

JURISDIÇÃO, CONFRONTOS EPISTÊMICOS E DEMOCRATIZAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-PROCESSUAL

JURISDICTION, EPISTEMIC CONFLICTS AND DEMOCRATISATION OF LEGAL AND PROCEDURAL DISCOURSE

Rafael da Escóssia Lima¹
Teo Faggin Pastor²

Submetido(*submitted*): 8 de setembro de 2016

Aceito(*accepted*): 18 de outubro de 2016

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria Geral do Processo: partidários e críticos. 3. Traços gerais de um conceito unitário de jurisdição. 4. Aspectos problemáticos da jurisdição unitária: 4.1. A justiça como escopo jurisdicional; 4.2. A lide; 4.3. O caráter substitutivo da jurisdição. 5. Contornos de um conceito penal de jurisdição. 6. Conclusões.

RESUMO

Neste artigo problematiza-se, à luz do Processo Penal, o conceito de jurisdição conforme postulado por Ramiro Podetti e pela Teoria Geral do Processo clássica. Primeiramente, listar-se-ão as principais posições críticas e defensivas em relação a um conceito unitário de jurisdição. Após, abordar-se-ão, em três facetas, algumas posições críticas à adoção de tal conceito: a) a justiça como fim da jurisdição; b) o polêmico conceito de lide no Processo Penal; e c) o caráter substitutivo da jurisdição. Por fim, concluir-se-á pela necessidade de um conceito independente de jurisdição penal, conforme se depreende dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Geral do Processo; jurisdição; conceito unitário; lide.

ABSTRACT

This article examines the concept of jurisdiction, as postulated by Ramiro Podetti and the classic General Theory of Procedure, in the light of Criminal Procedure. Firstly, we will list some of the main critiques and defences of a unitary concept of jurisdiction. Thereafter, the unitary concept will be criticised in three axes: a) justice as an objective of jurisdiction; b) the controversial concept of litigation in criminal procedure; c) the substitutive feature of jurisdiction. Finally, the conclusion will bring the need of an independent concept of criminal jurisdiction, as is recommended by Eugenio Raúl Zaffaroni and Nilo Batista.

KEYWORDS: General Theory of Procedure; jurisdiction; unitary concept; litigation.

1. INTRODUÇÃO

A chamada Teoria Geral do Processo (TGP), um desconforto para grande plêiade dos processualistas, ainda consta no currículo de diversas universidades brasileiras³. A

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

² Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

prevalência de instituições de Direito Processual Civil nos cursos ministrados e a sedimentação da trajetória dos docentes – na maioria das vezes – em Processo Civil ou em outros ramos jurídicos com pouco ou quase nenhum ponto de contato com Direito Processual Penal⁴ podem servir como pontos de partida para a formulação de problemas tais como os limites da disciplina e a viabilidade teórica de um curso propedêutico que se pretenda válido para os mais diversos “ramos” processuais.

Tal o incômodo, o presente artigo buscará apresentar um aporte didático do conceito de jurisdição como pilar da “trilogia estrutural” da suposta Teoria Geral do Processo⁵. Serão confrontadas as formulações teóricas de tal conceito mediante a apartação de dois grupos acadêmicos: um representado pelos autores “unitários”⁶ e outro consubstanciado na obra dos chamados teóricos “dualistas”⁷.

Frisamos, ademais, a finalidade essencialmente didática e não totalizante do presente artigo, a partir de que se poderá tão somente problematizar aspectos controversos do conceito de jurisdição e submeter a TGP a um procedimento de refutação epistêmica, de forma a verificar – ainda que parcialmente – sua conformação aos pressupostos políticos e jurídicos do Processo Civil, mas sobretudo, do Processo Penal.

2. TEORIA GERAL DO PROCESSO: PARTIDÁRIOS E CRÍTICOS

Deve-se grandemente aos postulados de Francesco Carnelutti a conformação atual da Teoria Geral do Processo⁸. Sob a notória assertiva de que o “Direito Processual é substancialmente uno e que o Processo Civil se distingue do Processo Penal, não porque

³ Ilustrativamente: Universidade de Brasília (UnB), Universidade de São Paulo (USP), Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal do Pernambuco (UFPE), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), entre outras.

