de 1791 e concretizado pelo decreto 16-29 de setembro, este cânone importa técnicas inglesas (qualquer um supõe pouco verossímel ascendências francesas eclipsadas nos últimos três séculos).].

²⁹⁹ “Sappiamo poco sull’esperienza tentata dal décret 16-29 settembre 1791, ma tutto lascia suporre che non abbia attechito. Sono appena passati 4 anni quando il Code des délits e des peines, meglio noto quale ‘code de brumaires’, dal giorno in cui la Convention lo vota (3 brumaio anno IV – 25 ottobre 1795), opera una già cospicua inversione nella tendenza. L’artefice è Philippe Antoine Merlin, detto ‘de Douai’, dal luogo nel quale esercita l’avvocatura, giurista eminente, editore del ‘Répertoire universel et raisonné de jurisprudence’, splendida enciclopedia in 17 volumi. Che sia un virtuoso della composizione legale, risulta dal taglio architettonico: mais visto un sistema più compatto; vi figura l’intera gamma del prevedibile; così viziosamente perfetto, dicono gli intenditori, da essere ‘fort défectueux dans la pratique’, perchè, ‘mécanisme admirable’, non tiene conto degli attriti, e combinando scrupolo analitico a spirito garantistico, dissemina troppe nullità.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 65-66). [trad. da autora: Sabemos pouco do experimento tentado no decreto 16-29 de setembro de 1791, mas tudo leva a crer que não teria vingado. Eram passados apenas quatro anos, quando o Código dos delitos e das penas, melhor anotado aquele ‘code de brumaire’, foi votado na Convenção (3 brumaio anno IV – 25 outubro 1795), opera-se já uma conspícua inversão na tendência. O artífice é Philippe-Antoine Merlin, dito “de Douai”, do lugar em que exerce a advocacia, jurista eminente, editor do “Répertoire universel et raisonné de jurisprudence”, esplêndida enciclopédia de 17 volumes. Embora virtuoso na composição legal, resulta num corte arquitetônico: num se vira um sistema tão compacto; figura inteira gama do previsível; assim viciosamente perfeito, dizem os entendidos, para ser “fortemente defeituoso na prática”, por que “mecanismo admirável”, não tem em conta os atritos, e combinando escrúpulo analítico e espírito garantista dissemina várias nulidades.].

governada pelos Diretórios, seria mais tarde substituída pelo Código Napoleônico, reconhecidamente responsável por resgatar o processo do velho regime estabelecido na Ordenação Criminal de 1670.

Apesar disso, não se pode negar que o famoso Código de Instrução Criminal elaborado pelo imperador francês sempre se apresentou aos olhos de todos como um grande trabalho legislativo e uma recuperação valiosa das instituições judiciárias do país.

Nas palavras do citado processualista italiano, tal pensamento é fruto de um jogo de cena criado pelo arcabouço imperial, que revestiu os velhos procedimentos de máscaras garantistas e nesta medida os tornou aparentemente grandes conquistas do povo francês: “segundo os eufemistas, ‘informação preliminar’ como aparece nas Ordenações 1670, ‘é uma das mais preciosas conquistas da legislação’; habilmente conduzida, ‘ela protege os direitos dos cidadãos contra medidas imprudentes; ela prepara o julgamento; ela assegura o conhecimento’; em suma, é o legado mais fecundo dos Quatrocentos aos modernos.”³⁰⁰

Note-se que em princípio não existia lugar para um tribunal popular nesta estrutura, mas para manter a aparência acusatória do sistema e para não desagradar os parlamentares saudosos da frustrada Revolução, Napoleão abriu espaço em seu edifício jurídico para um júri.

Por óbvio, as formas deste tribunal em nada se assemelhavam àquelas concebidas pela Assembléia revolucionária no Decreto 16-29 de setembro de 1791, isto porque sua competência era bastante reduzida, seu procedimento se tornara escrito e secreto, o juiz-presidente agora produzia as provas que entendesse necessárias para esclarecer a verdade, e a defesa técnica somente

³⁰⁰ [trad. da autora] “A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, ‘l’information préliminaire’ quale appare nell’ordonnance 1670, ‘est une des plus précieuses conquêtes de la législation’; abilmente condotta, ‘elle protège les droits des citoyens contre des mesures imprudentes; elle prépare le jugement; elle en assure la sagesse’; insomma, è il lascito ‘le plus fecond’ del Quattrocento ai moderni.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 73).

seria oportunizada depois do interrogatório.³⁰¹

É verdade que em seus primeiros anos de funcionamento o tribunal do júri brasileiro não se encaixava nesses moldes bonapartistas, pois seguia inusitadamente a lógica do velho decreto revolucionário francês e julgava a grande maioria dos crimes a partir de uma matriz acusatória.

Entretanto, como já mencionado, este júri de ampla competência e nuances democráticas, consagrado pelo Código de Processo Criminal de 1832, foi eclipsado primeiramente por um regime que deu amplos poderes à polícia e mais tarde pelo Código de Processo Penal de 1941, que por suas raízes fincadas no Código Rocco indiretamente sofreu as influências do processo napoleônico.

Assim, em tempos ditatoriais, o atual tribunal do júri brasileiro ganhou seus contornos definitivos e bem distantes daqueles perfilados pelo *trial by jury* inglês, o que pode ser facilmente percebido numa breve análise de seus institutos.

Ora, no júri inglês as testemunhas são submetidas à *cross examination* ou ao exame direto das partes; o presidente do Tribunal atua como mero árbitro e não tem poder para produzir provas; os jurados decidem sempre por unanimidade e após incessante discussão; o lugar reservado à acusação e à defesa no plenário se encontra na mesma altura, somente abaixo do juiz, que se posta equidistante das partes, enquanto as testemunhas e o interrogado prestam seu depoimento no mesmo banco, localizado ao lado do juiz, já os jurados assistem à cena do lado de fora da arena.³⁰²

Veja-se que tudo neste cinematográfico epílogo se passa no mais

³⁰¹ “Procedura scritta e segreta (artt. 71-86), esclusi perquisizioni e sequestri, da esguire davanti al detenuto (artt. 39 e 89). L’única variante dall’ordonnance è che siano ammessi testimoni a difesa. L’imputato non vant alcun diritto a sapere cos’avviene.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 71). [trad. da autora: Procedimento escrito e secreto (art. 71-86), salvo buscas e apreensões, executadas em frente ao detido (art. 39 e 89). A única variante em relação às ordenações é que são admitidas testemunhas de defesa. O imputado não ostenta nenhum direito de saber o que acontecerá.]

³⁰² CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986, p. 40-43.

acirrado debate, ao revés do que ocorre no júri brasileiro, onde as testemunhas são inquiridas sempre pelo juiz, ao qual são atribuídos vastos poderes instrutórios; os jurados decidem por maioria, sem qualquer discussão por força da incomunicabilidade que lhes é imposta, e a disposição do plenário denuncia a inquisitorialidade do sistema, pois o juiz sempre em patamar mais alto se encontra entre a acusação, próxima dos jurados, e a defesa, distante deles, a impedir que se trave qualquer diálogo entre elas, enquanto o réu no piso mais baixo e no meio da arena aguarda seu julgamento sentado no banco da infâmia.

De mais a mais, como já mencionado, este banco infamante em que resta extenuado o réu após horas de debates e leitura de peças processuais, uma vez que o procedimento é eminentemente escrito, tem comprovada origem na Ordenação Criminal francesa de 1670.

Inclusive, uma das passagens corderianas descreve de maneira precisa o ato final de julgamento num processo desenvolvido nos termos desta legislação e ressalta o significado da pequena cadeira onde sob a censura da sociedade o réu espera tenso o seu veredito:

Depois da *information* e instrução definitiva, estamos no estágio final, frente ao colegiado: o último interrogatório é a paródia de um micro-debate; o imputado responde da pequena cadeira, um banco infame; tudo acontece no seu interesse, assina com benção garantística uma ordenação de 13 de abril 1703; ‘o espírito da ordenação de 1670 jamais privou os acusados, em alguns casos, do direito natural que eles têm de se defender por sua boca, nem afastou os juízes dos meios para esclarecer por estes caminhos as circunstâncias das ações que se perseguem extraordinariamente’.³⁰³

Assim, o que se presencia no júri sob influência napoleônica é um auto de censura, em que se posta o acusado sob os olhos do juiz, dos jurados e de

³⁰³ [trad. da autora] “Dopo *information* e *istruzione* definitiva, siamo allo stadio finale, danvanti al collegio: è la parodia d’un microdibattimento il ‘*dernier interrogatoire*’; l’imputato risponde dalla ‘*sellette*’, un sedile infame; avviene tuto nel suo interesse, nota com unzione garantisitica un’*ordonnance* 13 aprile 1703; ‘l’esprit de l’*ordonnance* de 1670 n’a jamais été de priver les accusés, dans aucun cas, du droit naturel qu’ils ont de se défendre par leur bouche, ni d’ôter aux juges les moyens de s’éclaircir par ces voies des circonstances des actions qui se poursuivent extraordinairement’.” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura**

toda sociedade para que seja o alvo de seus ímpetos moralizadores e em última instância normalizadores.

Note-se que a lógica desta nova mecânica de poder que tem por objetivo a docilização dos corpos é justamente expor a anormalidade do criminoso para que toda a sociedade invista na sua correção antes mesmo do veredito.

Enfim, os olhares, os gestos e os comentários feitos aos sussurros pelo público deste espetáculo têm um tom reprovador e sutilmente buscam educar a alma do acusado.

3.1.2.6 A delação premiada

O oferecimento de prêmios àqueles que denunciam seus cúmplices é uma prática recente no direito processual penal brasileiro e foi em princípio importada do *common law*³⁰⁴ para auxiliar no combate a crimes considerados hediondos.³⁰⁵

No direito processual penal norte-americano, o *plea bargain*³⁰⁶ consiste num acordo firmado entre o promotor, o acusado e o seu defensor, em que o acusado aceita declarar-se culpado pela prática de certos crimes, em troca de acusações atenuadas, de sua retirada em relação aos crimes mais graves.³⁰⁷

penale. Torino: Utet, 1986, p. 57). 0

³⁰⁴ “Tal sistema de arrependimento tem forte inspiração no modelo de política criminal presente na acusatoriedade estadunidense, onde esta forma de colaboração com a Justiça penal é sensivelmente incentivada (...)” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de direito e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141).

