

NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL E O PARADIGMA RACIONALISTA: APONTAMENTOS EM TORNO DA OBRA DE OVÍDIO BATISTA

LEGAL NATURE OF THE CRIMINAL PROCESS AND THE RACIONALIST PARADIGM: NOTES GROUNDED ON THE WORK OF OVÍDIO BATISTA

Hugo Leonardo Rodrigues Santos¹
Universidade Federal de Alagoas

Resumo

O paradigma filosófico racionalista, ainda vigente, vem influenciando o desenvolvimento e funcionamento do sistema jurídico e, portanto, a ciência processual. A doutrina processual parece não ter se adaptado ao novo modelo filosófico, decorrente da virada linguística, o que se reflete no afastamento do direito de seu caráter retórico e histórico. Isso tem consequências no que diz respeito à resistência à aceitação da natureza jurídica do processo penal como situação jurídica, defendida por Goldschmidt. O presente texto tem por objetivo investigar, com fundamento no trabalho do processualista Ovídio Baptista, a possibilidade de aceitação desse modelo de Goldschmidt, destacando o fato de que esse seria um passo necessário para a adoção de um novo paradigma processual, consonante com as transformações culturais hodiernas.

Palavras-chave

Processo penal. Paradigma racionalista. Dogmatismo. Teoria da situação jurídica.

Abstract

The rationalist paradigm, still in force, influences the development and functioning of the legal system and therefore, the procedural science. The procedural doctrine does not seem to have adapted to the new philosophical model, due to the linguistic turn, which is reflected in the removal of the law from its rethorical and historical character. This has consequences with regard to resistance to the acceptance of the legal nature of criminal proceedings as a legal situation, defended by Goldschmidt. The purpose of this text is to investigate, based on the work of the processualist Ovídio Batista, the possibility of acceptance of this model of Goldschmidt, highlighting the fact that this would be a necessary step towards the adoption of a new procedural paradigm, consonant with current cultural transformations.

Keywords

Criminal procedural law. rationalist paradigm. Dogmatism. theory of legal situation.

¹ Professor da Universidade Federal de Alagoas – UFAL e do Centro Universitário CESMAC. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. E-mail: hugoleosantos@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

As decorrências ideológicas da utilização de um paradigma racionalista no processo civil foram desveladas de maneira exemplar por Ovídio Baptista, em obra já clássica². Nesse texto, o processualista gaúcho teve a oportunidade de dissertar com brilhantismo sobre temas fundamentais, os quais se relacionam intrinsecamente com o modelo de processo adotado pelo sistema jurídico brasileiro. Dentre esses temas, é possível citar a necessidade de uma visão histórica do direito (e do processo), a formação ideológica dos juristas brasileiros, o apego a um sistema processual que prioriza o processo de conhecimento e, consequentemente, a resistência ao desenvolvimento de uma tutela de urgências efetiva, entre outros assuntos igualmente importantes.

Aproveitando a oportunidade de se fazer uma justa homenagem ao professor sulista, seria interessante empreender uma tentativa de estender essa sua análise, com o objetivo de verificar algumas das consequências da utilização desse paradigma racionalista no processo penal, no que diz respeito à compreensão da natureza jurídica do processo. Isso, porque essa perspectiva racionalista também é marcante no processo penal brasileiro, muito embora com algumas idiossincrasias, como veremos. Por essa razão, não é descabida uma enunciação de consequências ideológicas, decorrentes desse modelo processual, as quais por certo podem turbar o esclarecimento da essência do processo penal. Não obstante, cumpre registrar que este é um estudo embrionário. As ideias aqui expostas ainda precisam, decerto, ser maturadas com mais paciência. Trata-se, sobretudo, de um ensaio inicial, que intenta apontar as importantes contribuições da obra do processualista gaúcho, e a possibilidade de sua aplicação, também, para o processo penal.

2. PARADIGMA RACIONALISTA NO PROCESSO PENAL

Ovídio Baptista investigou os vínculos do processo com o paradigma racionalista, que fazem com que o direito seja vislumbrado como ciência lógica e exata, a revelar a verdade ontológica das coisas. Isso, porque

² SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

a adoção de um modelo restrito de ciência (reflexo do racionalismo), “fez com que o direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história”³. Destarte, interessa demonstrar a necessidade de se abandonar esse prisma restrito, indo além do *dogmatismo*, aproximando o direito de seus vínculos com a história.

