

GERALDO PRADO

RUI CUNHA MARTINS

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

DECISÃO JUDICIAL
A cultura jurídica brasileira
na transição para a democracia

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

SUMÁRIO

Apresentação.....	7
GERALDO PRADO	
Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito	11
RUI CUNHA MARTINS	
O mapeamento processual da «verdade».....	71
LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO	
Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar	87

APRESENTAÇÃO

Entre os anos de 2009 e 2010 Coimbra e o Rio de Janeiro serviram de palco para a reflexão conjunta de Geraldo Prado, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Rui Cunha Martins acerca de temas e preocupações convergentes em matéria de processo penal, decisão judicial e transição democrática.

Aos autores angustiava a constatação de que mesmo após décadas da ultrapassagem dos regimes autoritários, em Brasil e Portugal, determinadas práticas inquisitórias persistiam, travestidas em técnicas de controle social repressivo aparentemente conforme os novos tempos, denominados democráticos.

A formação do pensamento jurídico comum aos profissionais com atuação no Sistema Penal contaminava-se por categorias que décadas antes, no apogeu das ditaduras na Península Ibérica e na América Latina, predominavam e davam a tônica do modo como as elites governantes empregavam a burocracia do sistema em proveito da perpetuação do *status quo*.

O desafio de investigar a permeabilidade das democracias e de seus sistemas de justiça criminal, especialmente pela ótica da ideologia inspiradora das práticas dos juízes, importantes personagens no mosaico acusatório/inquisitório de qualquer modelo, inspirou as trajetórias das pesquisas que se originaram destes verdadeiros diálogos luso-brasileiros, em uma feliz parceria intelectual enriquecida pela ótica sempre singular praticada no Centro de Estudos Interdisciplinares do século XX mantido pela prestigiada Universidade de Coimbra.

Daí nasceu a obra *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*.

O livro recolhe as contribuições divididas em três textos, mas claramente vinculados entre si, justo porque fruto do diálogo permanente, capitaneado

pelo que a cada um dos autores soou ser o ponto sensível de aproximação do objeto comum.

Geraldo Prado, em *Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito*, transita pelo território do *campo científico*, a partir das contribuições de Pierre Bourdieu, e busca similaridades no processo de constituição do capital científico e seu emprego/manipulação em diferentes contextos, que têm em comum a particularidade de estribarem-se em discursos jurídicos autorizados e competentes, para desvelar as estratégias de iluminação e sombreamento de conceitos e práticas.

Pelo ângulo eleito, o autor sublinha os pontos de contato nas estratégias de fazer valer, cotidianamente, técnicas penais denunciadas pelo saber penal como incrementadoras de marginalização e violência como se fossem o seu oposto. Da artificial “polêmica das escolas penais”, envolvendo as teorias causais e finalistas do delito, à tentativa de inserir em um Código de Processo Penal no Brasil o *plea bargaining*, o texto marca as nem sempre visíveis conexões e a persistência da cultura autoritária.

Grandinetti de Carvalho propõe uma epistemologia da decisão jurídica no Estado de Direito, em seu *Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar*.

Sem pretender esgotar o tema da decisão jurídica, o autor, todavia, denuncia o fracasso de superados esquemas analíticos sobre o ato de julgar que confortavam os juízes ao colocarem na penumbra dimensões do julgamento indissociáveis da mencionada tarefa.

O “desconforto” resulta do reconhecimento da falácia do esquema de subsunção, que até hoje circula no mercado das ideias do positivismo jurídico, superado pelas dimensões histórica, política, subjetiva e inconsciente da tarefa de decidir sobre a vida e a liberdade alheias.

O texto do autor abre o tema a perspectivas incomuns, revelando a riqueza da interlocução com matrizes filosóficas orientais, por exemplo, e deixa patentes as razões pelas quais a modelagem capitalista da vida social, de um determinado momento em diante, na Europa Ocidental, influenciou a forma dos juízes pensarem seu próprio afazer, apesar das evidências de que o ato de julgar não comportava os esquemas rígidos do discurso dogmático positivista.