³⁰⁵ “O direito brasileiro já convivia com a técnica emergencial da delação premiada a partir da Lei 8.072/90, quando da definição dos ‘crimes hediondos’.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de direito e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 145).

³⁰⁶ “Para nós, o guilty plea é o método principal na gestão e disposição de um caso nos países da *common law*. (...)” (VOGLER, Richard. **Justiça consensual e processo penal.** Processo penal e Estado de Direito. Coord.: Fauzi H. Choukr e Kai Ambos. Campinas: Edicamp, 2002, p. 283).

³⁰⁷ “Plea bargains, which require the defendant to plead guilty to at least some of the charges, are close to a truth-finding process.”(ROTHWAX, Harold J. **The Collapse of criminal justice.** New York: Random, 19??, p. 144). [trad. da autora: Plea bargains, os quais

Além da confissão, pode ser elemento desta barganha informações prestadas pelo suspeito sobre o local onde se encontram os objetos roubados, os nomes de seus comparsas e outros crimes praticados pelo conluio criminoso. Neste caso, o acordo assume as feições da referida delação premiada difundida também no Brasil.³⁰⁸

Ao final, cabe ao juiz a tarefa de homologar a negociação realizada entre acusação e defesa, desde que esteja convencido da aceitação voluntária e consciente das conseqüências da barganha por parte do acusado.³⁰⁹

Veja-se que a justificativa apresentada para a adoção desta espécie de acordo nos Estados Unidos é a necessidade de diminuir os longos e morosos julgamentos, de reduzir o tempo de prisão do condenado e de facilitar a

exigem que o acusado se alegue culpado para a diminuição das acusações, não admitem um processo de busca da verdade.]

³⁰⁸ “plea bargain: n. in criminal procedure, a negotiation between the defendant and his attorney on one side and the prosecutor on the other, in which the defendant agrees to plead “guilty” or “no contest” to some crimes, in return for reduction of the severity of the charges, dismissal of some of the charges, the prosecutor’s willingness to recommend a particular sentence or some other benefit to the defendant. Sometimes one element of the bargain is that the defendant reveal information such as location of stolen goods, names of others participating in the crime or admission of other crimes (such as a string of burglaries). The judge must agree to the result of the plea bargain before accepting the plea. If he does not, then the bargain is cancelled.” (**Dictionary law**. Site: <http://dictionary.law.com>, acesso em 15.03.05, às 14h). [trad. da autora: plea bargain: n. no processo criminal, a negociação que se realiza com o acusado e o seu defensor de um lado e o promotor de outro, na qual o acusado aceita confessar-se culpado em relação a certos crimes, em troca da redução da severidade das acusações, da retirada de algumas acusações, o promotor benevolmente recomenda uma sentença mais branda ou a concessão de um outro benefício ao acusado. Às vezes, um dos elementos de barganha é que o acusado revele informação tal como o lugar das coisas roubadas, nomes de outros participantes do crime ou confesse outros crimes (tal como ocorre com as quadrilhas de ladrões). O juiz deve concordar com o resultado do plea bargain antes de homologá-lo. Se ele não concordar, então a barganha é cancelada.]

³⁰⁹ “Em princípio, antes que um juiz possa aceitar um *guilty plea*, negociado ou não, pode dirigir-se ao acusado pessoalmente, tendo como base a investigação, e ser convencido de que a natureza e as conseqüências do *plea* são devidamente entendidas (Bradley 1999, p. 419). Sem embargo, acordos implícitos ou *pleas* induzidos pela ação independente do Ministério Público podem distrair a atenção judicial (Giudirizzi 1998, p. 756) e, de acordo com Giudirizzi ‘os juízes raramente negam acordos de *plea bargaining*, sendo cúmplices das recomendações da sentença pelo Ministério Público’, (*ibidem*). Em alguns casos, deve-se dar ao acusado o conhecimento dos elementos críticos de acusação sobre os quais versa seu *plea* e a renúncia de certos direitos constitucionais que inclui. O juiz deve estar convencido de que o acusado entende as conseqüências da sentença e que o *plea* é inteiramente voluntário.” (VOGLER, Richard. **Justiça consensual e processo penal**. Processo penal e Estado de Direito. Coord.: Fauzi H. Choukr e Kai Ambos. Campinas: Edicamp, 2002, p. 289).

obtenção de informações sobre as atividades criminosas realizadas por ele e seus comparsas.³¹⁰

Obviamente, que os próprios americanos têm consciência das conseqüências altamente nocivas destas barganhas para o *common law*, tanto é que sua aplicação é vedada por alguns Estados.

Aliás, os críticos do *plea bargain* afirmam que o principal perigo destas negociações é o tratamento desigual que elas dispensam aos seus participantes, o qual é completamente incompatível com o sistema de matriz acusatória herdado dos ingleses. Isto porque estes acordos não raramente permitem de um lado que o acusado inocente seja alvo de pressões para aceitação de uma solução aparentemente menos dispendiosa se comparada com os morosos julgamentos e de outro que o criminoso contumaz receba uma punição atenuada e volte rapidamente às ruas.³¹¹

Apesar de todas essas críticas, a aplicação deste instituto tem se alargado

³¹⁰ “Reasons for the bargain include a desire to cut down on the number of trials, danger to the defendant of a long term in prison if convicted after trial and the ability to get information on criminal activity from the defendant.” (**Dictionary law**. Site: <http://dictionary.law.com>, acesso em 15.03.05, às 14h). [trad. da autora: Razões para a barganha incluem o desejo de diminuir o número de julgamentos e o risco do acusado permanecer por longo tempo na prisão caso seja condenado, e de facilitar a obtenção de informações sobre as atividades ilícitas do acusado.].

³¹¹ “There are three dangers: a) an innocent defendant may be pressured into a confession and plea out of fear of a severe penalty if convicted; b) particularly vicious criminals will get lenient treatment and be back "on the street" in a short time; c) results in unequal treatment. Public antipathy to plea bargaining has led to some state statutes prohibiting the practice, but informal discussions can get around the ban.” (**Dictionary law**. Site: <http://dictionary.law.com>, acesso em 15.03.05, Às 14h). [trad. da autora: Existem três perigos: a) um acusado inocente pode ser pressionado a confessar para se livrar de uma pena severa se for condenado; b) os criminosos contumazes em particular podem receber um tratamento leniente e voltar às ruas em pouco tempo; c) os acordos podem resultar em tratamento desigual. A antipatia pública em relação ao plea bargain levou a promulgação de estatutos estaduais proibitivos de sua prática, mas discussões informais se desenvolvem em torno do tema.]. No mesmo sentido, Richard Vogler assevera que um dos problemas institucionais “que surge à raiz da manipulação de acusações (charges) e penas em interesse da justiça consensual é que essa subverte os objetivos declarados do processo. Um *plea bargaining* ignora questões de geral e individual dissuasão, retribuição, incapacitação e reabilitação (Justiça 1993, p. 3; Darbyshire 2000m p. 902). Pelo contrário, este premia o cínico e ao culpado (Guidorizzi, 1998, p. 768) e traz como resultado certas disparidades e desigualdades (Palmer 1999, p. 525). (VOGLER, Richard. **Justiça consensual e processo**

progressivamente em território pátrio e desde a sua previsão na Lei 8.072/90³¹² tem sido utilizada como pretexto para dismantelar conluios criminosos e restaurar a ordem, no mais conhecido estilo do movimento de “Lei e ordem”, para o qual os fins justificam os meios.³¹³

Atualmente, tem-se previsão genérica deste acordo para os processos relativos a qualquer espécie de crime, nos termos da Lei nº 9.807/99³¹⁴; e especificamente para os processos relativos aos delitos contra o sistema financeiro nacional, conforme a Lei nº 7.492/86³¹⁵; aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, como disposto na Lei nº 8.137/90³¹⁶; aos delitos praticados por organizações criminosas, conforme

penal. Processo penal e Estado de Direito. Coord.: Fauzi H. Choukr e Kai Ambos. Campinas: Edicamp, 2002, p. 300).

³¹² “**Art. 8º.** (...) **Parágrafo único.** O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu dismantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

³¹³ “...alguns penalistas, até então tidos como democráticos, quando não pios, têm pregado um direito penal máximo: é um verdadeiro terror legal. Integram eles aquele que se convencionou chamar de Movimento de lei e ordem. São, indistigavelmente, homens adeptos da ordem pela força, para os quais, em geral, os fins justificam os meios. Cegados (não seria propositalmente, pelo menos para alguns?) pelas imensas dificuldades do cotidiano (a realidade tem sido impiedosa), não têm razão suficiente para colocar-se no lugar do outro, para perceber o diferente, para pensarem fórmulas capazes de resgatar os desviantes e, no final das contas, os criminosos.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999, p. 45-46).

³¹⁴ “**Art. 13.** Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. **Parágrafo único.** A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade dos beneficiados e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.” “**Art. 14.** O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

³¹⁵ “**Art. 25.** (...) §2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).” (Este parágrafo foi acrescentado à Lei nº 8.137/90 pela Lei nº 9.080/95).

³¹⁶ “**Art. 16.** (...) **Parágrafo único.** Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à

estabelecido na Lei nº 9.034/95³¹⁷; aos crimes de lavagem de dinheiro, tipificados na Lei nº 9.613/98³¹⁸, e aos chamados crimes de tóxicos, nos termos da Lei nº 10.409/02³¹⁹.³²⁰

Certamente, o maior problema da banalização deste instituto está na desconfiança que ele dissemina no corpo social, pois a ameaça de uma delação é fator decisivo para que os cidadãos deixem de confiar uns nos outros.

Neste sentido, é possível concluir que tal espécie de prática tem o condão de romper a comunicação entre os indivíduos e separá-los, para melhor estabelecer um controle sobre seus corpos e almas.