Para empreender seu estudo, o processualista utilizou-se do conceito de paradigma, forjado pelo filósofo da ciência Thomas Kuhn. Segundo este autor, a ciência se desenvolve a partir de pressupostos, que são dados considerados como certos e/ou seguros, pela comunidade científica. Essa estrutura consensual, resultante de um constante embate de ideias, pode ser entendida como o paradigma adotado pela ciência, em dado momento histórico. Portanto, pode-se entender o paradigma como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência”⁴. Entretanto, o próprio Thomas Kuhn lembrou que a transposição desse conceito – criado originalmente para explicar o desenvolvimento científico das ciências da natureza – para o âmbito das ciências sociais não é tão simples⁵, fato que não foi ignorado por Ovídio Baptista⁶. No entanto, isso não desmerece, em absoluto, a possibilidade de sua utilização no âmbito do direito.

Segundo Kuhn, os trabalhos científicos, em sua maioria, constituem tentativas modestas de eliminar as impurezas do modelo paradigmático adotado. Não tratam de inovações revolucionárias, pelo contrário, procuram reafirmar as bases paradigmáticas já assentadas na comunidade científica. Isso, porque os cientistas “não estão constantemente procurando

³ SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 1.

⁴ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**, 10^a.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 13.

⁵ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas...** p. 35. No mais, lembremos que o próprio caráter epistemológico do direito não é consensual. Sobre essa problemática, vide FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do direito**, 2^a.ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 12-17.

⁶ SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 29.

inventar novas teorias; [pelo contrário,] frequentemente mostram-se intolerantes com aquelas inventadas por outros”⁷. Os trabalhos dessa natureza ele denominou de ciência *normal*⁸. Isso explicaria porque, no processo penal, tantos esforços são efetuados para reafirmar conceitos assentados em um paradigma tradicional (que já não é o mais adequado)⁹. Ademais, torna-se mais compreensível a grande resistência dos processualistas a aceitarem mudanças essenciais (paradigmáticas) na estrutura do processo penal¹⁰.

A ciência não se desenvolve por meio de uma evolução, por um progresso constante, mais ou menos linear. Pelo contrário, o desenvolvimento científico é fruto do surgimento ocasional de *revoluções científicas*, que são justamente as quebras de modelos paradigmáticos, e sua consequente substituição por novos modelos. Segundo Kuhn, as revoluções científicas seriam “aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é totalmente ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”¹¹. É mister, portanto, entender por que razão o processo penal (e o direito, como um todo) ainda não passou por uma nova revolução científica, que seria resultante de uma superação do racionalismo, considerando que a ciência

⁷ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas...** p. 45.

⁸ “Talvez a característica mais impressionante dos problemas normais da pesquisa que acabamos de examinar seja seu reduzido interesse em produzir grandes novidades, seja no domínio dos conceitos, seja no dos fenômenos”. KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas...** p. 57.

⁹ O mito da verdade real, ainda persistente no processo penal, é um bom exemplo dessa afirmação.

¹⁰ Sobre a resistência às mudanças, podemos citar a grande celeuma causada pela tentativa de introjetar no sistema processual penal mecanismos de conciliação e mediação despenalizadores, o que ficou denominado como modelo de justiça consensual (e também justiça restaurativa). Sobre o tema, ver SANTOS, Hugo Leonardo R. Seria a transação penal uma prática restaurativa? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 21, n. 246**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

¹¹ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas...** p. 125.

processual ainda continua utilizando um paradigma assentado em um modelo filosófico ultrapassado há muito tempo.

Segundo Ovídio Baptista, a profunda influência da filosofia racionalista está entranhada no desenvolvimento do processo, e tem como *príus* a concepção do direito “como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática”¹². O deslumbramento com a epistemologia das ciências naturais era tanto, que se afirmou que “a dogmática jurídica é a expressão sistemática do estágio científico do direito hoje. Ela é a ciência-produto do direito. O devir da ciência jurídica é traduzido pela relação dialética entre ciência-processo e ciência-produto”¹³. Essa lógica racionalista vale-se de verdades universais, descuidando de uma preocupação com o individual, com o caso concreto¹⁴- e, por isso, o direito natural moderno (racionalista)¹⁵ seria mais platônico que aristotélico. Disso,

¹² SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 69.

¹³AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. Algumas contribuições da filosofia da ciência ao estudo do processo penal. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). **Coleção doutrinas essenciais: Processo Penal, v.1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 429-430.

¹⁴“Este pressuposto metodológico é o fator que impele nosso pensamento a tratar os conceitos como *coisas*. Nossos juristas, com perfeita naturalidade, cuidam de descobrir a *natureza* dos conceitos, tratando-os como realidades. A partir dessa observação, é possível avaliar os profundos compromissos de nosso direito processual com a epistemologia das ciências exatas. A formalização do direito – leia-se do direito processual – como se vê em Savigny, ao buscar segurança pela via da *formalização* do jurídico, pretendia fugir da contingência do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana”. SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 71, grifos do autor.