⁴ A saber, vide o perfil acadêmico dos últimos professores de Teoria Geral do Processo na Universidade de Brasília (UnB): Prof. Me. Ricardo Barretto de Andrade (Currículo disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4240363U0>), docente de TGP I no primeiro semestre de 2013; Prof. Dr. Henrique Araújo Costa (Currículo disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4744939T0>), atual docente de TGP I; Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (Currículo disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4765860U8>), atual docente de TGP II; e Prof. Dr. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes (Currículo disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4137040Z8>), atual docente de TGP I.

⁵ Ramiro Podetti, *Teoria y Técnica del Proceso Civil y Trilogia Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1963, pp. 335-415, *Apud* ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 41.

⁶ ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, p. 36.

⁷ *Idem*.

⁸ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 21.

tenham raízes distintas, mas pelo fato de serem dois grandes ramos em que se bifurca, a uma boa altura, um tronco único”⁹, o processualista italiano fundou as bases teóricas que seriam a seguir perseguidas por inúmeros autores, dentre os quais destacam-se Giovane Leone¹⁰ e, mais recentemente, Ada Pellegrini, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, Fábio Gomes, Hortencio Catunda de Medeiros, José Eduardo Carreira Alvim, Mauro Cunha, Ovídio Baptista da Silva e Roberto Geraldo Coelho Silva.

De outro lado, tem-se a variante dualista, contra-majoritária, crítica de uma Teoria Geral do Processo e partidária de que “o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal são substancialmente distintos, constituindo, pois, duas ciências jurídicas distintas”¹¹. Em sua linha de frente, situam-se autores tais como Vincenzo Manzini, Eugenio Florian, Aury Lopes Jr., Cláudia Ebling, Jacinto Coutinho e Lauria Tucci.

Conforme já indicamos, o objetivo do presente artigo não visa a uma resposta definitiva no sentido da viabilidade ou não de uma Teoria Geral do Processo, senão a uma discussão acerca do conceito de jurisdição (aspecto nevrálgico da disciplina) a partir de argumentos de ambas as correntes.

3. TRAÇOS GERAIS DE UM CONCEITO UNITÁRIO DE JURISDIÇÃO

De saída, rende-se grande felicidade a Ramiro Podetti ao enumerar os principais aspectos indicados pela doutrina em favor de um conceito de unitário de jurisdição. A saber: (i) seu caráter substitutivo; (ii) a justa pacificação social enquanto orientação finalística; e (iii) o processo como instrumento para sua efetivação. Tal construto revela um esforço teórico da corrente majoritária em favor de uma generalização conceitual supostamente válida para todas as disciplinas processuais¹². Nessa esteira, afirma Carreira Alvim que a contraposição da jurisdição civil à jurisdição penal não infirma a tese unitarista, uma vez que tal apartação não reflete uma incompatibilidade teórica, em termos de estruturação analítica e principiológica, senão uma mera divisão de trabalhos¹³.

Carnelutti, na mesma esteira, atribuiu à jurisdição um teor essencialmente teleológico, isto é, a “justa composição da lide” como seu objetivo maior. Assim, a jurisdição deveria,

⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 36.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 156.

¹³ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 37.

sempre e necessariamente, pressupor a existência de lide, ou, em outras palavras, “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de alguém e a resistência de outrem”¹⁴.

Tal conflito, pressuposto indeclinável da jurisdição¹⁵, seria solucionado, portanto, mediante a substituição dos sujeitos em disputa pelo Estado¹⁶, de forma a dirimir, com justiça, a conflituosidade social.

Cabe ressaltar que a corrente unitária, embora reconheça as substanciais diferenças entre os vários ramos do Direito Processual, ainda se pauta – majoritariamente – em um conceito unitário de lide, mesmo que se entenda que os interesses em conflito sejam essencialmente diversos daqueles do Direito Processual Civil, tal como se pode depreender da abordagem de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁷: “quem admitir que existe a lide penal [...] dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade”.