Ora, já foi exaustivamente explicitado que esta é uma técnica típica da nova mecânica de poder que se pulveriza por todo corpo social para normalizar os indivíduos, torná-los dóceis e governáveis.

Aliás, diante de todos esses argumentos, pode-se afirmar que o juiz ao homologar a delação premiada exerce uma jurisdição que planta no corpo social a desconfiança, estimula o rompimento da comunicação entre os cidadãos e mina qualquer possibilidade de questionamento e resistência às suas práticas

autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).” (Este parágrafo foi acrescentado à Lei nº 8.137/90 pela Lei nº 9.080/95).

³¹⁷ “**Art. 6º.** Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

³¹⁸ “**Art. 1º.** (...) §5º. A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto de crime.”

³¹⁹ “**Art. 32.** (...) §2º. O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da justiça. §3º. Se o oferecimento de denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo ou organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a penal, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando qualquer decisão.”

³²⁰ Note-se que na legislação brasileira este acordo para redução da pena do delator não raro se trava entre juiz e integrante do conluio criminoso, o que demarca certa diferença

normalizadoras.

Se não bastasse tudo isso, é preciso ressaltar que este atuar jurisdicional traz ao delator uma sensação de cumprimento do dever, de expiação moral, na medida em que torna definitivo e conseqüentemente eficaz o auxílio que prestou no combate das condutas criminosas ou anormais.

Assim, a delação é vista também como um processo educativo e moralizador, em que o indivíduo se arrepende do mal realizado, ajuda a desfazê-lo e recebe seu prêmio, tal como exige a sociedade panóptica.

3.1.2.7 As testemunhas indignas de fé

Conforme prevê o art. 202 e ss., do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha, desde que sobre ela não recaiam impedimentos de ordem profissional, ou seja, tenha ela o dever de manter segredo sobre os fatos processados em razão da atividade ou ministério que exerce.

Isto significa que qualquer indivíduo pode prestar depoimento sobre os fatos que dizem respeito a certo caso penal, sem que incidam sobre ele limitações de idade ou referentes à sanidade mental.

O único fator capaz de impedir a pessoa de testemunhar é o dever de sigilo que lhe é imposto em razão do exercício de sua profissão ou de seu ofício, o qual inclusive pode ser afastado pela pessoa em tese prejudicada por suas eventuais declarações.³²¹

Apesar desta ampla igualdade no momento de colheita da prova testemunhal, não se pode olvidar que inevitavelmente o depoimento de algumas testemunhas prevalece sobre os demais produzidos no processo. Isto porque

em relação ao *plea bargain*, aceito no *common law*.

³²¹ “**Art. 207.** São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho.” (Código de Processo Penal).

malgrado tenha vigência no sistema processual pátrio o princípio do livre convencimento, não se pode negar que se identificam nele resquícios do velho sistema tarifário de valoração das provas.

Sabe-se que o chamado sistema da tarifa legal surgiu na Inquisição Católica e exigia que as provas tivessem seu valor previamente estabelecido em lei, para que a condenação figurasse como produto de mera operação matemática.³²²

Ao comentar sobre este sistema de avaliação da prova, Michel Foucault ressaltava:

Havia as provas completas e as provas incompletas, as provas plenas e as provas semiplenas, as provas inteiras, as semiprovas, os indícios, os adminículos. Depois, todos esses elementos de demonstração eram combinados, adicionados, para chegar a certa quantidade de provas que a lei, ou antes, o costume definia como mínimo necessário para obter a condenação. A partir desse momento, a partir dessa aritmética, desse cálculo da prova, o tribunal tinha que tomar sua decisão. E, na sua decisão, ele estava preso, pelo menos até certo ponto, por essa aritmética da prova.³²³

Ademais, o filósofo francês completava que neste sistema a pena também seria modulada de modo proporcional à quantidade de provas reunidas, pois de acordo com a lógica inquisitorial o indivíduo deveria ser punido a qualquer custo, mesmo quando não atingido o mínimo probatório necessário à comprovação do delito, neste caso teria apenas atenuada a sua pena para não causar qualquer sensação de injustiça.³²⁴

³²² “Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do argüido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 196).

³²³ FOUCAULT, Michel. **Aula de 8 de janeiro de 1975**. Os anormais. Trad.: Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 09.

³²⁴ Além dessa legalização, dessa definição legal da natureza e da quantidade da prova, fora dessa formalização legal da demonstração, havia o princípio segundo o qual as punições deviam ser determinadas de maneira proporcional à quantidade de provas reunidas. Ou seja,

Veja-se que embora tenha ocorrido a superação deste sistema da prova legal pelo princípio do livre convencimento, que liberou o juiz para avaliar sem as amarras da lei a prova produzida no caso concreto, não se pode negar que alguns resquícios do medieval tarifamento probatório ainda subsistem no hodierno processo penal.

Primeiramente, é possível identificar tais reminiscências do velho sistema da inquisição na permanência de certa proporcionalidade entre o grau de certeza do juiz e a gravidade da pena imposta.

Exemplificava Michel Foucault, que o juiz costuma traduzir sua falta de convicção em relação à prática de um delito numa atenuação da pena: “a uma incerteza incompletamente adquirida corresponderá, na verdade, uma pena levemente ou amplamente atenuada, mas que continua sendo pena. Ou seja, presunções fortes, mesmo em nosso sistema e a despeito do princípio da convicção íntima, nunca permanecem totalmente impunes. É dessa maneira que funcionam as circunstâncias atenuantes.”³²⁵

Pondera-se que tal sobrevida do tarifamento legal certamente se atribui a uma perpetuação do sistema inquisitório nos dias de hoje, não mais nos moldes católicos, não mais para acossar e curar os hereges, mas para perseguir e corrigir aqueles que resistem à normalização.

Também se pode reconhecer como resquício do sistema tarifário o fato de que certas provas têm em si efeitos de poder, isto é, têm valores demonstrativos maiores do que as outras, o que determina quase sempre na avaliação do juiz a sua prevalência sobre as demais.

não bastava dizer: temos de chegar a uma prova plena, inteira e completa, para determinar uma punição. O direito clássico dizia: se a adição não atinge o grau mínimo de provas a partir do qual se pode aplicar a pena plena e inteira, se a adição ficar de certo modo suspensa, se só se têm três quartos de prova e não, ao todo, uma prova plena, isso não quer dizer que não se deva punir. Para três quartos de prova, três quartos de punição; para meia prova, meia pena. (FOUCAULT, Michel. **Aula de 8 de janeiro de 1975**. Os anormais. Trad.: Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 10).

³²⁵FOUCAULT, Michel. **Aula de 8 de janeiro de 1975**. Os anormais. Trad.: Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 12.

Tem-se como exemplo dessas provas aquelas produzidas por peritos, pois em termos foucaultianos “na medida em que o estatuto do perito confere aos que o pronunciam um valor de cientificidade, ou antes, um estatuto de cientificidade – goza com relação a qualquer outro elemento da demonstração judiciária, de certo privilégio. Não são provas legais no sentido em que o direito clássico as entendia ainda no final do século XVIII, mas são enunciados judiciários privilegiados que comportam presunções estatutárias de verdade, presunções que lhe são inerentes em função do que as enunciam.”³²⁶

Note-se que nesta situação se encontra o juiz normalizado pelo discurso científico e impedido de questionar a prova pericial porque fundada numa prática discursiva pretensamente verdadeira e sem dúvida hegemônica na atual sociedade panóptica.

Além das provas periciais, também se pode constatar que prevalecem sobre os demais depoimentos aqueles prestados por testemunhas que se comprometem expressamente em dizer a verdade, sob pena de responderem pelo crime de falso testemunho.

Isto porque o referido compromisso garante aos seus depoimentos presunção de veracidade, a qual por sua vez torna hegemônicos os discursos neles contidos e impede o juiz de questioná-los ou atribuir-lhes menor valor no momento da apreciação da prova.³²⁷

Ressalte-se que no processo penal brasileiro, em princípio, todas as testemunhas prestam compromisso, salvo os menores de 14 anos e os

³²⁶ FOUCAULT, Michel. **Aula de 8 de janeiro de 1975**. Os anormais. Trad.: Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2001, p. 14.

³²⁷ “– par vérité, entendre un ensemble de procédures réglées pour la production, lla loi, la répartition, la mise en circulation, et le fonctionnement des énoncés. – la vérité est liée circulairement à des systèmes de pouvoir qu’elle induit et qui la reconduisent.” (FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, p. 160, v. III). [trad. bras. **Verdade e poder**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p. 14: “Por ‘verdade’, entender um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a lei, a repartição, a circulação e o funcionamento dos enunciados. A verdade está circularmente

mentalmente enfermos, em razão de sua incapacidade para se auto-determinar, e os parentes do acusado, bem como o ofendido, por possuírem interesse no deslinde do caso.

Contudo, é preciso levar ainda em conta o fato de que mesmo entre os depoimentos das testemunhas que prestam compromisso se estabelece uma hierarquia de valores, que sem dúvida alguma está fundada nas qualidades pessoais do depoente.

Tanto isso é verdade que o art. 214, do Código de Processo Penal, estabelece a obrigatoriedade de restar consignado no termo de oitiva da testemunha quando esta for considerada por qualquer das partes indigna de fé, certamente para que no momento da apreciação da prova este fator depreciativo do depoimento seja levado em conta.

Note-se que este estado de indignidade não encontra definição na lei e oscila de acordo com o contexto histórico, mas ninguém tem dúvida de que neste momento não ser digno significa não ser normalizado.

Assim, é possível constatar que o juiz se vê mais uma vez subjugado por uma série de normas morais que lhe são impostas de maneira inquestionável pela mecânica disciplinar que se encontra disseminada por todo corpo social.

Portanto, conclui-se que neste ponto se identifica não só uma jurisdição fadada a normalizar, mas também um atuar jurisdicional que cede às investidas normalizadoras desta nova mecânica de poder, isto é, descobre-se um juiz que é inevitavelmente submetido à correção moral.