¹⁵Sobre o tema, afirma Cláudio Brandão que, “(s)e no plano jurídico o direito natural racionalista derivou do humanismo, no plano filosófico muito deve ao cartesianismo. Descartes formulou uma doutrina baseada no conhecimento lógico-dedutivo: para ser verdadeiro o conhecimento precisará ser universalmente válido, isto é, não deverá variar de lugar para

resultou um afastamento entre o direito e a retórica, pois o sistema jurídico insiste em ignorar as contingências, próprias do fenômeno jurídico.

Uma das principais lições de Ovídio Baptista, principalmente ao se estender os seus raciocínios para o processo penal, é a vinculação desse modelo dogmático racionalista com o autoritarismo. Segundo o autor, “(o) autoritarismo que se oculta sob o dogmatismo, foi sem dúvida o principal ingrediente na formação do Direito Processual Civil, como ciência formal e abstrata. Assim, como as verdades matemáticas são absolutas, enquanto categorias intemporais, do mesmo modo pretendeu-se *absolutizar* as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos, o que as *relativizaria*, situação que o industrialismo nascente – com sua exigência de segurança jurídica – não poderia tolerar. *A relação entre dogmatismo e autoritarismo, afinal entre direito formal e formas autoritárias de organização política, não pode ser esquecida*”¹⁶. Como explicitado, a afirmação de Ovídio Baptista referia-se ao processo civil, mas pode perfeitamente ser aproveitada para um bom entendimento do processo penal. No mesmo sentido, Lênio Streck lembra que “o código de Processo Penal, *que adota nítida matriz inquisitorial*, ainda aposta na livre apreciação das provas, explícita opção pelo paradigma da filosofia da consciência”¹⁷.

3. A VIRADA LINGUÍSTICA

O paradigma racionalista há muito tempo vem sendo questionado, nos mais diversos ramos do conhecimento. Não obstante, ainda não foi

lugar e deve não encerrar contradições lógicas, tal como o conhecimento matemático, pois a razão, através das ideias, pode chegar a descobrir todas as verdades possíveis”. BRANDÃO, Cláudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. In BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito (orgs.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159.

¹⁶SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 66, grifamos por último.

¹⁷STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, 10ª.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 75-76, grifamos.

absolutamente superado, no âmbito das ciências jurídicas. No universo do direito, ainda vinculado à filosofia da consciência, não se percebeu que não é possível apreender a essência das coisas e que, exatamente por isso, não é possível advogar uma ontologia para os institutos jurídicos. Em outras palavras, “a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) *não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras*”¹⁸.

A concepção tradicional da filosofia do conhecimento afirmava que a linguagem expressava as coisas do mundo. Haveria, portanto, um nexo de correspondência entre a linguagem e os objetos, “uma relação entre linguagem e mundo, realizada por meio do caráter designativo da linguagem: as palavras são significativas na medida mesma em que designam objetos”¹⁹. Contudo, a partir de meados do século passado, houve uma profunda alteração nesse entendimento, com a repercussão da obra de Wittgenstein. Essa verdadeira quebra de paradigma na filosofia contemporânea ficou conhecida como virada linguística, ou giro linguístico. Trata-se de uma radical nova abordagem do mundo e do modo de conhecê-lo. Por meio desse novel paradigma, não existiriam mais as coisas independentemente da linguagem, pois “só temos o mundo e as coisas na linguagem; *nunca em si*”²⁰. Nesse espedaço,

a linguagem deixa de ser apenas um instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para a constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é visto mais como relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens²¹.

¹⁸STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 73-74.

¹⁹OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**, 3ª. Ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 119.

²⁰CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**, 3ª. Ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 15.

²¹CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito...** p. 14-15.

Destarte, os significados das coisas são criados pela linguagem, e não dependem da coisa-em-si. A realidade, ela mesma, é fruto de uma relação intersubjetiva, mediada pela linguagem. Como ensina Beclaute Silva,

(s)uperada assim a dicotomia entre realidade e idealidade, fica assentado que a ideia passa a ser incorporada à linguagem, e a facticidade dos signos se liga à idealidade da universalidade das significações e à validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados obtém sua determinabilidade ideal na mediação de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis da corrente de eventos linguísticos e processo de fala, seguindo regras gramaticais²².

Fugiria aos objetivos do presente trabalho intentar examinar minuciosamente as consequências desse novo paradigma para o direito. É importante, no entanto, entender que o abandono da antiga tradição essencialista é extremamente problemático no campo jurídico²³, e gera a necessidade de um aprofundamento teórico e científico que ainda está por vir. Sobretudo, cumpre apontar para um fortalecimento da hermenêutica, que é reflexo dessa nova concepção relativista do direito. Ovídio Baptista chamou atenção para essa tendência de retorno à hermenêutica, lamentando que o sistema jurídico tenha imposto um comportamento dogmático, diante desse movimento²⁴. Nesse sentido, em lição lapidar, afirmou que

hoje, ninguém mais duvida que o direito é uma construção humana, não havendo uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas; e *a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na*

²²SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPodium, 2007, p. 33.