4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DA JURISDIÇÃO UNITÁRIA

Uma vez delineados os contornos básicos de uma concepção unitária de jurisdição – e a sua construção como pilar nevrálgico da Teoria Geral do Processo – deve-se proceder à enumeração de algumas críticas à adoção desse conceito. Para tanto, sugerimos a sistematização do estudo em três eixos estruturais: (i) a problematização da justiça como escopo jurisdicional, (ii) o confronto do conceito de lide com os pressupostos técnicos e políticos do Processo Penal e (iii) o caráter substitutivo da jurisdição a partir de uma perspectiva finalística das funções da pena.

4.1. A justiça como escopo jurisdicional

À parte do uso problemático da expressão “justa composição da lide” – com todas as implicações filosóficas que a palavra “justa” traz consigo –, o conceito tradicional (e carnelutiano) de jurisdição mostra-se, a princípio, controverso, mesmo no que diz respeito à órbita civil.

Em contraposição à promessa de justiça e pacificação social, observou-se, a partir da década de 70, um crescente movimento em “busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das condições sociais envolvidas” nos conflitos¹⁸, tais como a

¹⁴ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., p. 30.

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 158.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem. Destaca-se que os autores fazem ressalva ao uso do termo “controvérsia penal” como possível substituição à “lide penal”.

¹⁸ AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2009, p. 17.

mediação e a conciliação. Tal afirmação pode levar à ideia de que a pretensão pacificadora da jurisdição possui uma falha operativa, isto é, as relações sociais subjacentes à disputa de interesses, ao se sujeitarem à tutela jurisdicional, são passíveis de não se fortalecerem, mas, ao contrário, de se aniquilarem mutuamente.

Ademais, são características contemporâneas dos métodos alternativos de resolução de conflitos a desformalização (como fator de celeridade), a gratuidade e a delegação¹⁹, características essas que distanciam, em definitivo, tais métodos autocompositivos da jurisdição e contribuem para evidenciar falhas sistêmicas que colocam em cheque propostas de justiça (ao menos no que tange ao acesso amplo e irrestrito à jurisdição) ou de pacificação social (como conceito problemático que é).

Se tais limitações se mostram significativas na jurisdição civil, essas – conforme se buscará demonstrar – tornam-se muito mais problemáticas na esfera penal. A título ilustrativo, tal análise pode ser feita – de uma maneira um pouco abrupta, diga-se de passagem – a partir de duas perspectivas.

Em primeiro lugar, a crítica criminológica evidencia que as promessas de isonomia de que se vale o Sistema de Justiça Criminal esbarram no funcionamento seletivo das agências punitivas²⁰. Critérios não autorizados de seleção – tais como gênero, idade, raça/etnia, vestimenta e pertencimento a determinado grupo social – contribuem, tal como destacam Zaffaroni e Nilo Batista, para a formação de zonas de vulnerabilidade e imunidade perante a situação concreta de perigo penal, constatação essa que encontra respaldo no perfil da população carcerária, bem como na criminalização prioritária de certos tipos penais (sobretudo tráfico de drogas e delitos patrimoniais²¹).

Em segundo lugar, além do caráter flagrantemente criminógeno do cárcere – conforme se perquirirá mais adiante neste trabalho –, não é difícil observar que os custos sociais específicos para a pessoa e a família do condenado – assim como para a sociedade, em geral – são enormes, uma vez que, de forma geral, a criminalização secundária **agrava o conflito social representado pelo crime**²².

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 35.

²⁰ Nesse sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 13; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 43-51.

²¹ Vide dados de 2012 do Infopen. Disponível em: <http://goo.gl/mQ9VoA>. Acesso em: 9 de julho de 2014.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 29.

Dessa forma, pode-se conjecturar que, se o conceito de jurisdição como pacificação social e promoção da justiça mostra-se problemático na seara civil, ele – a partir de constatações empíricas do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal – inviabiliza-se, em grande medida, na ótica penal.