3.1.2.8 A prisão como pena e medida cautelar

A partir dos estudos foucaultianos, tem-se consciência de que a forma

ligada a sistemas de poder, que a produzem e apóiam, e a efeitos de poder que ela induz e que

prisão “se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e centraliza.”³²⁸

Portanto, pode-se dizer que o surgimento da prisão apenas traduziu a exigência de uma aparelhagem disciplinar que se disseminou por todo corpo social a partir do século XVII, com intuito de tornar os corpos dóceis e úteis ao emergente capitalismo industrial.

Por outro lado, deve-se destacar que a sua previsão legal como penalidade de detenção ocorreu somente por volta do final do século XVIII e princípio do século XIX, quando este poder disciplinar pulverizado por toda a sociedade se apropriou da instituição judiciária.

Aliás, nesta atmosfera em que a disciplina do corpo era algo tão corriqueiro, a prisão como castigo previsto em lei para as condutas mais graves logo assumiu um caráter de obviedade, que eclipsou prontamente as demais formas de punição idealizadas pelos reformadores do início século XVIII³²⁹.

a reproduzem.”].

³²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 207

³²⁹ Por reformadores, entendem-se aqueles integrantes da primeira fase da Escola Clássica, mais especificamente os integrantes da *Accademia dei Pugni*, que se constituiu em Milão, por volta 1758: “Faziam parte desse seleto grupo milanês, dentre outros, Giuseppe Visconti di Saliceto, Luigi Lambertenghi, Antonio Menafoglio, Alfonso Longo, Giovan Battista Biffi, Pietro Secchi-Comnemo (‘il signore filosofiche’), a bela Antonia Belgioioso e, logicamente, Cesare de Beccaria e os irmãos Alessandro e Pietro Verri. Esse grupo fantástico de pensadores da vida cultural e civil, organizados pelo fundador Pietro Verri e embriagados pelo enciclopedismo de Diderot e d’Alambert e pelas obras de Montesquieu, Voltaire e Rousseau, passam a divulgar surpreendente produção literária, entre as quais estão *Meditazione sulla felicità* (1763), de Pietro Verri; *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria; e *Il Caffé*, periódico criado e dirigido por Pietro Verri, publicado entre os anos de 1764-1766, com intuito de fazer uma guerra perene e incessante para melhorar as pessoas.” (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57).

Segundo Michel Foucault, desde os primeiros anos do século XIX todos pareciam convencidos de que a prisão era a única alternativa para o sistema punitivo, como se acreditassem que esta havia sido imposta à humanidade pelo movimento da história:

E se, um pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão.³³⁰

Alude, ainda, o filósofo francês, que tal fenômeno de banalização da prisão encontra duplo fundamento, um de ordem jurídico-econômica e outro de ordem técnico-disciplinar.

O primeiro fundamento remete ao fato de que prisão é concebida como um castigo igualitário na medida em que priva os cidadãos do único bem que pertence a todos da mesma maneira, isto é, da liberdade, ao contrário do que por exemplo ocorre com a multa, cuja aplicação tem seus efeitos determinados de acordo com o patrimônio de cada um. Não por outro motivo, considera-se que só a prisão está em verdadeira consonância com o princípio de igualdade formalmente consagrado pelos ordenamentos jurídicos elaborados a partir do século XVIII.

Além disso, a prisão permite a contabilização do castigo em dias, meses e anos, o que estabelece equivalências quantitativas delito-duração e a sensação de que seu cumprimento enseja verdadeira reparação não só do sujeito lesado, mas de toda a sociedade por força da relação universal e constante que os cidadãos mantêm com o bem do qual ela os priva.³³¹ Isto significa que a pena de prisão estabelece uma espécie de economia do poder punitivo, que se exerce na exata medida da reparação do dano causado pela prática do delito.

³³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 208.

³³¹ “Daí a expressão tão freqüente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contrária à teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para ‘pagar sua dívida’. A prisão é ‘natural’ como é ‘natural’ na nossa sociedade o uso do tempo para medir trocas.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramalhete.

Por certo, não são poucos os que negam este caráter retributivo da prisão, próprio de um modelo taliônico e incompatível com um sistema punitivo fundado no princípio da humanidade das penas. Todavia, é preciso compreender que este discurso humanista figura somente como um golpe de cena para mascarar o verdadeiro caráter reparatório da sanção de encarceramento nas sociedades modernas.

Ora, a partir do momento em que se define a prisão como uma espécie de punição pela quebra do contrato social, considera-se inevitavelmente a supressão da liberdade como uma forma de restauração da ordem social e, conseqüentemente, como uma reparação de toda a sociedade por ter sofrido a violação de seu pacto.

Certamente, este pensamento também se aplica aos dias atuais, mesmo após este direito penal fundado no princípio da soberania ter sido varrido pelos ares neoliberais. Isto porque neste novo contexto a prisão continua a ser aceita como forma de reparar à violação ao pacto, mas agora não mais daquele criador do Estado, mas daquele que transferiu ao Mercado o controle e a proteção dos indivíduos, ou melhor, dos consumidores.

Neste sentido, a prisão se converte numa forma de restabelecimento não da ordem social, mas aquela do próprio Mercado, e um modo de reparação não do cidadão, mas dos próprios consumidores.³³²

11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 208).

³³² Jacinto Nelson de Miranda Coutinho denuncia este direito penal máximo estruturado em tempos de globalização neoliberal para conter a grande massa daqueles excluídos das relações de consumo: “Agora, não obstante, a situação é distinta. Dentro da mesma base legal – e a partir daquela constitucional –, concomitantemente com o *tittyainment* (e quiçá iludidos por ele), alguns penalistas, até então tidos como democráticos, quando não pios, têm pregado um direito penal máximo: é um verdadeiro terror legal. Integram eles aquele que se convencionou chamar de Movimento de lei e ordem. São, indisfarçavelmente, homens adeptos da ordem pela força, para os quais, em geral, os fins justificam os meios. Cegados (não seria propositalmente, pelo menos alguns?) pelas imensas dificuldades do cotidiano (a realidade tem sido impiedosa), não têm razão suficiente para colocar-se no lugar do outro, para perceber o diferente, para pensar em fórmulas capazes de resgatar os desviantes e, no final das contas, os criminosos. O dilema, contudo, é que um direito penal máximo não exclui ninguém, transformando todos em delinquentes, sem embargo de que gente desse porte pensa-se, em geral, intocável, inatingível, esquecendo poder ser vítima da mesma lógica perversa que faz questão de não humanizar esse outro, mesmo ele, se for o caso, no seu próprio tempo.”

Por outro lado, como anteriormente referido, o segundo fundamento desta obviedade da prisão se encontra no papel disciplinar que ela desempenha a serviço do capitalismo vigente. Noutras palavras, a prisão foi banalizada porque é vista como o único aparelho capaz de transformar o comportamento dos criminosos, uma vez que reproduz de forma mais acentuada os mecanismos de treinamento, confinamento e docilização que se encontram pulverizados por todo corpo social.

Neste sentido, Michel Foucault explica que a prisão não passa de um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria e por este caráter de suplemento corretivo teria alcançado plena aceitação da sociedade.³³³

Deste modo, a única diferença que se pode identificar entre a normalização imposta pela prisão e aquela produzida pelos mecanismos da própria sociedade é quantitativa, pois a disciplina das prisões é sempre incessante, despótica e visa à correção sem lacunas do indivíduo anormal.

Aliás, dentre as acentuadas técnicas corretivas da detenção penal, a mais visível é sem dúvida o isolamento do indivíduo, que não consiste apenas no seu afastamento físico do corpo social, mas também moral e psicológico. Esta medida trata de cortar ou tornar raro o seu contato com o mundo exterior e, conseqüentemente, com os motivos que o levaram à prática da infração, para que no recôndito da solidão possa refletir sobre seus atos e sentir a culpa avolumar-se sobre os seus ombros, até que a repulsa pela conduta punida se torne insuportável e definitivamente promova a transformação de seu comportamento.³³⁴

(COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999, p. 45 e 46).

³³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 209.

³³⁴ “Além disso, a solidão deve ser um instrumento positivo de reforma. Pela reflexão que suscita, pelo remorso que pode deixar de chegar.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 212).

Outro conhecido mecanismo corretivo da prisão é o trabalho, que impõe ao detento uma atividade laborativa e o converte numa engrenagem industrial produtiva, de funcionamento ordenado e regular, isto é, em operário dócil e mecanizado segundo as normas gerais do regime capitalista.

Finalmente, pode-se identificar uma terceira técnica de correção empregada pelo sistema carcerário, que se traduz na vigilância, na observação, no registro silencioso e incansável da biografia e do comportamento do preso para a prescrição de um tratamento individualizado e adequado à sua transformação.

Em outros termos, a prisão se torna um estágio de observação do detento e certamente decisivo para a modulação de sua pena, que na perspectiva do atual sistema deverá atender aos anseios do capitalismo neoliberal.³³⁵

Isto significa que o modo de cumprimento da pena será determinado de acordo com a capacidade de reinserção do indivíduo no Mercado, o que permite concluir que só serão cuidadosamente reeducados e terão direito a gozar dos benefícios dos regimes aberto e semi-aberto, da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional³³⁶ aqueles possíveis consumidores.

Note-se que todas essas técnicas de correção enumeradas têm por objetivo primordial fazer o indivíduo evoluir dentro da curva de normalidades do corpo social, que vai desde a escala da completa normalização até a delinqüência.

Em síntese, todo este aparato carcerário recorre a três grandes esquemas, o político-moral do isolamento individual e da hierarquia; o econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório e o técnico-médico da cura e da normalização³³⁷, com o intuito de classificar os indivíduos na escala de

³³⁵ O art. 5º, da Lei 7.210/84, estabelece as premissas para esta modulação da pena: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal.”

³³⁶ A Lei 7.210/84 estabelece em seus arts. 110 e ss., as regras para a concessão de tais benefícios.

³³⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis:

docilização capitalista e fazê-los nela evoluir.

Atualmente, malgrado esponentem algumas alternativas ao encarceramento, não se pode negar que a prisão continua a ser considerado o meio mais eficaz à correção do criminoso cuja conduta cause distorções na ordem imposta pelo Mercado.