²³STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise...** p. 231.

²⁴SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 2.

*medida em que se alterem as variantes necessidades e contingências históricas*²⁵.

Ora, esse apego ao paradigma racionalista, conexo à resistência em se aceitar o giro linguístico no direito, faz com que o processo mantenha velado o seu caráter retórico²⁶, ocultando-o. No entanto, a retórica é inerente ao direito. Nesse sentido, pode-se registrar que

a prática do direito, na instância judiciária, utiliza-se essencialmente da retórica, pela natureza da *relação vital do intérprete com o texto*. É necessário aceitar a *ambiguidade retórica* como um ideal positivo para a compreensão das ciências do espírito. A aceitabilidade racional, expressa pelo *verossímil* do pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas²⁷.

Ao afastar as contingências da linguagem, assumindo uma postura ontológica vinculada ao paradigma racionalista, o direito termina ficando totalmente desvinculado de seu contexto histórico. Isso, porque o *pensamento dogmático* é fruto da eliminação da crítica histórica, visto que “(o) *esquecimento do passado é a condição do dogma*”²⁸.

Para exemplificar essas dificuldades de se aceitar o novo modelo, vamos comentar alguns exemplos de ranços do paradigma racionalista que ainda estão entranhados no processo penal. Desse modo, esperamos que seja possível verificar que o processo penal brasileiro ainda necessita de uma maior evolução doutrinária e, sobretudo, do abandono dessa postura reacionária. Contudo, frise-se que a exemplificação trazida não é exaustiva, pois resume-se a alguns tópicos importantes, tão-somente para comprovar

²⁵SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 1-2, grifamos.

²⁶Segundo Ovídio Baptista, desde a idade moderna que se buscou eliminar a retórica, enquanto ciência argumentativa, do campo do direito. SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 17.

²⁷SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil, v. 1**, 7ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9, grifos do autor.

²⁸SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 19, grifamos.

a tese de Ovídio Baptista de que o paradigma racionalista acabou por dogmatizar o processo brasileiro.

4. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Um bom exemplo da influência ideológica do paradigma racionalista na doutrina processualista diz respeito à própria concepção da natureza jurídica do processo penal. Trata-se de um tema próprio da teoria geral do processo²⁹, e que, por essa razão, foi motivo de preocupação também de autores do processo civil. Cumpre afirmar que são várias as teorias que dão conta da natureza jurídica do processo, sendo que podem ser citadas algumas das mais importantes: teorias de direito privado (processo como contrato, como quase-contrato, como acordo); teorias de direito público (processo como relação jurídica (Bülow), como serviço público (Jêze e Duguit) e como instituição (Guasp)) e teorias que utilizam categorias jurídicas próprias (processo como estado de ligação (Kisch) e como situação jurídica (Goldschmidt)). Interessam, sobretudo, os modelos teóricos que

²⁹Não se ignora a discussão acalorada a respeito da existência ou não de uma teoria geral do processo, que abarcasse as peculiaridades do processo penal. Parece que a tentativa de utilizar precipitadamente a lógica generalista do processo civil para a compreensão das necessidades intrínsecas do processo penal pode resultar em equívocos, dado que os institutos desse ramo específico do processo devem ser buscados tendo sempre em vista a sua finalidade especial de servir como garantia do cidadão, evitando abusos do *jus puniendi*, além de regradar as práticas judiciais relacionadas à aplicação de reprimendas criminais. Entretanto, isso não impede, em absoluto, a utilização de certas orientações de processualistas generalistas no âmbito do processo penal, desde que sempre ressalvadas as idiosincrasias deste último ramo processual. Essa é a premissa adotada por esse trabalho, ao serem utilizadas lições de Ovídio Batista para comentar aspectos específicos do processo penal. Para uma maior discussão sobre o tema, vide DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**, 2ª.ed. Salvador: Juspodium, 2013. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

sucederam à fase imanentista do processo, porque a partir desse momento as ideias a respeito do processo adquiriram status científico autônomo, com relação às doutrinas do direito material que lhes correspondia.

Nesse sentido, as teorias de direito privado perderiam completamente o sentido, com a consolidação de uma autonomia para o saber processual. Também no que diz respeito ao processo penal, a concepção publicista do *jus puniendi* acabou por fazer com que as teorias de direito público superassem aquelas de direito privado³⁰. Das teorias publicistas, a que mais alcançou sucesso, sendo utilizada ainda hoje por muitos processualistas, é a que afirma que o processo seria uma *relação jurídica*. Por sua vez, a tese que se contrapôs a essa visão, obtendo maior êxito entre os juristas, foi justamente a que advogava o processo como uma *situação jurídica*. Ao que parece, a adoção da concepção do processo como *situação jurídica* como uma explicação razoável da natureza jurídica do processo vai ao encontro da proposta de Ovídio Baptista, no sentido de que seria necessário retirar o excesso de dogmatismo do processo, e priorizar o caráter retórico da experiência processual. Vejam-se as razões para essa afirmação.