4.2. A lide

Não menos importante é considerar criticamente o conceito de lide. Tradicionalmente, como elemento da ideia de jurisdição, considera-se a lide a partir das lições de Carnelutti, isto é, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Cláudia Ebling²³, é possível ainda destrinchar tal conceito segundo o entendimento predominante na doutrina:

- **o interesse como posição favorável à satisfação de uma necessidade;**
- sendo ilimitadas as necessidades do homem e restritos os bens aptos a satisfazê-las, poderá surgir conflito de interesse quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de necessidade diversa;
[...]
- verificando-se entre distintos sujeitos, poderá surgir pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio;
- eventualmente, um dos titulares de interesses em conflito a ela se sujeitará.
(grifou-se)

Não é de se estranhar uma lógica privatista, quiçá econômica, na estruturação do conceito unitário de lide. Curiosamente, foi Carnelutti um dos primeiros autores a dissertar acerca das diferenças substanciais entre o Processo Civil e o Processo Penal, ao destacar que o Processo Civil é um âmbito de “possuidores”, enquanto o Processo Penal trata, sobretudo, da liberdade e do “ser” do indivíduo²⁴.

Embora ainda seja possível a ressalva de que a vinculação do Direito Penal à existência (ao “ser”) individual pode levar a uma atuação criminal discriminatória, norteadas por elementos típicos de “Direito Penal de autor”²⁵; é de se reconhecer a estruturante diferença

²³ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., p. 57.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 18 e 19.

²⁵ Acerca das relações do tema aqui estudado com o conceito de Direito Penal/culpabilidade de autor, segue excerto de Eugenio R. Zaffaroni (**Culpabilidade por vulnerabilidade**. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 14, pp. 31-49, 2004, pp. 34 e 36): “Por tal motivo, a conexão punitiva deveria reprovar algo mais que o ilícito, passando a desvalorar normativamente **toda a existência, a conduta de vida** [...] ou diretamente **a personalidade do agente**. [...] [Na culpabilidade de ato puro], se reprovará o que se fez em função de seu catálogo de possíveis condutas condicionadas pela sua personalidade (na culpabilidade de autor, **reprova-se a personalidade**, da qual seu ato é somente um sintoma).” Dessa forma, é possível concluir que, embora na atuação punitiva se desvalore inevitável e indiretamente a personalidade do autor, tal desvalor não deve ocupar

delineada por Carnelutti, a partir de que se viabilizou a crítica à lide criminal e à pertinência do conceito de pretensão ao Processo Penal. Isso porque não haveria como o Ministério Público exigir a sujeição de alguma outra pessoa – e menos ainda do imputado – à pena, uma vez que, nas palavras do autor, “uma ‘exigência’ só se coloca em face de outrem que a deva satisfazer”²⁶.

De certa forma, uma vez que a reivindicação de legitimidade do *jus puidendi* está inevitavelmente a cargo do Estado, não pode o réu – pessoalmente – satisfazer a pretensão punitiva.

Tal conclusão – um tanto óbvia, é verdade – é sintomática de uma simples e patente inadequação do termo “interesse” em Processo Penal. Mesmo que se o reconheça, só se poderia assumir um “contrastes de opiniões a respeito de um mesmo interesse – e que é o interesse, único e exclusivo, do imputado”²⁷ em não ser punido.

Questão interessante se assoma quanto à possibilidade de o réu estar de acordo com a condenação imposta, o que também afastaria, supostamente, a noção de conflito de interesses²⁸. Sobre a questão, no entanto, vale uma digressão mais atenta.

Em primeiro lugar, conforme afirmam Aury Lopes Jr. e a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, “a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. [...] [A confissão, portanto,] não deve mais ser buscada a todo custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas”²⁹. Assumir o contrário pressuporia, em primeiro lugar, uma violação ao plexo constitucional de garantia individual e proteção à pessoa. Tais princípios são indisponíveis e, por isso, nem mesmo a assunção de culpa – a qual, do ponto de vista técnico, carece de caráter peremptório e não encerra as exigências probatórias do processo de imputação – possui o condão de legitimar a aflição do Estado.

Em segundo lugar, a punição individual reflete um déficit estatal de legitimidade política, o qual deve ser necessariamente contido por todas as agências punitivas – até mesmo (e sobretudo) pelo Ministério Público. Não há dúvidas de que se trata de uma afirmação um pouco precipitada, mas que se torna indispensável em um trabalho como este.

posição central na quantificação do juízo de reprovação, o qual deve ser norteado por parâmetros tais como a culpabilidade de ato puro e as circunstâncias objetivas e subjetivas de cometimento do delito.