A implicação disso na esfera criminal, em um tempo de expansão do encarceramento e da marginalização de amplos setores sociais excluídos dos benefícios da globalização, leva o autor a aprofundar o exame das dimensões do ato de julgar, em busca do resgate do sujeito criador da decisão, «que

possa assumir a responsabilidade histórica de co-produzi-la, juntamente com a lei, com a Constituição e com a realidade social que não pode nunca ser alheada».

Rui Cunha Martins, por sua vez, propõe investigar um dos temas mais delicados da filosofia, da ciência política e do direito: *O mapeamento processual da verdade*, título de seu trabalho.

Ao reconhecer a persistência do «estafado problema da verdade no seio do processo penal», o autor indica, no entanto, o deslocamento da questão, desde o ângulo prévio do lugar do «verdadeiro» na dinâmica processual, para sugerir o enfrentamento da tensão assumida pelas diferenciadas concepções de processo, sistema processual e a verdade enquanto elemento do sistema processual, valendo-se do conceito de «dispositivo» que emprega com originalidade.

Ao aproximar-se do «processo» manejando o conceito de dispositivo – e, assim, ao conferir ao processo a característica de «dispositivo articulador de elementos de vária ordem» – Rui Cunha Martins sublinha que a verdade é somente um elemento a mais no dispositivo processual, ponto de vista que o afasta dos paradigmas analíticos que sustentam para a «verdade» uma missão destacada na perspectiva sistêmica. Deste deslocamento da verdade, posta em grau relativo para escanteio, a arena central do dispositivo processual passa a ser ocupada, por exemplo, por novos princípios reitores externos ao processo: a democraticidade e a constitucionalidade, com os quais a verdade passa a ter de dialogar.

Nessa linha o autor interroga as propostas de reforma do Código de Processo Penal no Brasil, revelando o que nelas há de correspondente ao estado de direito e o de que, apesar das intenções, revive em outras vestes as conhecidas práticas autoritárias.

Geraldo Prado, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Rui Cunha Martins buscaram pela via destes diálogos luso-brasileiros estreitar a cooperação entre distintas, mas convergentes, formas de encarar os problemas que afligem quem atua na área penal, no Brasil, e contribuir para solidificar os caminhos que a jovem democracia brasileira ainda percorre em sua busca por menos violência e mais justiça social.

Ter dado um passo, pequeno que seja, nessa direção, é motivo de alegria que se deseja compartilhar com o leitor.

CAMPO JURÍDICO E CAPITAL CIENTÍFICO: O ACORDO SOBRE A PENA E O MODELO ACUSATÓRIO NO BRASIL – A TRANSFORMAÇÃO DE UM CONCEITO¹⁻²

GERALDO PRADO³

*«Compreender... parte de não aceitar o mundo
tal como ele aparenta ser.» – SUSAN SONTAG*

INTRODUÇÃO

O texto deste trabalho surgiu de angústias e conversações... conversações sobre angústias. O lugar em que foi pensado não poderia ter sido melhor: o Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra. E os diálogos travados com o pensador Rui Cunha Martins, no âmbito de um projeto mais alargado, de reflexão sobre a construção sócio-político-econômica das categorias centrais do processo penal teria de rumar para o tema

¹ Tese de pós-doutoramento em História das Ideias e das Culturas Jurídicas, pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do século XX da Universidade de Coimbra.

² Agradeço à pesquisadora Fernanda Peixoto pelo trabalho de organização de texto e bibliografia.

³ O autor é Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Pós-doutor em História e Teoria das Ideias pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela UGF e Professor-adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ.

central das democracias em Estados cuja tradição autoritária consolidara-se fortemente no século XX.

Como investigador do processo penal brasileiro incomodava-me a persistente evocação de práticas autoritárias em um processo penal cujas linhas gerais, traçadas pela Constituição de 1988, não comportavam interpretação dessa natureza.

Sem dúvida que o estado da arte do processo penal, como saber jurídico, pouco podia socorrer-me em minhas aflições. Afinal, o passar de olhos pela literatura sobre o assunto no Brasil, malgrado as distintas densidades das abordagens, parecia indicar o sucesso do processo democrático em dotar o Sistema de Justiça Criminal das ferramentas jurídicas adequadas para harmonizar o processo penal com as orientações extraídas dos principais textos de direitos humanos.

Como magistrado eu sabia que isso, porém, não correspondia à realidade onde quer que o Sistema de Justiça Criminal se manifeste.