A obra de Oskar von Büllow enterrou definitivamente a visão imanentista do processo, separando-o do direito material e inaugurando uma fase de autonomia científica. Esse jurista tedesco defendeu a noção de que o processo seria uma *relação jurídica*. Na verdade, não se pode afirmar que essa visão foi inaugurada por sua doutrina, visto que outros autores já defendiam essa posição. No entanto, “foi ele que racionalizou a teoria e, principalmente, a desenvolveu sistematicamente frente ao processo”³¹. Nesse sentido, Büllow afirma que “*el proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a passo (...) La relación procesal está en un constante*

³⁰LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, v. 1, 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 38.

³¹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 39. O autor emenda, no mesmo trecho, afirmando que não pode se creditar a autoria dessa tese à doutrina italiana, na figura de Chiovenda, como chegaram a fazer alguns equivocadamente, mas sim à doutrina alemã, com precedentes de Hegel, Wach, entre outros.

*movimiento y transformación*³². A relação jurídica seria triangular, formada pelo Estado-juiz e pelas partes. Além disso, essa relação seria complexa, visto que coexistiriam simultaneamente direitos e obrigações entre as partes, e também entre essas e o Juiz. Por isso,

(p)artindo dos fundamentos apontados por Bülow, aperfeiçoados por Wach e posteriormente por Chiovenda, pode-se afirmar que o processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem, entre as três partes, verdadeiros direitos e, obrigações recíprocos³³.

Ora, partindo-se dessa ideia, o réu do processo penal não seria simples objeto do processo, nem muito menos poderia o processo ser concebido apenas como instrumento para aplicação da lei penal³⁴. Se da relação jurídica decorrem direitos, inclusive para o acusado, é necessário garantir a paridade de armas entre acusação e defesa, tornando possível a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Muito embora tenha recebido algumas críticas contundentes – dentre elas, a principal, que consistiu na teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt –, a doutrina majoritária de então acabou por aceitar que o processo seria, de fato, compreendido como uma relação jurídica. No entanto, o que talvez tenha permanecido velado é o fato de que essa tese era tão sedutora exatamente porque transparecia uma ideia de segurança jurídica e harmonia, vez que os direitos e deveres seriam previamente estabelecidos, na relação entre as partes do processo. Desse modo, o direito seria mais coerente com uma realidade de estabilidade e segurança, aos moldes das ideias clássicas de Parmênides, afastando-se de uma concepção do mundo que priorizava a dinâmica e contingência, conforme apregoava Heráclito. Nada mais consonante com a ideologia, vigente no sistema jurídico brasileiro e criticada

³²BÜLLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Lima: Ara, 2008, p. 24.

³³LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 41.

³⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 41.

por Ovídio Baptista, de manutenção do *status quo*, por meio do dogmatismo processual. Por essa razão, o processualista observou com argúcia que “hoje, todavia, reconhece-se que tal concepção estava historicamente comprometida com determinados pressupostos políticos, de índole liberal e burguesa”³⁵.

Essa teoria sofreu duras críticas, principalmente a partir da tese de Goldschmidt de que o processo, na verdade, seria composto por uma sucessão de situações processuais, por meio das quais as partes agiriam no interesse de, ao fim do procedimento, serem agraciadas com uma decisão favorável. Sintetizando bem essa nova concepção, Aury Lopes Júnior afirmou que, segundo Goldschmidt,

o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de Bülow são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo³⁶.

Com essa nova visão, seguramente Goldschmidt inaugurou um novo modelo, no que diz respeito ao entendimento da natureza do processo. Isso, porque priorizou duas características importantes do processo, as quais, em certo sentido, seriam contrárias ao modelo de Bülow. Para Goldschmidt o processo seria *dinâmico* e marcado pela *incerteza*. Também Ovídio Baptista, com fundamento nas lições de Goldschmidt, afirmou que o autor teria demonstrado “que a visão processual era uma forma nova e dinâmica de pensar o direito, diversa da visão estática do fenômeno jurídico, própria do direito material”³⁷.

A incerteza é um dado marcante da atividade jurisdicional. Pode-se, inclusive, registrar que “só existe jurisdição enquanto há incerteza para as partes a respeito da futura sentença que haverá de dizer qual delas merece a

³⁵SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 5.

³⁶LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 43.