²⁶ CARNELUTTI, Sistema di diritto processuale civile, I, p. 40; Istituzioni del processo civile italiano, I, p. 8; e Teoria generale del diritto, p. 20, Apud SOARES, Fernando Luso, p. 75, Apud EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., pp. 54 e 55.

²⁷ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., p. 55.

²⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103.

²⁹ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 663.

Em diálogo com a filosofia política, podemos cogitar um frontal rompimento com a tradição weberiana, isto é, alocar o fundamento de legitimidade do Estado fora dos contornos do monopólio do uso “legítimo” da violência – tal como destaca Hanna Arendt³⁰ – e, então, compreendê-la a partir da vivência fraterna dos direitos fundamentais e da busca incessante pelo consenso. Nesse sentido, segundo propõe Zaffaroni³¹, poderíamos cogitar a existência de dois modelos ideais de Estado contidos no Estado Democrático de Direito, isto é, o **estado de direito em sentido estrito** e o **estado policial**. A contraposição de tais modelos refletiria um déficit de legitimidade quando da ampliação da coerção estatal, esta caracterizada como mera expressão do poder político. A base da legitimidade do Estado residiria, portanto, não no uso da violência, senão na ampliação do estado de direito, mediante a resolução horizontal dos conflitos, o diálogo, a profunda observância aos direitos fundamentais.

Entendemos que a assunção de tais pressupostos implica uma certa antipatia; isso porque, de antemão, não há como disputar politicamente o campo dogmático sem nos valer da assunção do paradoxo abolicionista, por assim dizer. A função contentiva residiria, portanto, na demarcação dos campos de intervenção punitiva, sem, no entanto, produzir um discurso legitimante. Ocorre que a própria atividade jurisdicional, em certa medida, parte do pressuposto da autorização/desautorização de poder punitivo, o que, dicotomicamente, reflete uma “necessidade de coerção”, a partir de que se conclui – tautologicamente – por uma suposta legitimidade.

Nossa posição também se mostra antipática, pois não cria distinções dos réus a partir do crime cometido. Em geral, até mesmo as posturas mais críticas em relação ao Direito Penal são uníssonas ao afirmar a indispensabilidade da punição para crimes que lesionem gravemente a vida, a dignidade sexual ou a liberdade da vítima. Assumir, de antemão, que a pena não é legítima – mas, tão somente, justificável – problematiza, inclusive, a punição de delitos gravíssimos, cujos autores – para todos os efeitos – devem estar submetidos às mesmas garantias constitucionais de proteção à pessoa.

Assim, valendo-nos jocosamente da expressão privatista, haveria sempre um “interesse” direto do Estado em não punir, pois, mesmo a punição pelo crime atroz materializaria um método ilegítimo de “resolução” de conflito e, inevitavelmente, um aumento do âmbito de abrangência do estado policial.

³⁰ Para uma discussão aprofundada, leia-se: ARENDT, Hannah. **Da Violência**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

³¹ ZAFFARONI; BATISTA; *et al.* Op. cit., p. 93.

Ora ousada, ora frustrante, trata-se de uma assunção controversa, a qual encontra limite nas próprias vivências coletivas e nas expectativas sociais da população como um todo. Reflete, ademais, uma pressão minoritária de deslegitimação do poder punitivo – o que não é censurável, mas demanda grande vigor estratégico para surtir efeitos práticos – e esbarra em seu intrínseco teor hermético.

Entendemos, no entanto, que, em vista de dois motivos principais, não se pode prescindir dela. Primeiro, porque submete teórica e politicamente toda a atuação das agências punitivas à contenção do arbítrio e à demarcação precisa das zonas do lícito e do ilícito. Segundo, porque, em Processo Penal, resulta na refutação do termo “interesse”, cuja verificação na prática mostra-se absolutamente dispensável. A pressão deslegitimante é uma exigência que deve partir do Estado para fins de manutenção de sua própria legitimidade. Assim, é indiferente se o réu concorda ou não com a condenação, já que não deve haver – isso sim – “interesse” estatal na imposição de pena, senão o contrário, isto é, um constante dever de redução dos mecanismos punitivo-decisórios.

