

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ-UNIOESTE
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

LUIZ FERNANDO DE VICENTE STOINSKI

EM DEFESA DAS REGRAS DO JOGO:

A importância do processo penal nas democracias modernas a partir do
conceito bobbio de democracia

TOLEDO-PR
2021

LUIZ FERNANDO DE VICENTE STOINSKI

EM DEFESA DAS REGRAS DO JOGO:

A importância do processo penal nas democracias modernas a partir do conceito bobbio de democracia

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área de Concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Linha de Pesquisa: Ética e Filosofia Política.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco de Assis Dias

Coorientador: Prof. Dr. Thiago Miranda Minagé

TOLEDO-PR
2021

Stoinski, Luiz Fernando de Vicente
EM DEFESA DAS REGRAS DO JOGO: A importância do processo
penal nas democracias modernas a partir do conceito bobbio
de democracia / Luiz Fernando de Vicente Stoinski;
orientador José Francisco de Assis Dias; coorientador Thiago
Miranda Minagé. -- Toledo, 2021.

91 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Campus de Toledo) --
Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Centro de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia,
2021.

1. Democracia em Bobbio. 2. Processo penal. 3. Direitos
fundamentais. 4. Direitos humanos. I. Dias, José Francisco
de Assis, orient. II. Minagé, Thiago Miranda, coorient. III.
Título.

LUIZ FERNANDO DE VICENTE STOINSKI

**EM DEFESA DAS REGRAS DO JOGO: A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO
PENAL NAS DEMOCRACIAS MODERNAS A PARTIR DO CONCEITO
BOBBIANO DE DEMOCRACIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia em cumprimento parcial aos requisitos para obtenção do título de Mestre em Filosofia, área de concentração Filosofia Moderna e Contemporânea, linha de pesquisa Ética e Filosofia Política, APROVADA pela seguinte banca examinadora:



Orientador – Prof. Dr. José Francisco de Assis Dias

Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus de Toledo (UNIOESTE)



Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

UNICESUMAR



Prof.^a Dr.^a Nelsi Kistemacher Welter

Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus de Toledo (UNIOESTE)

Toledo-PR, 20 de dezembro de 2021

DECLARAÇÃO DE AUTORIA TEXTUAL E DE INEXISTÊNCIA DE PLÁGIO

Eu, LUIZ FERNANDO DE VICENTE STOINSKI, pós-graduando do PPGFil da UNIOESTE, *Campus* de Toledo, declaro que este texto final de dissertação é de minha autoria e não contém plágio, estando claramente indicadas e referenciadas todas as citações diretas e indiretas nele contidas. Estou ciente de que o envio de texto elaborado por outrem e, também, o uso de paráfrase e a reprodução conceitual sem as devidas referências constituem prática ilegal de apropriação intelectual e, como tal, estão sujeitos às penalidades previstas na Universidade e às demais sanções da legislação em vigor.

Toledo-PR, 20 de dezembro de 2021.



Assinatura

Aos meus pais, Lauro e Marlene, que além de terem me dado a oportunidade de vir ao mundo, sempre incentivaram meus estudos. Ao meu irmão Luiz Gustavo e à minha noiva Maira. Amo todos vocês! Por fim, a Norberto Bobbio, com quem tanto aprendi e cujos escritos o mantêm vivo.

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia (PPGFil) da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), *Campus Toledo/PR*, pela oportunidade de realizar esse sonho chamado Mestrado e me instigar os primeiros passos em uma possível caminhada pela academia.

Ao querido Professor José Francisco de Assis Dias, meu dileto orientador, por, primeiramente, ter me aceito como orientando, pelo apoio, pela paciência, que não deve ter sido pouca, pela amizade, pelos ensinamentos e por ter sempre acreditado em mim e na ideia da pesquisa.

Aos demais professores do PPGFil, os quais saúdo nas pessoas dos Professores Tarcílio Ciotta e Roberto Saraiva Kahlmeyer-Mertens, pois vocês me despertaram um novo amor chamado Filosofia. Espero continuar seguindo seus passos e aprendendo com todos.

Ao Professor Pós-Doutor Thiago Minagé, um amigo e irmão de vida, por ter aceitado ser meu coorientador e contribuído muito para a realização desse sonho acadêmico.