³⁷SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 7.

proteção estatal por ser titular do interesse protegido pela ordem jurídica”³⁸. Nessa toada, Aury Lopes Júnior, em lição lapidar, afirmou que “a dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”, e, emendando, ensina que “o mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhe são inerentes”³⁹. No processo penal, essas lições são transparentes. Isso, porque, por melhor que seja o direito da acusação (ou da defesa), não é possível se ter a certeza de uma sentença favorável, a qual somente existirá se houver o aproveitamento das chances, no processo⁴⁰. Assim, no processo penal, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, a carga probatória recai unicamente sobre o acusador. Isso significa que o acusado não necessita provar nada para receber uma decisão que lhe seja benéfica, visto que, caso o acusador não prove a imputação criminosa, com todas as suas circunstâncias essenciais, deverá o réu ser absolvido. Destarte, pode-se afirmar que existem cargas para a acusação, que tem a necessidade de provar suas alegações, e riscos para a defesa, porque, caso não se movimente processualmente, pode vir a ter uma sentença desfavorável.

Exemplo típico é o exercício do direito ao silêncio, calcado no *Nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável (...) o réu que cala

³⁸SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 7.

³⁹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 47.

⁴⁰“O processo é uma complexa situação jurídica, onde a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 43.

assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese⁴¹.

Para que não paire nenhuma dúvida sobre a atualidade do pensamento de Goldschmidt e, principalmente, sobre como esse modelo teórico corrobora a necessidade de quebra de uma paradigma racionalista, pleito tão defendido por Ovídio Baptista⁴², cite-se o pensamento do próprio processualista gaúcho, quando afirmou que

a atualidade do pensamento de James Goldschmidt está em reduzir o interesse pela busca da verdade como o objetivo final do processo, para dar maior relevância, não propriamente à *verdade dos fatos*, como se o texto legal pudesse conter uma verdade, temporalmente invariável, para dar relevância ao *sentido* da norma, a ser dado pelo intérprete⁴³.

As principais críticas à tese do processo como situação jurídica foram proferidas por Calamandrei. Não obstante, posteriormente, o

⁴¹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 45.

⁴²“Encontramo-nos, realmente, no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, em sua pretensão de domar o azar inerente à vida humana, obtendo a máxima segurança através do direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos obrigam, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão. Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ser a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem *unívoca*, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente *problemático*, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Não importa que gostemos ou não desta nova contingência. A superação do *dogmatismo*, que é a expressão mais visível do nosso *paradigma*, é uma imposição das novas realidades históricas”. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 9, grifos do autor.

⁴³SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 7, grifos do autor.

próprio autor se rendeu à teoria de Goldschmidt, reconhecendo ser essa a explicação mais coerente da natureza jurídica do processo. Ademais, essas críticas poderiam também ser interpretadas como afirmações das vantagens (qualidades) da teoria da situação jurídica⁴⁴, como será explicado. Primeiramente, segundo Calamandrei, a ideia de situação jurídica remete a categorias sociológicas, e não propriamente jurídicas. Goldschmidt rebateu essa crítica, alegando que o direito civil, por exemplo, sempre utilizou o conceito de expectativa de direito, de feição sociológica. Ademais, a utilização de conceitos que não se resumem à dogmática jurídica, ao contrário de prejudicar, engrandece a tese de Goldschmidt, pois utiliza uma metodologia interdisciplinar⁴⁵, necessária para a apreensão da complexidade do fenômeno jurídico (e, portanto, processual).

Outro problema da tese de Goldschmidt, segundo Calamandrei, se dá em razão de a teoria da situação jurídica romper com a unidade do processo, anteriormente compreendido como um todo harmônico, na ótica da relação processual. Ora, mais uma vez essa afirmação parece ser meritória, visto que o processo não pode ser entendido como um fenômeno estanque, hermético, e sim complexo, composto, de fato, de situações diversas. No mais, a pretensão processual faz com que essas situações sejam unificadas em torno de uma finalidade comum.

Por fim, Calamandrei acusou a teoria do processo como situação jurídica de advogar uma visão anormal ou patológica do processo, em razão de defender a incerteza processual. Sobre esse ponto, é importante frisar que Goldschmidt não criou a incerteza no processo. Pelo contrário, teve o

⁴⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 48.