Portanto, é preciso reconhecer que a jurisdição ao atuar para resolver o caso penal, não tem outra saída senão submeter à pena de prisão o indivíduo considerado culpado pela violação não mais do pacto social criador do Estado, mas do pacto que transformou o Mercado na instância de controle social.

É verdade que hoje têm previsão no ordenamento brasileiro as chamadas penas alternativas, as quais ao invés de levarem o indivíduo ao confinamento lhe impingem restrições ao exercício de certos direitos.

Contudo, observa-se que tais penas não ganharam aceitação da sociedade naqueles casos em que o delito é considerado repugnante ou intolerável, pois seu grau corretivo é considerado insuficiente para reformar o criminoso que atenta contra a ordem de proteção aos consumidores.

Até porque no Brasil a crise do sistema carcerário, determinada pelas superlotações e pela falta de políticas capazes de garantir nestes ambientes o mínimo necessário à sobrevivência humana, torna o efeito normalizador da prisão ainda mais intenso.

Ora, percebe-se facilmente neste país, que a prisão provoca um isolamento profundo, prolongado para além dos limites temporais legalmente fixados e insuperável na medida em que relega o indivíduo definitivamente à condição de excluído do mercado, prescreve ao mesmo tempo um trabalho automático e escravizante nas chamadas penitenciárias industriais, o qual jamais fornecerá subsídios à reinserção do detento no mundo neoliberal.

Assim, mais uma vez se constata que a jurisdição penal, na medida em

que traduz o exercício de poder, só faz normalizar e no Brasil, mais especificamente, disciplinar os corpos para torná-los dóceis, úteis ao capitalismo que hodiernamente ganha nuanças neoliberais.

Sabe-se que para o neoliberalismo os anormais e criminosos são aqueles que não consomem e representam algum perigo a esta ordem mercadológica excludente e as prisões neste contexto são verdadeiros mecanismos de contenção das massas excluídas.³³⁸

Aliás, para cumprir tal intento a prisão se especializa cada vez mais e se traveste em penitenciária de segurança máxima, a qual dispõe de todo um aparato cibernético de vigilância dos detentos e impõe o seu isolamento completo e quase irreversível, principalmente quando sua atuação oferece algum perigo para aqueles que controlam o Mercado, como é o caso dos traficantes de entorpecentes, cuja atividade movimenta capital imensurável.³³⁹ Veja-se que no Brasil esta espécie de prisão teve seu regime de detenção regulamentado recentemente pela Lei nº 10.792/03.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que além desse caráter

³³⁸ Como ressalta Luiz Alberto Machado, “forçoso é reconhecer que quanto mais se desce na escala da sociedade, mais as redes da malha fina da tipificação penal apertam-se, afinam-se, de forma a impedir que os ‘desviantes’ da outra sociedade, da classe baixa e da classe marginal, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles do colarinho branco (ou da gravata preta), isto é, das classes alta e média.” (MACHADO, Luiz Alberto. **A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Porto Alegre: Síntese, v. 33, 2000, p. 87).

³³⁹ Alessandro Baratta, ao tratar dos processos de criminalização na sociedade atual, assevera que “o desvio deixa de ser uma ocasião – difusa em todo corpo social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no *status* habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objeto do novo ‘pacto social’. Talvez, em breve, para disciplinar tais estratos sociais, bastará a criação de grandes guetos controlados por computador (na medida em que a disciplina do trabalho e do consumo será suficiente para satisfazer a necessidade de ordem na população garantida). Em tal sociedade, a originária função do aparato penitenciário, no momento do surgimento da formação social capitalista – ou seja, a função de transformar e produzir o homem, adaptando-o à disciplina da fábrica, e de reproduzir a mesma disciplina como regime da sociedade em geral -, estará definitivamente superada. A inversão funcional da pena privativa de liberdade, que se exprime com o nascimento do cárcere especial, do cárcere de máxima segurança, poderia manifestar, neste sentido todo o seu significado.” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2002, p. 196).

punitivo a prisão tem um aspecto cautelar, que nos ordenamentos modernos a transforma em medida para assegurar a futura aplicação da punição penal.

Mais especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, esta função cautelar do encarceramento é desempenhada pelas chamadas prisões processuais³⁴⁰, realizadas em princípio para garantir o desenvolvimento do processo penal, bem como a concretização de seu resultado.

Entretanto, é preciso reconhecer que seus efeitos são os mesmos da prisão-pena, inclusive porque entre elas não há qualquer diferença teórica ou prática, mas apenas retórica.

Assim, ao contrário do que afirmam os manualistas do processo penal brasileiro, as prisões processuais se traduzem em verdadeiro cumprimento antecipado do encarceramento-pena e sua execução em nada se distingue deste. Isto quer dizer que não mais se sustenta a falácia de que no processo penal brasileiro não se promove à execução antecipada ou provisória da sentença penal, até porque esta é plenamente compatível com a hegemônica e irrestritamente adotada Teoria Geral do Direito Processual.

3.1.2.9 As penas alternativas

Como referido anteriormente, o sistema penal brasileiro prevê como alternativa à pena de prisão, no caso de crimes considerados menos graves ou daqueles praticados por indivíduos que não se encontram em grau de profunda de delinqüência, a aplicação de medidas restritivas de direitos, previstas especificamente nos arts. 44 e ss., do Código Penal.

Os efeitos normalizadores desta espécie de pena são tão nítidos quanto

³⁴⁰ “No Direito Processual Penal pátrio, essa execução cautelar de natureza pessoal, ou prisão cautelar de índole processual, apresenta-se sob aquelas cinco modalidades: prisão preventiva *stricto sensu*, prisão em flagrante, prisão temporária e as prisões resultantes de

àqueles perpetrados pela pena de prisão, primeiramente porque no plano concreto a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos exige a comprovação de certo grau de normalização do criminoso.

Ora, a mencionada legislação expressamente prevê que para ser agraciado com a pena alternativa, o acusado não pode ser reincidente; deve possuir uma conduta socialmente adequada e uma personalidade que não ostenta traços de periculosidade; bem como o crime pelo qual foi condenado deve ser de baixa lesividade.

Isto significa que para transformar a pena de prisão em restritiva de direitos a jurisdição exige do acusado que ao menos em tese apresente um potencial para ser submetido novamente ao processo de normalização, que no atual contexto neoliberal se traduz em potencial para retornar ao mercado como consumidor.

Veja-se que mesmo antes de aplicar a pena alternativa, a jurisdição seleciona os indivíduos de acordo com a sua posição na curva de normalidades de uma dada sociedade e decide se ele está apto ou não à reeducação, ou seja, atua sempre no sentido de classificar e distribuir os indivíduos que realimentarão a maquinaria disciplinar disseminada pelo corpo social.

Se não bastasse tudo isso, as penas alternativas impõem ao acusado uma série de restrições de inquestionável cunho moralizador, tais como a prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, a proibição de frequentar certos locais e a obrigação de se recolher nos albergues ou na própria residência durante os finais de semana.

Note-se que esta imposição de trabalhos comunitários ao acusado é ainda mais normalizadora do que a perpetrada na própria prisão, pois a atividade laborativa nesse caso não só investe na disciplina do corpo, mas em tese também no governo da alma.

pronúncia e sentença condenatória recorrível.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390, v. III).

O trabalho nesta perspectiva não tem como objetivo transformar o indivíduo em uma engrenagem industrial útil ao capitalismo, mas talvez conduzir a sua alma à salvação, guiar a sua conduta ao moralmente adequado e demonstrar que diante da ruína do Estado Social somente a caridade dos próprios cidadãos pode suprir a assistência dos excluídos.

Em síntese, a pena de prestação de serviços à comunidade não passa de um mecanismo de governo concretizado pelo atuar jurisdicional, que neste contexto se exime de qualquer questionamento na medida em que proporciona uma sensação de alívio e bem-estar não só ao acusado como a toda a sociedade.

Além disso, não se pode ignorar que esta espécie de pena permite uma vigilância constante e sem lacunas dos apenados, que têm seu trabalho monitorado de forma ininterrupta e sua vida constantemente devassada pelos cadastramentos periódicos realizados nas audiências mensais em juízo, nos quais se indaga sobre seu endereço, sua ocupação, suas impressões sobre o trabalho realizado, etc...

Conclui-se, portanto, que o Estado ao aplicar as penas alternativas não faz outra coisa senão normalizar os indivíduos, se apropriar do seu tempo livre, de seu trabalho, de sua intimidade, de sua alma, sempre sob a máscara de exercício legítimo de sua soberania.

Ressalte-se que a jurisdição não atua de forma distinta quando aplica as demais penas restritivas de direitos, pois é visível o seu exercício disciplinar quando proíbe os indivíduos de freqüentar determinados lugares e lhes obriga o recolhimento domiciliar nos finais de semana.

Isto porque tais medidas não têm outro objetivo senão afastá-los fisicamente de determinados locais, de modo a controlar suas preferências, seus gestos, seu comportamento, seu contato e sua comunicação com os demais indivíduos.

Ademais, não se pode esquecer que tais lugares proibidos geralmente são ambientes em que a maquinaria disciplinar pulverizada pelo corpo social não

penetra, daí a necessidade de impedir o condenado de frequentá-los. Afinal, quanto mais distante ele for mantido de práticas não normalizadoras, menor é a probabilidade de questionar aquelas destinadas à sua educação.

Como se vê, não são poucos os mecanismos processuais que servem ao exercício dessa jurisdição que vigia, controla os corpos para torná-los governáveis por aqueles que exercem poder nas malhas do capitalismo neoliberal.

Aliás, poderiam ser enumerados muitos outros além daqueles já elencados, porém tal tarefa tornaria o presente trabalho cansativo e romperia o fio condutor que procura alinhá-lo não só na direção de uma denúncia da jurisdição que só faz normalizar, como também de uma nova maneira de pensar o atuar jurisdicional.

3.2 A jurisdição anti-disciplinar

3.2.1 O constante questionamento do exercício do poder jurisdicional

Segundo Michel Foucault, resistir à normalização engendrada por esta mecânica de poder que se disseminou por toda sociedade ocidental desde o fim do medievo só é possível a partir da constituição de novas práticas, novos saberes e discursos que sejam anti-normalizadores.