Aos meus familiares, inclusive àqueles que já se foram, mas deixaram bons momentos e muita saudade, os quais não nominarei para não correr o risco de esquecer alguém, mas que moram todos em meu coração.

Aos meus irmãos de escritório: Juliano Huck Murbach, André Vinicius Beck Lima, Charles Daniel Duvoisin, Celso Souza Guerra Junior, Arlindo Rialto Junior, Antonio Marteli, Henrique Salvati Beck Lima e Walid Mouhanna. Vocês me são exemplos de pessoas, de profissionais e de amigos.

Ao meu professor, amigo, irmão e pai espiritual José Bolívar Bretas, por tudo que me representa, mas, sobretudo, pelo ser humano maravilhoso que é.

Aos amigos e irmãos que o Direito trouxe e que são muito especiais: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Adriano Sérgio Nunes Bretas, Leonardo Costa de Paula, Dênis Sampaio, Edson Luiz Facchi Junior, André Pontarolli, Jefferson de Carvalho Gomes. Vocês são inspirações nessa jornada chamada vida.

Aos colegas que iniciaram este programa comigo e aos demais que conheci durante as aulas e os cumprimentos dos créditos, em especial aos demais bobbianos orientandos dos Professor Doutor José Francisco de Assis Dias.

Aos meus Irmãos e demais amigos.

Muito obrigado por fazerem parte da minha vida!

Deve-se recordar que a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado.

Norberto Bobbio, *A era dos direitos*

RESUMO

STOINSKI, Luiz Fernando de Vicente. *Em defesa das regras do jogo: a importância do processo penal nas democracias modernas a partir do conceito bobbio de democracia*. 2021. p. 91. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2021.

O tema eleito para esta pesquisa é a importância do processo penal nas democracias modernas a partir do conceito bobbio de democracia. O problema de pesquisa se fixa no sentido de demonstrar a importância de um sistema processual penal para as democracias modernas e, assim, investigar em que medida a existência de regras de processo penal é importante para a garantia da democracia a partir do pensamento de Norberto Bobbio. Para isso, é crucial compreender que o processo penal não se reduz a um meio jurídico para que o Estado aplique penas àqueles que ferem o pacto social e incorrem em condutas tipificadas como crimes, mas sim é um instrumento de garantia da liberdade de todos os cidadãos em face do poder de punir. Assim, o objetivo geral da pesquisa é verificar em que medida o processo penal, dada sua função garantidora da liberdade, é necessário para a democracia, segundo o que Norberto Bobbio entende por democracia. Especificamente, para atender o objetivo geral em relação ao problema, realizou-se uma abordagem filosófica acerca da formação do Estado, bem como uma reconstrução dos fundamentos sobre necessidade do processo para o direito, identificando a função específica do processo penal, bem como definindo o que é a democracia para o filósofo italiano, de modo a indicar, ao final, em um entrelaçamento dos temas, a importância da garantia do processo penal para a democracia. No aspecto acadêmico-científico, a presente pesquisa se justifica porque é indispensável conhecer e aprofundar o estudo do processo penal, não por uma perspectiva puramente jurídica, mas sim, nas suas raízes a partir da filosofia política e do direito, com o fito de dar maior atenção a esse instrumento do direito, que é muito caro às democracias e aos Estados de direito, dada a sua importância na defesa das liberdades e dos direitos individuais. A relevância social do tema está na necessidade de compreender que o processo penal se trata de garantia fundamental dos indivíduos dentro de um regime democrático e não pode ter suas regras violadas sob nenhum pretexto, por mais nobre que seja. Eliminar direitos e garantias ou desrespeitar as regras democráticas do processo penal, além de atentado contra os Direitos Humanos, é também um atentado à democracia. A metodologia utilizada foi a de pesquisa qualitativa por meio de pesquisa bibliográfica. Assim, do ponto de vista da produção de Norberto Bobbio, mais especificamente pelas obras *Teoria geral da política, Liberalismo e Democracia, O futuro da democracia e A era dos direitos*, conclui-se que a democracia serve para neutralizar o poder e contrapor Estados autoritários e que, por isso, o processo penal, com suas regras, é instrumento da democracia a partir dessa definição de democracia de Norberto Bobbio.