⁴⁵Sobre a interdisciplinariedade, tão esquecida no ensino jurídico, cumpre lembrar do ensinamento atualíssimo de Ovídio Baptista que, preocupado com o saber jurídico dogmatizado difundido pelas faculdades brasileiras, afirmou que “a análise irá revelar a submissão da metodologia universitária ao racionalismo ultrapassado pela história, porém ainda dominante no ensino do direito, servil a um normativismo grosseiro que para mais nada serve, senão para a produção de dóceis instrumentos do sistema”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 49.

inegável mérito de identificar a sua existência, revelando dessa maneira a real natureza do processo. Pode-se dizer, seguramente, que o processo é compreendido por meio da epistemologia da incerteza, como aliás todas as ciências humanas, hodiernamente. Não por outra razão, o próprio Calamandrei voltou atrás com suas críticas, revendo suas posições contrárias à tese da situação jurídica, ao afirmar que o processo poderia ser visualizado como um jogo, em uma posição bastante semelhante à de Goldschmidt. Em tal jogo, nem sempre quem possui o *melhor direito* logra êxito processual, pois o resultado do processo depende inteiramente do aproveitamento das chances pelos atores processuais⁴⁶. Com essa opinião, afirmou Natália Pletsch que

se há dinamicidade e incerteza, as partes participam da construção da decisão processual: tem uma possibilidade, uma ocasião ou uma oportunidade processual quando puderem, por meio de um ato seu, obter uma vantagem processual (decisão favorável), e uma carga processual quando, ao contrário, atuarem a fim de prevenir uma desvantagem processual (sentença desfavorável)⁴⁷.

Por isso, voltando ao pensamento de Goldschmidt, pode-se afirmar que as características do processo, em sua visão são: a) conceito de dinâmica e fluidez do processo, em contraste com a estática e imobilidade da teoria da relação jurídica; b) abandono da equivocada idéia de segurança jurídica, afirmando que o processo se move em um mundo de incertezas. Com relação à incerteza, pode-se pensar – com otimismo – que, no computo geral, a maioria das decisões promove a justiça (até porque, se isso não fosse verdade, todo o sistema jurídico seria deslegitimado). No entanto, em alguns casos – que se espera serem excepcionais –, é possível que a decisão não favoreça a parte que tem o melhor direito, condenando um inocente ou inocentando um réu culpado. Isso é possível, ainda que indesejável, porque

⁴⁶LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 50.

⁴⁷PLETSCH, Natália Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal:** o atuar dos sujeitos e a construção da sentença. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 41.

a incerteza da decisão faz com que uma maior responsabilidade recaia sobre os atores processuais, que podem não aproveitar todas as chances no processo, prejudicando seus interesses (daí a importância do preparo técnico dos atores processuais, bem como do fortalecimento das defensorias públicas, igualando-as materialmente com a força efetiva que possui o Ministério Público).

No mais, cumpre lembrar que a incerteza da decisão deve de ser modulada por uma segurança jurídica, decorrente do necessário respeito às regras do jogo. Por isso, a forma, no processo penal, não pode ser entendida como mero entrave burocrático para o deslinde do procedimento, mas sim como verdadeira garantia, uma limitação do poder de punir.

Resta a lição definitiva de Aury Lopes Júnior sobre a essência do processo penal, lembrando que

tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis. Mas, acima de tudo, são atividades de alto risco, envoltas na nuvem de incerteza. Não há como prever com segurança quem sairá vitorioso. Assim deve ser visto o processo, uma situação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco e do *giuoco*. Reina a absoluta incerteza até o final. A luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais⁴⁸.

5. CONCLUSÕES

A preocupação de Ovídio Baptista em desvelar a ideologia resultante de um paradigma racionalista no processo, é mais que oportuna. De fato, não se pode desvincular a experiência processual de suas contingências históricas e culturais. Somente por meio da compreensão desse paradigma, e de suas implicações, será possível superá-lo, adaptando-se o processo para as novas transformações sociais, retirando-se o seu caráter dogmatizado⁴⁹. O conceito de paradigma, criado por Thomas Kuhn, é útil na ciência do direito, devendo ser utilizado para um melhor entendimento da evolução do

⁴⁸LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional...** p. 55.

⁴⁹SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. IX.

conhecimento jurídico, e especificamente, do sistema processual. Nesse espeque, o paradigma vigente no direito ainda é o racionalista, fruto de concepções liberais e ideais iluministas. Por esse prisma, o direito é entendido como uma ciência formal, com um método lógico próprio das ciências da natureza. Não obstante a importância desse modelo para a construção pretérita do saber jurídico, esse paradigma tem sido extremamente prejudicial para o direito, há algum tempo, provocando efeitos ainda mais preocupantes no campo do direito processual. Nesse sentido, Ovídio Batista observou que

Como é igualmente compreensível, o direito processual foi o domínio mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático⁵⁰.

Com as devidas adaptações, decorrentes de suas idiossincrasias históricas, esse também é o modelo vigente no processo penal, o que pode ser constatado pela permanência do mito da verdade real, por exemplo. Por essa razão, também no processo penal existiriam sérias resistências a mudanças reais, nessa lógica racionalista do processo. O dogmatismo vem prejudicando o desenvolvimento científico do processo penal, exatamente como advertia Ovídio Baptista, referindo-se ao processo em geral. Compreende-se esse atraso epistemológico, já que o paradigma vigente na processualística brasileira não corresponde mais ao atual estágio histórico vivenciado pela sociedade. É necessário quebrar o paradigma racionalista, inaugurando um novo modelo de processo penal.