Tal resistência, por sua vez, pressupõe necessariamente a assunção de uma atitude crítica em relação às práticas que buscam submeter e assujeitar a todos, isto é, depende impreterivelmente de uma decisão ao mesmo tempo pessoal e coletiva de não se deixar governar, de não aceitar a docilização imposta por certos jogos ou políticas de verdade.

Em termos foucaultianos, para se libertar da normalização é preciso antes de mais nada questionar incessantemente as práticas que lhe dão concretude, noutras palavras, faz-se necessário deixar o chamado estado de minoridade, numa apropriação da *aufklärung* kantiana³⁴¹, e indagar sobre a racionalidade que perpassa as relações de poder nas quais essas práticas se materializam.

Aliás, ensinava o filósofo francês que para se rebelar contra uma forma

³⁴¹ “Kant indique tout de suite que cette ‘sortie’ que caractérise l’Aufklärung est un processus que nous dégage de l’état de ‘minorité’. Et par ‘minorité’, il entend un certain état de notre volonté qui nous fait accepter l’autorité de quelqu’un d’autre pour nous conduire dans les domaines où il convient de faire usage de la raison. Kant donne trois exemples: nous sommes en état de minorité lorsqu’un livre nous tient lieu d’entendement, lorsqu’un directeur spirituel nous tient lieu de conscience, lorsqu’un médecin décide à notre place de notre régime (notons en passant qu’on reconnaît facilement le registre des trois critiques, bien que le texte ne le dise pas explicitement).” (FOUCAULT, Michel. **Qu’est-ce que le Lumières?**. Dits et Écrits. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. IV, p. 564). [trad. da autora: Kant indica por conseguinte que esta saída que caracteriza a *Aufklärung* é um processo que nos livra deste estado de ‘minoridade’. E por ‘minoridade’, ele entende um certo estado de nossa vontade que nos faz aceitar a autoridade de que qualquer outro para nos conduzir sob domínio onde lhe convém fazer uso da razão. Kant dá três exemplos: nós estamos em estado de minoridade quando um livro nos toma o lugar do entendimento. Quando um diretor espiritual nos toma o lugar da consciência. Quando um médico decide em nosso lugar nosso regime alimentar (anotamos brevemente que se reconhece facilmente o registro de três críticas, ainda que o texto não diga nada explicitamente).].

de poder não basta denunciar a violência por ela imposta, é imprescindível perguntar sobre a racionalidade que constitui suas práticas e mantém todos assujeitados, inclusive dizia ele que esta é a única forma de impedir que outros grupos ou pessoas continuem por meio dela governar a todos:

Em consequência, os que resistem ou se rebelam contra uma forma de poder não deveriam se contentar em denunciar a violência ou criticar uma instituição. Não é suficiente seguir o processo utilizado pela razão geral. O que deve ser colocado em questão é a forma de racionalidade presente nela. A crítica do poder exercido sobre os doentes mentais ou os loucos não deveria se limitar às instituições psiquiátricas; os que contestam o poder de punir não deveriam se contentar em denunciar as prisões como instituições totais. A questão é: como são racionalizadas as relações de poder? Colocá-la é a única forma de evitar que outras instituições, como os mesmos objetivos e os mesmos efeitos tomem o seu lugar.³⁴²

Note-se que até este ponto não foi outra a preocupação do presente trabalho senão desenvolver tal questionamento, visto que numa análise ascendente das práticas por meio das quais se exerce o poder estatal de punir buscou demonstrar como se tem realizado a normalização dos indivíduos na atual sociedade brasileira.

Por certo, as indagações desenhadas não se limitaram aos aspectos materiais desse atuar jurisdicional normalizador, mas para além disso trataram de rastrear a origem e o surgimento dessas práticas de poder que atualmente têm por finalidade pastorear a todos sob a promessa de conduzi-los a tão sonhada salvação.

Destarte, este manuscrito não apenas evidenciou a violência perpetrada por uma jurisdição concretizadora de institutos como a delação premiada, as

³⁴² [trad. da autora] “En conséquence, ceux qui résistent ou se rebellent contre une forme de pouvoir ne sauraient se contenter de dénoncer la violence ou critiquer une institution. Il ne suffit pas de faire le procès de la raison en général. Ce qu’il faut remettre en question, c’est la forme de rationalité en présence. La critique du pouvoir exercé sur les malades mentaux ou les fous ne saurait se limiter aux institutions psychiatriques, de même, ceux qui contestent le pouvoir des punir ne sauraient se contenter de dénoncer les prisons comme des institutions totales. La question est: comment sont rationalisées les relations de pouvoir? La poser est la seule façon d’éviter que d’autres institutions, avec les mêmes objectifs et les mêmes effets ne prennent leur place.” (FOUCAULT, Michel. **‘Omnes et singulatim’: vers une critique de la raisons politique**. Dits et Écrits. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. IV, p. 161).

penas alternativas e de prisão, o “banco infamante” do tribunal do júri e outros, mas principalmente investigou como e porque este poder estatal tem promovido a docilização dos corpos através do processo penal.

Em síntese, o que se fez até aqui foi justamente dar o primeiro passo no sentido de perfilar uma atitude crítica destinada à desarticulação deste poder jurisdicional que tem vigiado, controlado e submetido a todos.

Por certo, tem-se consciência de que tal esforço não é suficiente para afastar de uma vez por todas as práticas judiciárias da normalização, trata-se apenas de uma provocação para fazer refletir aqueles que realmente podem executar esta tarefa hercúlea no seu exercício cotidiano da vida forense.

Portanto, acredita-se que a jurisdição só deixará de ser a expressão das artes de governar, quando os juízes constantemente se indagarem sobre o seu atuar, perguntarem corajosamente a quem e a que propósitos têm prestado seus serviços.

Neste sentido, Plauto Faraco de Azevedo prega que o juiz deve abrir-se à vida e conhecer “os fatos que constituem a trama histórica de seu tempo, através da leitura e da observação. Só o hábito de perscrutar os acontecimentos lhe permitirá distinguir, no caudal infindável das informações característico de nosso tempo, a verdade da mistificação, o fio condutor da verossimilhança histórica do jogo ideológico reprodutor de condições econômicas indefensáveis e privilégios encastelados na ordem estabelecida.”³⁴³

Certamente, este questionamento não pode ser solitário e deve vir acompanhado de um posicionamento crítico de todos aqueles indivíduos de alguma maneira atingidos por este atuar normalizador.

Assim, é preciso que o advogado, o acusado, a vítima, os órgãos do Ministério Público, os escrivães, os conciliadores, os agentes penitenciários e os jurisdicionados como um todo passem a indagar sobre a racionalidade que tem

³⁴³ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 71.

dado vida às práticas jurisdicionais.

Note-se que neste contexto de essencial importância é também o papel desempenhado pelos professores das faculdades de direito, isto é, pelos encarregados de formar aqueles que futuramente serão agentes da jurisdição e com ela estarão em contato direto.

Ora, nesta perspectiva, os professores devem desde cedo cultivar no espírito de seus alunos a atitude crítica, auxiliá-los nesse processo de esclarecimento e fornecer-lhes o apoio necessário para que corajosamente questionem a docilização perpetrada pelas formas de poder.

Para tanto, não podem ser meros reprodutores de um discurso hegemônico, nem tampouco transformar suas aulas em laboratórios disciplinares, ao contrário, devem suscitar o debate e a reflexão sobre os usos do direito.

Segundo Luis Alberto Warat, “o ato de aprender, como o de escrever, devem ser formas de estar na vida. Aprendendo ou escrevendo se tem que sentir a vida. Ninguém pode sentir-se vivo encarcerado. Sente-se a vida percebendo-se livre, criativo, amando as incertezas, as impurezas, as assimetrias, as fragmentações do saber.”³⁴⁴

Assim, acredita-se que o pensamento crítico deve ser fomentado nas escolas de direito para que de seus bancos levantem profissionais capazes de questionar o poder e de conceber para ele novas práticas distantes da normalização.

Em outras palavras, é preciso cuidar da formação dos ‘jovens’ para que aprendam a pensar e uma vez egressos “dos bancos acadêmicos, devidamente equipados com a técnica, saibam bem utilizá-la – porque então ‘formados’ – para que não sejam com o devido respeito às suas classes (tais as categorias da antigüidade), meros artesãos do couro jurídico, meros criadores de bestas de

³⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 93.

carga, meros pastores de asnos, meros escravos fugitivos, meros locupletadores sem causa, meros elocubreadores da técnica jurídica, para serem, em suma, virtuosos.”³⁴⁵

Sabe-se, obviamente, que esta ousada decisão coletiva de posicionar-se criticamente vem traduzida num processo lento e que não segue nenhuma receita pré-concebida ou roteiro preordenado, trata-se de uma decisão que se renova diariamente diante de cada investida desta nova mecânica normalizadora de poder e que implica uma resistência incansável mesmo nas mais ínfimas relações sociais.

Enfim, esta tese se apresenta como uma das molas propulsoras deste processo, isto é, como um manifesto que a partir do pensamento foucaultiano conclama todos a duvidar do instituído e a pensar uma nova jurisdição.

3.2.2 O experimento de um novo conceito

Apesar de não existir uma fórmula preestabelecida para a construção deste atuar jurisdicional liberto das práticas normalizadoras e sujeito aos constantes questionamentos de seus agentes ativos e passivos, nada impede que se enuncie um novo conceito capaz de dar-lhe alguns contornos ou ao menos fixar premissas para a sua construção que ocorrerá no dia-a-dia das relações sociais.

Certamente, após a diagnose que se realizou da jurisdição exercida no processo penal brasileiro, compreende-se que não mais é possível utilizar-se dos velhos conceitos importados do direito processual civil italiano, sejam eles subjetivistas ou objetivistas.

Isto porque suas definições reproduzem o discurso hegemônico e sequer

³⁴⁵ BORGES, Guilherme Roman. **Dos técnicos aos virtuosos: a defesa da propedêutica nas faculdades de direito.** O Estado do Paraná. Curitiba, 19.12.2004. Direito e

esboçam qualquer preocupação com os efeitos nefastos da normalização engendrada pelo atuar jurisdicional que tem reproduzido sem qualquer questionamento esta nova mecânica de poder que se disseminou por toda a sociedade com intuito de docilizar e governar a todos.