Assim, consideramos procedente a posição de Lauria Tucci, corroborada por Jacinto Coutinho, de expurgação do conceito de lide da gramática penal³², bem como a eliminação de tal conceito da linguagem processual penal e a adoção alternativa do termo “caso penal”³³. Destaca-se também – conforme foi aqui demonstrado – que a crítica de que “o essencial para que exista o processo [...] é a pretensão e não a lide”³⁴ não vale prevalecer, pois a própria “pretensão punitiva” não é um conceito válido em um Direito Penal de garantia.

Conclui corretamente Antonio Alberto Machado³⁵, ainda, que “o autor da ação penal, o Ministério Público, é uma parte desinteressada, porquanto pode até mesmo pedir a absolvição do réu”, o que, com mais razão, obriga-nos a concluir – mais uma vez – que a pressão de contenção do poder de punir impera, sem exceção, sobre todos agentes da criminalização, inclusive o órgão acusador.

4.3. O caráter substitutivo da jurisdição

Já na seara civil podem ser observadas as incongruências do pressuposto unitário do caráter substitutivo da jurisdição. A título ilustrativo, Ebling cita decisões acerca de algumas questões processuais – tais como aquelas que dizem respeito à competência e suspeição –

³² JÚNIOR, Aury Lopes. Op. cit., p. 57.

³³ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., p. 51.

³⁴ Afirmção de Afrânio Silva Jardim. Disponível em: <http://goo.gl/36a7oF>. Acesso em: 5 de maio de 2015.

³⁵ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

como exemplos de situações onde jamais será possível vislumbrar qualquer traço de substitutividade a uma atuação originária, direta e própria das partes³⁶.

Entendemos, no entanto, que a enunciação de um conceito genérico de jurisdição, muito embora se pretenda totalizante, não se inviabiliza quando da verificação de uma inadequação episódica, tal como nos exemplos mencionados. O que se pretende aqui, ao contrário, é confrontar tal pretensão totalizante do conceito de jurisdição em face dos pressupostos basilares do Processo Penal e das características punitivas hegemônicas que o norteiam. Uma suposta inadequação, no caso, não deve ser aferida a partir de situações-limite, mas com fulcro nas linhas estruturais da disciplina processual penal.

Isso posto, se, “no Processo Civil, temos claro, na maioria dos casos, o aspecto substitutivo da atividade jurisdicional”³⁷, no Processo Penal, esse entendimento deve ser problematizado em face dos eventuais sentidos que a substitutividade pode assumir. Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que a substituição dos particulares em conflito pela jurisdição penal se apresenta como uma contradição em termos. Em nos valendo da distinção entre modelos decisórios proposta por Nilo Batista e Zaffaroni, o modelo punitivo³⁸ – hegemônico, por sua vez, na jurisdição penal – é caracterizado pela suspensão do conflito no tempo e pela exclusão da vítima do processo decisório. Isso não significa que a vítima seja desprovida de papel no Processo Penal, mas que – via de regra – ela não compõe a “solução” para o conflito social representado pelo crime. Tal conflito, destaque-se, não se resolve, materialmente, mediante a punição.

Em um segundo momento, a substituição dos particulares pelo Estado – quando da atuação punitiva manifesta – pode refletir um sentido essencialmente retributivo para a punição. Isto é, a “vingança privada” se transmutaria, mediante a jurisdição, em “vingança institucional”. Não obstante, a assunção legitimante de um teor retributivo para pena, esta exaurida na mera conexão punitiva entre culpa e sanção, não é autorizada pela ordem jurídica, uma vez que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual entrou em vigor em julho de 1978 e que atualmente é vinculante para os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual o Brasil faz parte³⁹, ressalta que **a reforma e a readaptação dos condenados, como finalidade essencial das penas privativas de**

³⁶ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., pp. 52 e 53.

³⁷ Ibidem, p. 52.

³⁸ ZAFFARONI; BATISTA; *et al.* Op. cit., p. 87.

³⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011. Disponível em: www.cidh.org. Acesso em: 28 de abril de 2015, p. 9.

liberdade, são garantias da segurança cidadã e direitos das pessoas privadas de liberdade⁴⁰. Trata-se, portanto, de uma implícita deslegitimação normativa de quaisquer finalidades para a pena de prisão que não guardem estrita relação com a prevenção especial positiva⁴¹.