Para tanto, urge reconhecer os reflexos da virada linguística, também no processo penal. A urgência de ruptura de um modelo filosófico condizente com a modernidade parece ainda não ter sido devidamente compreendida pelos processualistas penais, o que se reflete nos problemas atuais vivenciados no sistema punitivo. Uma das consequências dessa nova

⁵⁰SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 1.

abordagem seria priorizar o caráter retórico do processo, decorrente de uma primazia da hermenêutica no desenvolvimento do direito. “Em resumo, superar o *dogmatismo*, fazendo com que o direito aproxime-se de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando sua dimensão hermenêutica”⁵¹. Verifica-se perfeitamente esse paradigma racionalista, no que diz respeito às teorias que explicam a natureza jurídica do processo. Isso, porque a tese do processo como situação jurídica, desenvolvida por Goldschmidt, que reflete perfeitamente o caráter contingente do fenômeno processual, ainda encontra resistências na doutrina.

Ainda existe uma preferência pela teoria do processo como relação jurídica, defendida inicialmente por Bülow. Talvez se explique a permanência desse modelo pela sua adequação ao paradigma racionalista, considerando que realça aspectos de imobilidade (estática) e segurança jurídica do processo. No entanto, como explicado, essa preferência por soluções tidas como estáveis, por um modelo idílico de certezas e decisões seguras, não corresponde à realidade processual. Mesmo porque, a segurança jurídica decorrente dessa visão autoritária do processo penal, fincada em uma ontologia fictícia, é ilusória. A pretensa segurança jurídica somente será conquistada por meio de um aperfeiçoamento epistemológico, a partir do desenvolvimento da hermenêutica e da fundamentação da decisão penal, bem como de uma correta valoração das provas, tudo isso com a necessária obediência das garantias processuais existentes, com o intuito de limitar os exageros do poder de punir.

Deve-se reconhecer, portanto, o fato incontestável de que o processo penal é marcado inexoravelmente pela dinâmica e pela incerteza. Por isso, sua natureza jurídica não poderia ser compreendida como uma relação jurídica. Trata-se o processo, na verdade, de uma sucessão contínua de situações jurídicas, sendo que a parte vencedora será aquela que melhor aproveitar as chances que se oferecessem ao longo do procedimento. Enfim, a resistência em aceitar o modelo de Goldschmidt decorre de um ranço do paradigma racionalista, ainda a influenciar o processo penal. Ensina Ovídio Baptista que

⁵¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia...** p. 1.

a doutrina do processo como *situação jurídica*, como observou Eduardo Couture, não obstante ter sido recusada em geral pelos processualistas, na prática vem-se impondo a cada dia, à medida que se destacam, sempre com maior relevância, certas categorias peculiares à relação processual e distintas das categorias correspondentes ao direito material, particularmente o conceito de *ônus processual* como categoria equivalente aos atos e negócios jurídicos de direito material⁵².

Portanto, é necessária uma quebra do paradigma racionalista no processo penal. Um primeiro passo nesse sentido seria justamente adotar-se uma compreensão mais acertada de sua natureza jurídica, por meio da aceitação do caráter contingente de incertezas do processo, destacando-se a identidade retórica que lhe é intrínseca.

O presente trabalho, portanto, esboçou um aproveitamento da crítica empreendida por Ovídio Baptista ao paradigma racionalista para o campo específico do processo penal. Este é um estudo preliminar, como explicado. O trabalho do professor gaúcho é riquíssimo e, seguramente, continua sendo extremamente útil para um aperfeiçoamento do processo brasileiro, inclusive (e por que não?) do processo penal.

6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. Algumas contribuições da filosofia da ciência ao estudo do processo penal. NUCCI, Guilherme de Souza;

⁵²SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...** p. 7, grifos do autor.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org.). **Coleção doutrinas essenciais: Processo Penal, v.1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução às ideias jurídicas da modernidade. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito (orgs.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012.

BÜLLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Lima: Ara, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico, 3ª. Ed.** São Paulo: Noeses, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida, 2ª.ed.** Salvador: Juspodium, 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do direito, 2ª.ed.** São Paulo: Atlas, 1980.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas, 10ª.ed.** São Paulo: Perspectiva, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea, 3ª. Ed.** São Paulo: Loyola, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional, v. 1, 4ª. Ed.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PLETSCH, Natália Ribeiro. **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

SANTOS, Hugo Leonardo R. Seria a transação penal uma prática restaurativa? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 21, n. 246. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPodium, 2007.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**, v. 1, 7^a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, 10^a.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.