Assim, devem restar para trás os conceitos carneluttiano, chiovendiano e tantos outros, que embora importantes e até inovadores em seu tempo não conseguem expressar esta nova jurisdição que se abre a uma postura crítica e se interpela ousadamente para transformar suas práticas.

Ora, nesta perspectiva, é imprescindível estar preparado para o novo e desapegar-se das velhas teorias que serviram à perpetuação deste atuar jurisdicional ao mesmo tempo normalizado e normalizador e arquitetar um conceito transgressor desta ordem que insistem em assujeitar.

Então, mediante uma breve análise do exposto, pode-se concluir que a jurisdição penal deve ser vista primeiramente como um poder que se exerce no âmbito do Estado, mas se encontra distante da noção de soberania na medida em que suas práticas não se materializam apenas como expressão de um poder central limitado pelo edifício jurídico construído para legitimá-lo.

Ao contrário disso, constatou-se que suas práticas se desenvolvem a reproduzir esta mecânica normalizadora de poder que se encontra pulverizada por toda sociedade e cujas práticas não sofrem qualquer condicionamento na medida em que se apresentam incompatíveis à legislação elaborada em torno da idéia de soberania.

Num segundo momento, deve-se ressaltar que a jurisdição no processo penal tem como finalidade o acerto irrevogável dos chamados casos penais, isto é, das situações de dúvida quanto à aplicação ou não da sanção penal.

Veja-se que tal irrevogabilidade é atingida pela formação da coisa

julgada e se apresenta como característica distintiva do atuar jurisdicional no que diz respeito às demais atuações dos poderes estatais, até porque a jurisdição somente é acionada quando se busca uma solução definitiva quer seja para os conflitos, quer seja para a punição de delitos.

Finalmente, uma nova definição deve projetar um exercício jurisdicional que se indague exaustivamente sobre seus efeitos, pergunte-se sobre seus propósitos e crie diariamente estratégias para resistir à normalização.

Em suma, nesta linha é possível experimentar e dizer que *jurisdição é o poder por meio do qual o Estado, mediante práticas não normalizadoras e não-normalizadas, acerta de maneira irrevogável os casos penais.*

CONCLUSÃO

Para concluir, elaboram-se algumas proposições condensadoras dos assuntos expostos na presente investigação:

1. O conceito carneluttiano, que estabelece a resolução de lides como fim imediato da jurisdição, não serve para traduzir o atuar jurisdicional no processo penal na medida em que foi concebido sob a égide da chamada Teoria Geral do Processo e, conseqüentemente, a partir de elementos privatistas incompatíveis com os fundamentos publicistas deste.
2. As críticas objetivistas a esta definição deixaram claro que num processo de essência inquisitória, tal como aquele desenvolvido na esfera penal, a jurisdição atua independentemente da existência de conflitos e tem como finalidade a dicção do direito no caso concreto de forma definitiva. Nesta perspectiva, entende-se que o critério capaz de distinguir a jurisdição das demais atuações estatais não é seu escopo de solucionar conflitos, mas a tendência que seus atos têm de produzir coisa julgada.
3. Também foram infrutíferas as adaptações da tese carneluttiana ao processo penal, visto que presumiram a existência de um conflito entre o direito de punir do Estado e o direito do imputado de manter sua liberdade a ser acertado pela jurisdição. As críticas objetivistas já haviam deixado claro que nem sempre o Estado e o imputado se encontram em posições antagônicas e ainda assim a jurisdição atuará para verificar se é caso ou não de aplicação de uma pena.
4. No Brasil, a dita Teoria Geral do Processo foi amplamente adotada e tem servido para mascarar as peculiaridades de um processo penal de essência inquisitória, bem como para impedir uma tradução adequada do atuar jurisdicional que nele se concretiza. Não raro, os processualistas brasileiros adotam um conceito chiovendiano para definir o atuar jurisdicional no processo penal e escapar, assim, da comprovada incompatibilidade que a noção subjetivista mantém com este.

5. Certos processualistas brasileiros denunciam o engodo da chamada Teoria Geral do Processo e se destacam na construção de uma teoria apta a estudar os institutos do processo penal de forma particular. Contudo, esses ousados autores ainda não formularam um conceito capaz de traduzir de maneira adequada a jurisdição penal e pela completa ausência de uma definição própria adotam a de matriz chiovendiana.

6. Obviamente, esta adesão não ocorre sem ressalvas e de regra tem negado a subsidiariedade atribuída pelo processualista italiano à jurisdição. Tal ocorre porque não se acredita que o atuar jurisdicional serve exclusivamente para afirmar a preexistente vontade da lei, já que a hermenêutica contemporânea deixou claro o tom criativo inerente ao ato de aplicação do direito.

7. Além disso, o presente trabalho evidencia que o atuar jurisdicional na esfera penal não é substitutivo como ressaltava a noção chiovendiana elaborada para o processo civil. Isto porque, nos termos da tese contratualista, adotada inclusive por Giuseppe Chiovenda, o poder de aplicar penas é inerente ao Estado desde o seu nascimento e jamais foi exercido pelos cidadãos para que ele apenas os substituísse quando da celebração do pacto que lhe deu origem.

8. Ainda em relação ao conceito chiovendiano de jurisdição, deve-se ressaltar que sua visão contratualista impede a compreensão do atuar jurisdicional que se concretiza de acordo com a nova mecânica de poder surgida a partir dos séculos XVII e XVIII.

9. Portanto, vê-se como imprescindível abandonar esta definição engendrada há muitos anos na Itália e estudar a jurisdição penal que atualmente se concretiza por meio de práticas normalizadoras. Para tanto, entende-se como necessária uma abordagem foucaultiana do tema.

10. A analítica foucaultiana deixa de lado a idéia de um poder soberano e se preocupa com este poder disseminado nas mais ínfimas relações sociais e que funciona para vigiar, controlar e educar os indivíduos a fim de torná-los dóceis e governáveis.

11. Entende-se, nesta perspectiva, que a jurisdição é mais uma das práticas de poder que tem se concretizado por meio de práticas disciplinares e dos chamados biopoderes, isto é, tem-se exercido para tornar os indivíduos obedientes e úteis ao capitalismo vigente.

12. De acordo com as investigações realizadas no presente manuscrito, é inegável que a jurisdição penal brasileira tem materializado uma série de institutos normalizadores, tais como a justiça negocial, o juízo de admissibilidade da peça acusatória, a suspensão condicional do processo, o interrogatório, o banco infamante do tribunal do júri, a delação premiada, a testemunha indigna de fé, as penas de prisão e alternativas e outros.

13. Conforme o pensamento foucaultiano, somente práticas anti-normalizadoras podem aniquilar de uma vez por todas a normalização perpetrada por esta mecânica de poder engendrada após a Idade Média por toda a sociedade ocidental.

14. Note-se que tais práticas de resistência só se concretizam por meio de uma atitude crítica ou do questionamento constante desta forma de poder que adentra, controla e sujeita todos ao governo de alguns. Nesta linha, pensar uma nova jurisdição distante da normalização exige que os seus agentes ativos e passivos indaguem incansavelmente sobre os propósitos de seu exercício e a quem ele tem servido.

15. Por fim, o presente trabalho se posta como uma provocação para que todos se posicionem criticamente em relação a esta forma de poder normalizador e conclui a experimentar um conceito que define a jurisdição capaz de resistir às suas investidas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos ideológicos de Estado**. Mapa da Ideologia. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 1997.

ARON, Jean-Paul e KEMPF, Roger. **Le pénis et la démoralisation de l'Occident**. Paris: Grasset, 1978.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. **Justiça Distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad.: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2002.

BAROU, J. P.; PERROT, M.. **L'œil du pouvoir: entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

BAUDRILLARD, Jean. **Oublier Foucault**. Paris: Éditions Galilée, 1977.

_____. **Esquecer Foucault**. Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BELLOUR, Raymond. **Michel Foucault: 'les mots et les choses'**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald, Paris: Gallimard, 1994, v. I.

BELLAVISTA, Girolamo. **Il litigante temerário nel processo penale**. Studi sul processo penale. Milano: Giuffrè, 1952.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Trad.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BLANCHOT, Maurice. **Foucault como o imagino**. Lisboa: Relógio d'Água, s/d.

BRANCO, Guilherme Castelo. **Saber e poder em Foucault**. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, n. 179, out.-dez., 1995, v. XLII.

BREDA, Antonio Acir. **Efeitos da declaração de nulidade no processo penal**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba : s/e, n. 02, p. 90 e ss, 1980.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O discurso dos excluídos: o encontro entre Dussel e Foucault**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Porto Alegre: Síntese, v. 38, 2003.

BORGES, Guilherme Roman. **Da atualidade à ontologia crítica: o movimento pendular da modernidade entre Michel Foucault e Immanuel Kant**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, Síntese, v. 38, 2003.

_____. **Dos técnicos aos virtuosos: a defesa da propedêutica nas faculdades de direito**. O Estado do Paraná. Curitiba, 19.12.2004. Direito e Justiça.

_____. **Michel Foucault: uma interlocução com o discurso filosófico-jurídico**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, em 25/10/2002.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.

BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CALDA, Alberto. **I concetti di giurisdizione e d'azione**, Bologna: Cooperativa Tipografica Azzoguidi, 1910.

CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

CAPELLETTI, Mauro. **Des juges législateurs?. Le pouvoir des juges**. Trad.: René David. Paris: Economica, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. **Ancora sulla lite nel processo penale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930.

_____. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5. ed. rev. e atual. Roma: Foro

Italiano, 1956.

_____. **Lecciones sobre el proceso penal.** Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosh, v. II, 1950.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile.** Padova: Litotipo, 1920.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile: la funzione del processo di cognizione.** Padova: Litotipo, 192?, v. II (parte prima).

_____. **Lezioni di diritto processuale civile la funzione del processo di cognizione.** Padova: Litotipo, 1925, v. IV (parte terza).