A questão, portanto, residia em interrogar o que assegurava a permanência das citadas práticas autoritárias, em um ambiente aparentemente esquizofrênico no qual discurso e ação estavam visivelmente desencontrados.

Claro que um problema dessa magnitude é bastante complexo e não se presta a ser abordado ou explicado por um ângulo exclusivo.

As ciências sociais no Brasil, à exceção do Direito, produziram material extenso e qualificado sobre permanências autoritárias em regimes democráticos, transição democrática, permeabilidades das práticas etc.

Pretendia, porém, que apesar do seu silêncio o Direito fosse capaz de me dar respostas e, até mais, de ter potencial transformador tendo em vista o pacto democrático vigente. Queria encontrar o lugar onde tocá-lo, provocá-lo, para que as práticas jurídicas respirassem ares menos infestados pela poluição causada pelo autoritarismo.

A minha experiência como julgador na área criminal e investigador e professor de processo penal definia, assim, meu horizonte existencial e estava na base das angústias que se potencializaram na década de 90, mas não pareciam a caminho de serem aplacadas neste início de século XXI, pois mesmo com o inegável avanço dos estudos sobre processo penal, a produção legislativa perseverava em seguir caminhos ambíguos, ora fortalecendo o estado de direito, ora concedendo vantagens ao poder punitivo ao custo das garantias que são cláusulas pétreas constitucionais.

Também incomodava sentir a resistência que profissionais do direito de todas as áreas opunham ao modelo de processo penal designado de forma pejorativa como «garantista».

Eu presenciara nos anos 90 militantes do direito alternativo e os juristas críticos serem deslocados para as margens do território onde se definia a responsabilidade penal das pessoas. O discurso de desconstrução do modelo positivista, claramente dominante em outros países, estes com alguma tradição de estado de direito, era na melhor hipótese pura e simplesmente ignorado.

Em outras palavras: com independência da qualidade dos argumentos e até da própria literalidade da Constituição da República, o discurso de crítica ao positivismo jurídico esbarrava na ignorância deliberada sobre seu caráter de fundamentalidade. Sabia-se, ainda, que era uma espécie de positivismo que no Sistema Penal brasileiro andava mais rasteiro em termos de embasamento das suas práticas do que em outros lugares.

Apesar disso, a comunidade jurídica em sua maioria tendia a continuar atuando sob sua inspiração.

Como não acredito em teorias da conspiração e pactos antidemocráticos, a primeira hipótese que aventei dizia com a própria formação ideológica e técnica dos profissionais da área jurídica. Algo nessa formação os imunizava contra a tentativa de problematizar o positivismo jurídico e as práticas mais agudas na área criminal.

Há obras específicas sobre ensino jurídico no Brasil. Em sua maioria, no entanto, tais trabalhos dedicam-se a explorar a questão curricular, bastante aperfeiçoada nos últimos quinze anos, sem que se perceba significativa alteração das citadas práticas.

Havia algo entre a Universidade, ou entre as Faculdades de Direito, e o foro que mediava o discurso mais consistente produzido nos últimos tempos na academia, filtrando este discurso e condicionando decisivamente a sua aplicação.

O desafio, portanto, se colocou nesse nível: identificar este «espaço do meio» e procurar entender seu funcionamento.

Nesta etapa senti necessidade de me socorrer da noção de *campo*, cunhada por Pierre Bourdieu. Afinal, estava diante de um «território» claramente delineado, embora não rigorosamente confinado.

O *campo jurídico* comporta agentes que tem formação e origem diversas. E é constituído por instituições de natureza política. Há práticas políticas no *campo* e a razão política impera para além das considerações teóricas e com independência da consistência do discurso científico.

Na sequência e em busca das explicações sobre permanências autoritárias interroguei a base ideológica de formação dos *agentes do campo* que

exerciam posição hegemônica e a correlação de forças, internas e externas ao campo, para entender porque predominavam as soluções autoritárias.

A identificação da constituição do *capital científico* mostrou-se determinante para ajuizar os termos do embate no interior do campo e para onde tendiam a se inclinar as políticas relativas ao Sistema de Justiça Criminal.