Assim sendo, podemos proceder a algumas conclusões preliminares:

(A) Quando da atuação punitiva manifesta, a jurisdição penal – seja em razão dos contornos teóricos do modelo decisório-punitivo, seja em virtude da deslegitimação normativa decorrente das determinações convencionais do Pacto de São José da Costa Rica – não pode ser compreendida como substituição dos particulares em conflito pelo Estado.

(B) Não obstante, conforme indica a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴², o sistema prisional brasileiro não apresenta as condições mínimas para a realização do projeto técnico-corretivo de ressocialização, reeducação ou reinserção social do sentenciado. Ademais, não nos parece audacioso conjecturar que o sistema carcerário, além de não apresentar os pressupostos basilares para a concretização do plano político de reinserção, possui uma eficácia invertida quanto a tal objetivo manifesto e, destaque-se, apresenta uma atuação deformadora⁴³ e estigmatizante⁴⁴ sobre o condenado. Conforme ainda afirma Juarez Tavares⁴⁵, a condenação implica ao sentenciado um mal-estar psicológico duradouro, o qual não pode sequer ser afastado pelo seu próprio reconhecimento de que se encontra ressocializado. Tal suposição conta, inclusive, com o reconhecimento explícito do caráter criminógeno do cárcere pela Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal⁴⁶.

(C) Por mais uma razão, pois, é válida a adoção de um sentido finalístico essencialmente negativo para a pena, de forma a compreendê-la à parte de seus objetivos manifestos – sobretudo no que tange à prevenção especial positiva – e, portanto, como mera expressão do poder e realidade política a ser contida pelas agências punitivas.

⁴⁰ Ibidem, p. 8.

⁴¹ Com esse entendimento, também, Juarez Tavares, em parecer que instruiu ADFP ajuizada pelo PSOL acerca do sistema carcerário nacional. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>. Acesso em: 9 de agosto de 2015.

⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit., prefácio.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 531.

⁴⁴ Vide “Labeling Approach” em: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. Los objetos simbólicos de la prohibición: lo que se devela a partir de la presunción de evidencia. In: **Racionalidad y derecho penal**. Lima: Idemsa, 2014, p. 39.

⁴⁶ A saber: “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a **ação criminógena cada vez maior do cárcere**”.

Assim, pode-se afirmar que, se no Processo Civil é flagrante, na maioria dos casos, o aspecto substitutivo da atividade jurisdicional, no Processo Penal “não podemos concluir como sendo escopo da jurisdição (até então, tratada como una), o caráter substitutivo”⁴⁷.

5. CONTORNOS DE UM CONCEITO PENAL DE JURISDIÇÃO

Uma vez apresentadas as críticas ao problemático conceito unitário de jurisdição, ora propõem-se alguns contornos genéricos de uma atuação jurisdicional-penal democrática. Trata-se, conforme se verá, de linhas de norteio, as quais estão inteiramente vinculadas a um propósito político e estratégico de contenção do poder de punir.

Em primeiro lugar, pois, partindo, mais uma vez, da apartação entre modelos decisórios (reparador, conciliador, corretivo, terapêutico e punitivo) proposta por E. Raúl Zaffaroni e Nilo Batista⁴⁸, não se deve prescindir, pelos motivos anteriormente destacados, de uma interpretação negativa do modelo punitivo, isto é, cética quanto aos propósitos manifestos da pena. Tal aferição, no entanto, não se confunde com óbice delimitativo, vez que “o poder estatal concede às suas instituições funções [ora] manifestas, que são expressas, declaradas e públicas”, ora latentes ou reais, isto é, o que a instituição realiza efetivamente na sociedade⁴⁹. Por conseguinte, é necessário concluir, do ponto de vista empírico, que as leis penais podem ser manifestas, latentes ou ainda eventuais⁵⁰.

Não raro, no entanto, a prisão provisória, a título ilustrativo, pode se acossar de conteúdo eventualmente penal, segundo o uso que delas façam as agências punitivas. Nesse caso, quando forem tais momentos reconhecidos, estes “devem passar a fazer parte do objeto de interpretação do Direito Penal como saber jurídico, porque consubstanciam casos de criminalização indevidamente subtraídos dos limites do Direito Penal, que este deve recuperar para exercer sua função limitativa”⁵¹ e, assim, excluí-los⁵².