Palavras-chave: Democracia em Bobbio. Processo penal. Norberto Bobbio. Direitos fundamentais. Direitos humanos.

ABSTRACT

STOINSKI, Luiz Fernando de Vicente. In defense of the rules of the game: the importance of criminal procedure in modern democracies based on the Bobbian definition of democracy. 2021. p. 91. Dissertation (Master of Philosophy) – State University of Western Paraná, Toledo, 2021.

The theme chosen for this research is the importance of criminal procedure in modern democracies based on the Bobbian definition of democracy. The research problem is fixed in order to demonstrate the importance of a criminal procedure system for modern democracies and, thus, to investigate to what extent the existence of criminal procedure rules is important for the guarantee of democracy based on the thought of Norberto Bobbio. To this end, it is crucial to understand that the criminal procedure is not reduced to a legal means for the State to apply penalties to those who violate the social contract and engage in conducts typified as crimes, but rather it is an instrument to guarantee the freedom of all citizens in the face of the power to punish. Therefore, the general objective of the research is to verify to what extent the criminal procedure, given its function of guaranteeing freedom, is necessary for democracy, according to what Norberto Bobbio understands by democracy. Specifically, in order to meet the general objective in relation to the problem, we carried out a philosophical approach on the formation of the State, as well as a reconstruction of the fundamentals on the need for the procedure for the law, identifying the specific function of the criminal procedure, as well as defining what democracy means for the Italian philosopher, so as to indicate, in the end, in an intertwining of themes, the importance of guaranteeing the criminal procedure for democracy. In the academic-scientific aspect, this research is justified because it is essential to know and deepen the study of criminal procedure, not from a purely legal perspective, but from its roots in political philosophy and law, with the aim of giving greater attention to this instrument of law, which is very dear to democracies and States of law, given its importance in the protection of individual freedoms and rights. The social relevance of the theme lies in the need to understand that the criminal procedure is a fundamental guarantee for individuals within a democratic regime and cannot have its rules violated under any pretext, however noble it may be. Eliminating rights and guarantees or disrespecting the democratic rules of criminal procedure, in addition to being an assault on Human Rights, is also an assault on democracy. The methodology used was qualitative research through bibliographic research. Thus, from the point of view of Norberto Bobbio's production, more specifically in the works *General Theory of Politics*, *Liberalism and Democracy*, *The Future of Democracy* and *The Age of Rights*, we conclude that democracy serves to neutralize power and oppose authoritarian States, and that, therefore, the criminal procedure, with its rules, is an instrument of democracy based on this definition of democracy by Norberto Bobbio.

Keywords: Democracy in Bobbio. Criminal procedure. Norberto Bobbio. Fundamental rights. Human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
CAPÍTULO 1: DE HOBBS A UMA DEFINIÇÃO DO PROCESSO PENAL... 24	
1.1 A formação do Estado segundo Thomas Hobbes	25
1.2 As normas e o ordenamento jurídico para Norberto Bobbio.....	33
1.3 Bases para uma definição do processo penal.....	39
CAPÍTULO 2: DEMOCRACIA	46
2.1 A democracia dos antigos e a democracia dos modernos	47
2.2 Democracia direta e democracia representativa	52
2.3 Democracia formal e democracia substancial	55
2.4 Democracia e Poder.....	58
2.5 A democracia e o poder invisível.....	61
CAPÍTULO 3: O PROCESSO PENAL PARA A DEMOCRACIA	63
3.1 O direito e o poder.....	64
3.2 Direitos Humanos e seu vínculo com o processo penal.....	69
3.3 O papel do Estado de direito na garantia dos direitos do indivíduo humano	75
3.4 O processo penal como direito fundamental	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

Em algum momento, o ser humano percebeu que a vida em conjunto (ou em sociedade) lhe era mais favorável. Também, em algum momento, ou alguém se autoproclamou líder de um determinado grupo social ou os integrantes desse grupo escolheram alguém para os liderar e, assim, exercer poder.

Na chamada filosofia antiga, Aristóteles (384-322 a.C.), que era um filósofo naturalista, afirmava que o homem sempre foi por natureza um animal político e que é essa natureza humana que faz com que todos se associem.