Trabalhando, portanto, com tais categorias e a dinâmica que lhes é peculiar, procurei investigar e entender como era possível *ignorar* as insuficiências teóricas do positivismo jurídico e seguir interpretando e aplicando a Constituição com ferramentas denunciadamente impróprias e superadas.

Repertório, autoria, fronteira e memória foram termos decisivos na percepção das estratégias de recuperação das práticas autoritárias e de sua sustentação política na atualidade.

Optei por me valer de um «exemplo de fora», da atuação de Edmund Mezger na denominada «polêmica das escolas penais» na Alemanha, para ilustrar como *campo, capital científico, autoria, repertório e memória/esquecimento* são articulados politicamente.

Pareceu-me metodologicamente válido e mais didático recorrer a exemplo extremo para dele investigar a maneira mais sutil como, ordinariamente, em um contexto neoliberal é possível chegar a resultados próximos, claro que aparentemente não tão dramáticos, de não ponderação das consequências concretas da aplicação de teorias penais (em geral) na vida das pessoas.

Reitero que não acredito em teorias da conspiração. Tampouco duvido da sincera adesão dos profissionais da área jurídica ao ideal de democracia. A questão é que há várias teorias democráticas e a própria noção de democracia não é unívoca, prestando-se a plurais e às vezes antagônicas representações.

Conclui o trabalho com a apresentação da Seção 2, que trata diretamente do texto do projeto de um novo Código de Processo Penal.

Sem dúvida que a totalidade dos membros da Comissão de Juristas encarregada de preparar o anteprojeto de Código de Processo Penal milita em favor da democracia. Muitos lutaram contra a ditadura no Brasil.

A questão envolvida na Seção 2 está mais centrada na argumentação de base para invocar a constitucionalidade do *plea bargaining* entre nós do que em qualquer simetria, inexistente, com propostas autoritárias.

Procurei demonstrar nessa parte do trabalho que a mesma perversão que aflige o positivismo jurídico se verifica quando se tenta *modelar* categoria processual penal purificada de qualquer contágio, separando seus elementos

e tornando a juntá-los para demonstrar quão acertado se trata de chamá-la de sistema acusatório.

Há sempre alguma dose de arbitrariedade na conformação dos modelos jurídicos, por isso é fundamental a atenção às consequências da implantação de institutos e o exame da sua repercussão por vários ângulos e não, exclusivamente, pelo da conveniência do Poder.

A única simetria, pois, entre o exemplo que consta da Seção 1 e o tema da Seção 2 está na identidade da estratégia de suprimir o debate sobre as consequências práticas da introdução e aplicação do *plea bargaining* no Brasil, como se tal abordagem não interessasse à doutrina do processo penal.

Interessa e faz parte da teoria jurídica crítica do processo penal.

Os trabalhos teóricos tendem a ser densos e muitas vezes por essa razão afastam o leitor. Os temas que aqui foram tratados são complexos. Ainda assim, optei por uma aproximação que chamo de «ingênu», para simplificar a compreensão de determinadas categorias, premissas e de pressupostos da tese.

É intuitivo que assuntos da grandeza dos da teoria do conhecimento não se traduzam em termos tão simples como os que foram empregados por mim. Preferi, porém, seguir esse caminho.

Minha expectativa, além da generosa compreensão dos estudiosos de filosofia e epistemologia, é que a opção que me parece mais didática incentive o aprofundamento do conhecimento do leitor em temas cruciais para a formação competente do profissional do Direito.

Agradeço a Rui Cunha Martins e a Gustavo Grandinetti. A ambos pelo profícuo diálogo, pela paciência e pela estimada amizade. E ao Rui também pela extraordinária recepção em Portugal.

Quando viajei para Coimbra meu pai adoeceu. Infelizmente ele não viu o resultado destes estudos, mas sei que se ele tivesse sobrevivido o suficiente sentiria orgulho de ter ensinado seu filho a lutar por um mundo mais justo e menos cruel.

Dedico este trabalho ao «Seu Carlinhos».

SEÇÃO 1

I

Como sabemos o que sabemos? A indagação cuja resposta, em realidade, fundamenta a nossa inserção no mundo, não é fácil, simples ou tranquila, de modo a que seja aceita consensualmente, quer entre cientistas, quer entre filósofos.