_____. **Lite e fuzione processuale.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

_____. **Lite e processo.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

_____. **Postilla al articolo “La nozione di lite nel processo penale”.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930.

_____. **Proceso civil de cognición.** Estudios de derecho procesal. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Europa-América: Buenos Aires, v. I, 1952.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1992,

CARVALHO, Salo; WÜNDERLICH, Alexandre. **Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista.** Diálogos sobre a Justiça Dialogal. RJ: Lumen Juris, 2002.

_____. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzione di diritto processuale civile.** Napoli: Jovene, 1934, v. II.

_____. **Principii di diritto processuale civile.** 3. ed. Napoli: Jovene, 1923.

_____. **Saggi di diritto processuale civile.** Roma: Foro Italiano, 1930.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Temas de direito e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **O direito e os direitos**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **Temas de Direito Constitucional: e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

_____. **Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa “efetivação” constitucional)**. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **O projeto de justiça criminal do novo governo brasileiro**. Site: <http://www.direitosfundamentais.com.br>, acesso em 10.02.2005, às 14h.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Duzentos anos de condenação da tortura**. Prefácio da obra: VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Trad.: Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Critique, Paris: Minuit, 1986.

_____. **Foucault**. Brasiliense: São Paulo, 1998.

DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento: o problema da fundamentação das ciências humanas**. 2. ed. Belo Horizonte: Loyola, 1999.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad.: Ephraim Ferreira Alves e outros. Petrópolis: Vozes, 2000.

ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ESCOBAR, Antonius Jack Vargas. **Genealogia e política**. Recordar Foucault: os textos do colóquio Foucault. Org.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1985.

EWALD, François. **Foucault: A norma e o direito**. Trad.: António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993.

EYMERICH, Nicolau. **Directorium Inquisitorium: manual dos inquisidores**. Trad.: Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Brasília: Edunb Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. Trad.: Andrés Ibañez e outros. 4. ed., 2000.

FOWLER, Fernando Newton Bittencourt. **Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma**. Revista do Ministério Público do Paraná. Curitiba: s.e., n. 7, 1977.

FONTANA, Alexandre; PASQUINO, P. **Entretien avec Michel Foucault**. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

FOUCAULT, Michel. **A governamentalidade**. Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Arqueologia do saber**. Trad.: Luiz Felipe Baeta Neves e Rev.: Lígia Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1972.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. **Aula de 7 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Aula de 14 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Aula de 21 de janeiro de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Aula de 17 de março de 1976**. Em defesa da sociedade. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Cours du 14 janvier 1976.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____. **Cours du 7 janvier 1976.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____. **Genealogia e poder.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **História da sexualidade: a vontade de saber.** Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____. **La ‘gouvernementalité’.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____. **La vérité et les formes juridiques.** Dits et Écrits. Trad.: Daniel Defert. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. II

_____. **Le citron et le lait.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____; FARGE, Arlette. **Les désordres de famille.** Paris: Gallimard, 1982.

_____. **L’incorporation de l’hôpital dans la technologie moderne.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____. **‘Omnes et singulatim’: vers une critique de la raisons politique.** Dits et Écrits. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. IV.

_____. **O nascimento do hospital.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **O olho do poder.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **O que é a crítica?.** Cadernos da F.F.C. Trad.: Antonio C. Galdino. Org.: Flávia Biroli e Marcos César Alvarez. v. 9, n. 1, 2000.

_____. **Qu’est-ce la critique?.** Bulletin de la Société Française de Philosophie, t. LXXXIV, année 84, n. 2, avr./juin, 1990.

_____. **Qu’est-ce que le Lumières?.** Dits et Écrits. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. IV.

_____. **Sexualité et pouvoir.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

_____. **Sobre a justiça popular.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Sur la justice populaire. Débat avec les maos.** Dits et écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. II.

_____. **Verdade e poder.** Microfísica do poder. Trad. e Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Vigiar e punir.** Trad.: Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Trad.: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal.** Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: Lei nº 9099/95, de 26.09.1995.** São Paulo: RT, 1995.

GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura.** (trad. Carlos Nelson Coutinho) 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal.** São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995.** 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Teoria geral do processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

_____. **Teoria geral do processo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAHN, Roger. **Review of The Birth of the Clinic, Michel Foucault.** American Journal of Sociology. n. 80. 1975.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro.** Revista da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 39, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado**

eclesiástico e civil. Trad.: Alex Marins. São Paulo: Martim Claret, 2004.

HOUXLEY, Aldous. **Admirável mundo nôvo.** Trad.: Felisberto Albuquerque. 11. ed. Rio de Janeiro: Hemus, 1969.

INVREA, Francesco. **La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1932.

_____. **La servitù del giudicato.** Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada.** São Paulo: Saraiva, 1995.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?.** Trad.: Raimundo Vier e Floriano de Souza. Textos seletos. Petrópolis: Vozes, 1974.

KURZWEIL, Edith. **Review of The History of Sexuality, Volume I: An Introduction, Michel Foucault.** Theory and Society. n. 8. 1979.

LA BOÉTIE, Etienne. **O Discurso da Servidão Voluntária ou o Contra Um: texto estabelecido por Pierre Leonard.** Discurso da Servidão Voluntária. e Trad.: Laymert Garcia dos Santos. Org.: Marilena Chauí. São Paulo, Brasiliense, 1982.

LACERDA, Galeno. **Considerações sobre a reforma processual.** Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n. 355, maio, 1975.

LEONE, Giovanni. **Lineamenti di diritto processuale penale.** 2. ed. Napoli: Jovene, 1951.

_____. **Manuale di diritto processuale penale.** Napoli: Jovene, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso di diritto processuale civile.** Milano: Giuffrè, 1952.

_____. **Manuale di diritto processuale civile.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957.

LOPES JR., Aury C. **Introdução crítica ao processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACEY, David. **Michel Foucault.** Trad.: Pierre-Emmanuel Dauzat. Paris: Gallimard, 1994.

MACHADO, Roberto. **Introdução: por uma genealogia do poder.** Microfísica do poder. Org.: Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Il principe.** 9. ed. Torino: Einaudi, 1977.

MAIA, Antônio C.. **Sobre a analítica do poder de Foucault.** Tempo Social, Rev. Sociologia, São Paulo: USP, v. 7, n. 1-2, 1995.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano.** 5. ed. Torino: Utet, 1956.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1962.

_____. **Estudos de direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MASSARI, Eduardo. **Lineamenti del processo penale italiano.** Napoli: Jovene, 1928.

MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra.** Trad.: Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOMMSEN, Theodor. **Compendio del derecho publico romano.** Buenos Aires: Albatros, 1942.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano.** 13 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e BASTOS, Cleusa A. Velentim. **Defesa penal: direito ou garantia.** Revista Brasileira de Ciência Criminais. São Paulo: RT, a. 01, n. 04, out-dez, 1993.

MUCHAIL, Salma Tannus. **O lugar das instituição na sociedade disciplinar.** Recordar Foucault. Org.: Renato Ribeiro. São Paulo, Brasiliense, 1986.

ORDOVÁS, María José González. **Políticas y estrategias urbanas: la distribución del espacio privado y público en la ciudad.** Madrid: Fundamentos, 2000.

ORWELL, George. **1984.** Trad.: Wilson Velloso. 6. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad.: Maria Fernanda de Oliveira. Porto

Alegre: Instituto Piaget, 2001.

PARENT, Juan. **El poder en Michel Foucault**. Revista de Filosofía, México, a. XVIII, n. 52, jan.-abr., 1985.

PAOLI, Giulio. **La nozione di lite nel processo penale**. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1930.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Trad.: Ignacio Muñagorri. México: Veinteuno, 1998.

PELLEGRINI, Flaviane de M. B.. **A participação da vítima no processo penal**. Tese apresentada como requisito à obtenção do título de doutora em Direito, na Faculdade de Direito, da PUC-MINAS, em 18.07.2003.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. São Paulo: Jalovi, 1983.

PONTI, Gian Luigi. **Compendio di criminologia**. 2. ed. Milano: Cortina, 1980.

PRADO, Geraldo. **Transação penal: alguns aspectos controvertidos**. *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, André. **Foucault: o paradoxo das passagens**. Rio de Janeiro: Pazulin, 1999.

ROTHWAX, Harold J. **The Collapse of criminal justice**. New York: Random, 19??.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico? (teoria geral do direito)**. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad.: Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACHADO, Luiz Alberto. **A execução das penas em espécie: penas privativas de liberdade**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre: Síntese, v. 33, 2000.

MARX, Karl. **Teses contra Feuerbach: o egoísta divino em oposição ao**

homem egoísta; o engano no que respeita à revolução sobre o estado antigo; o ‘conceito’ e a ‘substância’; a revolução: história do nascimento do estado moderno. Trad.: José Arthur Giannotti. Os pensadores. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Perplexidade de Jano: quando o passado é mais presente que o futuro: nova regulamentação do interrogatório e a sua aplicabilidade na fase pré-processual.** Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestato y de la sucesion singular en las obligaciones.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJEJA 1974.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II.

TORRENT, Armando. **La ‘iurisdictio’ de los magistrados municipales.** Salamanca: Salamanca, 1970.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Processo Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Processo penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal: ação, jurisdição e processo penal.** São Paulo: RT, 2002.

VOGLER, Richard. **Justiça consensual e processo penal.** Processo penal e Estado de Direito. Coord.: Fauzi H. Choukr e Kai Ambos. Campinas: Edicamp, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

WATANABE, Mariaki. **La scène de la philosophie.** Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert et François Ewald. Paris: Gallimard, 1994, v. III.

WEBER, Max. **A política como vocação.** Ensaios de Sociologia. Trad.: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

WERRET, Simon. **Potemkin e o Panóptico: Samuel Bentham e a**

arquitetura do absolutismo na Rússia do século XVIII. O Panóptico. Trad. e Org.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

WINDSCHEID, Bernhard. **La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA 1974.

_____. **La actio. Replica al Dr. Theodor Muther.** Polemica sobre la actio. Trad.: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA 1974.

WÜNDERLICH, Alexandre. **Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão.** Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Org.: Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo: RT, 1997.