Por sua vez, no que se define como filosofia política moderna, surgiram os denominados filósofos contratualistas, tendo em Thomas Hobbes (1588-1679) – mesmo com as discordâncias de alguns autores acerca de sua condição de filósofo contratualista – seu expoente. Estes filósofos pensaram, por meio de uma espécie de abstração, sobre como viviam os homens antes do surgimento do Estado político tal qual conhecemos, ou seja, sobre a vida no chamado estado de natureza, quando os homens resolveram renunciar à plena liberdade de que dispunham, mas que os colocava em constante risco, para se unirem a fim de se estabelecer um pacto, delegando poderes a um soberano, visando a paz e a segurança.

Seja pelo caminho das ideias dos filósofos naturalistas ou dos chamados contratualistas, é certo que, em algum momento, surgiu o Estado, que passou a ditar as leis e regras sob as quais todos estavam – e até hoje estão – sujeitos.

Dentre os diversos modelos políticos existentes, o modelo democrático é aquele que rege a maioria dos Estados contemporâneos, mesmo com as severas críticas que existem em face dele.

E é aqui, quando se chega à democracia, que Norberto Bobbio, jurista e filósofo italiano, ganha maior espaço no que se refere ao alcance dos objetivos a que o presente trabalho se propõe, uma vez que o problema da pesquisa é demonstrar que a existência de um sistema¹ de processo penal é importante para a garantia das democracias modernas e de suas regras do jogo.

¹ Com a utilização da expressão “sistema”, não estamos nos referindo à clássica divisão entre sistema processual inquisitório e acusatório, estudada pelos juristas, mas sim à existência de um

Portanto, o objetivo geral estabelecido é verificar em que medida o chamado processo penal, não apenas enquanto ramo do direito, mas também com raízes fincadas na filosofia, em especial na filosofia política, é garantidor da liberdade e dos direitos fundamentais, em detrimento do arbítrio, uma vez que, sem o qual, não se pode falar em democracia.

Assim, acredita-se que somente através de um estudo transdisciplinar, partindo de um estudo acerca da concepção histórica e filosófica do Estado e, conseqüentemente do direito, pode-se chegar às normas, leis e ordenamentos jurídicos e, aí sim, ao processo penal, para que se possa entender, ao final, o que é o processo penal e qual o seu papel dentro da democracia.

Por que se escolheu Norberto Bobbio para estudar a democracia? O tema da democracia formal, ao lado do da paz e dos direitos do indivíduo humano², numa espécie de tríade, são três grandes temas da matriz filosófica do pensamento político de Norberto Bobbio, razão pela qual se optou, a partir dele, cujas lições são sempre muito importantes tanto para o direito quanto para a filosofia, estudar esse regime de governo.

A preocupação com as liberdades, os direitos fundamentais e a democracia foram uma constante na vida de Bobbio, que, academicamente, perdurou de 1940 até sua morte, em 2004. Inicialmente, no combate ao regime fascista italiano (1925-1943) e, depois, com a queda do fascismo e o nascimento da democracia constitucional, que dá seus primeiros passos logo após a derrubada do regime de Benito Mussolini (1883-1945), para manter o debate e a reflexão sobre o seu futuro.

Para Norberto Bobbio, não é possível existirem direitos do indivíduo humano reconhecidos senão na democracia e, sem ela, não há caminho possível para a paz na solução dos conflitos sociais, razão pela qual se optou por, a partir do seu pensamento, tratar do problema a que se dedica a presente pesquisa.

conjunto de regras pré-definidas para que aqueles que forem acusados da prática de um crime possam ser julgados.

² Norberto Bobbio não utiliza essa mesma expressão, mas sim direitos do homem, que é a forma como o que hoje conhecemos como direitos humanos eram conhecidos. Utilizaremos ao logo da pesquisa a expressão "indivíduo humano" dada a sua condição de neutralidade no que se refere à inflexão de gênero.

Ainda, não se pode perder de vista que o que está por detrás de tudo o que aqui se pretende discorrer é, na essência, tratar de poder. Para Bobbio, o direito e o poder são duas faces da mesma moeda, sendo que uma sociedade precisa de ambos, pois onde o direito é fraco, pode-se descambar para a anarquia e, por sua vez, onde o poder não é controlado, a sociedade está sujeita ao autocratismo.