Dessa forma, pode-se afirmar que a jurisdição penal deve, primordialmente, identificar os momentos punitivos manifestos e latentes, de forma a, no primeiro caso, submetê-los a todas as limitações e garantias constitucionais e legais (tais como os princípios de proteção à pessoa, presunção de inocência, legalidade, contraditório e ampla defesa, culpabilidade); e, no

⁴⁷ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. Op. cit., p. 53.

⁴⁸ ZAFFARONI; BATISTA; *et al.* Op. cit., p. 87.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 90.

segundo caso, expurgá-los mediante o reconhecimento de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade.

Em segundo lugar, no que tange à aplicação de medidas cautelares, uma vez excluído seu teor punitivo latente, a jurisdição penal deve restringir sua aplicação, em caráter sempre excepcional, à neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente; em suma, à prevenção de maiores lesões a bens jurídicos e à contenção emergencial da conflituosidade social⁵³.

Em quaisquer dos casos mencionados acima, os quais correspondem – quantitativa e qualitativamente – às principais atividades da chamada jurisdição penal, não se pode vislumbrar um caráter substitutivo à atividade originária das partes ou ainda a existência de uma lide a ser solucionada. Deve-se reconhecer, no entanto, que se parte de um pressuposto material de justiça, o qual corresponde ao sempre válido propósito político de deslegitimação do poder punitivo. Tal assunção, no entanto, distancia-se, para todos os efeitos, do conceito de justiça como pacificação social constante das principais formulações em Teoria Geral do Processo.

6. CONCLUSÕES

Tal a exposição, procedemos a algumas conclusões:

1. São elementos primordiais do tradicional conceito unitário de jurisdição: (i) seu caráter substitutivo; (ii) a justa pacificação social e composição da lide como teleologia; e (iii) o processo como instrumento para sua efetivação.
2. Se o conceito de jurisdição como pacificação social e promoção da justiça mostra-se desde já problemático na seara civil, ele – a partir das constatações empíricas do funcionamento do Sistema de Justiça Criminal e dos gravosos custos sociais do encarceramento – torna-se um tanto problemático no âmbito penal.
3. Em virtude da ilegitimidade intrínseca da punição, da necessidade de vinculação política das agências punitivas à contenção do poder de punir e da assunção de um sentido negativo para a pena, deve-se expurgar o conceito de lide da linguagem processual penal e adotar, alternativamente, o termo “caso penal”.
4. A jurisdição penal – seja em razão do sentido teórico que apresenta o modelo decisório-punitivo, seja em virtude da vedação normativa decorrente das determinações

⁵³ ZAFFARONI; BATISTA; *et al.* Op. cit., p. 87.

convencionais do Pacto de São José da Costa Rica – não pode ser compreendida como substituição dos particulares em conflito pelo Estado.

5. São linhas gerais do funcionamento da jurisdição penal: (i) a eliminação dos momentos punitivos latentes não manifestos, (ii) a submissão da atuação punitiva manifesta aos princípios de proteção à pessoa, garantia individual e contenção do poder de punir e (iii) a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente quando da imposição, a título de excepcional, de medidas cautelares.

6. As controvérsias de um conceito unitário de jurisdição, muito embora não sejam suficientes para se inviabilizar por completo a Teoria Geral do Processo, são sintomáticas da incongruência de sua pretensão totalizante, a qual, para tanto, deve ser sanada mediante o respeito conceitual, teórico e até mesmo léxico às categorias do Direito Processual Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ARENDDT, Hannah. **Da Violência**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 diciembre 2011. Disponível em: www.cidh.org. Acesso em: 28 de abril de 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva. **Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe.** Disponível em: <http://goo.gl/36a7oF>. Acesso em: 7 de agosto de 2014.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo:** uma crítica à teoria unitária do processo através da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. Los objetos simbólicos de la prohibición: lo que se devela a partir de la presunción de evidencia. In: **Racionalidad y derecho penal.** Lima: Idemsa, 2014.

_____. **Parecer que instruiu ADPF ajuizada pelo PSOL acerca do sistema carcerário nacional.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>. Acesso em: 9 de agosto de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 14, pp. 31-49, 2004.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.