Deixando de lado as análises acerca dos procedimentos e regras específicas de um tipo de processo penal (seja ele o brasileiro, o italiano ou de qualquer outro Estado), que são assuntos muito mais afetos ao direito, e buscando compreender a sua essência e os seus fundamentos – e até os fundamentos dos fundamentos³ –, bem como que, através da compreensão acerca do que é a democracia e o que ela representa nos Estados contemporâneos, especial e especificamente sob uma perspectiva bobbianas, acredita-se que será possível, então, identificar as relações do processo penal com a definição bobbianas de democracia.

Entender que o processo penal tem, na realidade e especialmente na contemporaneidade, natureza de direito fundamental, com finalidade de garantir direitos ao jurisdicionado e limitar o poder do Estado, justifica-se para evitar que, por exemplo, narrativas antidemocráticas acabem servindo de argumento para a supressão de direitos e garantias individuais e fundamentais de todos os indivíduos, seja pela via do desrespeito às regras do jogo democrático-jurídico e legislativamente válido e imposto, sem quaisquer sanções, seja pela via política mediante alteração ou sua revogação em processo legislativo.

Nesse sentido, esta dissertação está dividida em três capítulos. Inicialmente, discorre-se sobre a origem do Estado a partir de um dos principais autores-fonte de Bobbio, ou seja, a partir do já citado Thomas Hobbes. Depois, passa-se pela temática das normas, leis e ordenamentos, para, finalmente, se chegar ao processo penal, introduzindo as perspectivas analíticas que servem

³ Esta expressão pode remeter à ideia de um regresso infinito na busca por uma razão que fundamente o fundamento de algo. Todavia, sua utilização, aqui, é emprestada de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e tem o objetivo de esclarecer, principalmente aos leitores do Direito, que determinado ordenamento jurídico não tem como fonte apenas a lei. Assim, não é apenas ela que fundamenta a razão de ser de determinado dispositivo da lei ou da lei como um todo, mas sim há uma razão, não raras vezes de matriz filosófica para que as coisas sejam como elas são.

para estabelecer uma premissa inicial sobre o que é esse instrumento a serviço do direito e da liberdade.

De relevo, esclarece-se que no primeiro capítulo os temas não possuem, necessariamente, uma relação direta entre si, de forma que um explique e justifique objetivamente o outro. Em verdade, dentro daquilo a que esta pesquisa se propôs especificamente em seus objetivos esse capítulo, tem por escopo o estabelecimento das bases necessárias para uma definição mínima do que se entende por processo penal, iniciando pelo surgimento do Estado, que conseqüentemente, passou a estabelecer leis e ordenamentos, de onde faz parte o processo penal.

Posteriormente, no segundo capítulo, discorre-se sobre a democracia, com foco sempre voltado para Norberto Bobbio, que fez também dela um dos temas mais importantes da sua contribuição para a filosofia política contemporânea, em especial durante o período da Segunda Guerra Mundial, quando a Itália vivia sob a ditadura fascista, e, após, na instalação de um novo regime democrático nas democracias contemporâneas.

Aqui, estabelecer-se-á, inicialmente, a distinção entre a democracia dos antigos e a dos modernos, para que se possa discorrer sobre a democracia em sua forma direta e representativa e se entenda o que significa a divisão que Bobbio faz entre uma democracia formal e substancial. Uma vez fixadas essas definições, discorrer-se-á sobre democracia e poder e democracia e poder invisível.

Por fim, no terceiro e último capítulo, entrelaçando os temas dos capítulos anteriores, o objetivo é buscar-se estabelecer as relações entre direito e poder, chegando ao tema dos direitos do indivíduo humano e ao Estado de direito, onde surgem as constituições democráticas, tudo no afã de demonstrar que o processo penal, enquanto ramo do direito, serve de instrumento para a realização de direitos fundamentais e é, por isso, importante para qualquer democracia, sendo dela indissociável.

CAPÍTULO 1

DE HOBBS A UMA DEFINIÇÃO DO PROCESSO PENAL

No presente capítulo objetiva-se chegar a uma apresentação do processo penal e fixar as premissas necessárias para se compreender qual a sua verdadeira função no Estado de direito e nas democracias contemporâneas.

Não se pretende abordar a temática por uma perspectiva estritamente jurídica, mas sim da filosofia política e do direito, uma vez que, segundo Minagé (2019, p. 112-113), é necessário um estudo transdisciplinar da esfera jurídica, mantendo estreitos diálogos com a filosofia, sociologia, antropologia, psicanálise, criminologia *etc.* e é isso que aqui se pretende, ou seja, pelo caminho da filosofia, entender como se chega ao processo penal enquanto parte integrante do mundo do direito.

Para isso, inicialmente, precisa-se conceber a origem do Estado, de modo que, ancorando-se em Thomas Hobbes, pretende-se estabelecer a passagem do estado de natureza à sociedade civil, isto é, do direito natural ao direito positivo, a fim de se buscar compreender o porquê da necessidade de existência das normas, leis e ordenamentos que formam o mundo do direito e, então, como parte dele, qual a função do processo penal.

É preciso esclarecer que a escolha de Thomas Hobbes para essa tarefa de trazer uma perspectiva da filosofia política acerca do surgimento do Estado não se dá para, através dele, depois justificar ou fundamentar o tema da democracia, mas sim para apenas conceber o Estado político.

Além disso, é preciso lembrar que a democracia não é o assunto deste capítulo e, para o atingimento dos objetivos desta pesquisa, os dois primeiros capítulos são partes e temas independentes desta pesquisa, que somente serão unificados no terceiro e último capítulo.

O que importa, neste capítulo, é estabelecer a compreensão de que, uma vez constituído o Estado político, o processo penal não se trata de um mero meio para aplicação de uma pena ou para descoberta da verdade, mas sim de fim em si mesmo, devendo ser objeto de reflexões mais profundas sobre sua razão de existir e sobre que tipo de procedimentos deve estabelecer.

1.1 A formação do Estado segundo Thomas Hobbes

Embora a democracia seja o grande tema da filosofia política bobbiana trazido na presente pesquisa, buscar-se-á caminhar noutros temas sempre que possível, junto de Norberto Bobbio e suas fontes, para construir as ideias que aqui se pretende. Assim, por óbvio, será preferencialmente pelas fontes do pensamento de Bobbio que este estudo será desenvolvido.

Nesse sentido, por meio dos ensinamentos de Hobbes será apresentada uma teoria filosófica sobre a origem do Estado, o que se justifica quando Bobbio (1998b, p. 350), ao tratar do direito como convergência entre o ordenamento jurídico e o poder do Estado na moderna filosofia política, adverte que “a filosofia política de Hobbes é um momento exemplar desta convergência entre ordenamento político e poder estatal”.

Segundo Ribeiro (2017, p. 6), Hobbes é, para Bobbio, quem estrutura a doutrina jurídica sob a qual se fundam os direitos humanos. Não por acaso, pode-se dizer que o pensamento hobbesiano, também, é a base do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, apresentado na sua obra “Direito e Razão”, na qual o prefácio é de seu professor, Norberto Bobbio.

A admiração de Bobbio por Hobbes fica evidente quando ele o define como “grande e inigualável construtor da primeira teoria do Estado moderno, que me fascinara desde as primeiras leituras” (BOBBIO, 1991, s.p).

Além disso, Hobbes era considerado um autor suspeito no período fascista, pois não havia a compreensão de que, ao invés de ser o Leviatã um Estado totalitário, ele era, na realidade, um Estado moderno, nascido depois do período medieval e com um corpo político que abandona o absolutismo.

Thomas Hobbes busca, no século XVII, explicar o motivo do surgimento e a formação do Estado e, para isso, constrói sua ideia a partir do chamado estado de natureza do homem, ou seja, da condição em que, segundo ele, os indivíduos se encontravam antes da constituição das sociedades civis.

Antes dos chamados filósofos contratualistas e da ideia de um direito natural, a filosofia política, segundo Bobbio (1991, p. 4-5), tinha como referência o modelo aristotélico de pensamento acerca da origem da *polis*, ou seja, os

filósofos políticos anteriores partiam da premissa de que a origem do Estado era a família.

Para Aristóteles (2006, p. 03-04), da união entre o homem e a mulher surge a família; da reunião de várias casas (aqui entendidas como famílias), surge a aldeia; e, por fim, da reunião de diversas aldeias, tem-se a cidade.

Embora a concepção jusnaturalista não tenha sua origem com os filósofos contratualistas, uma vez que a chamada natureza humana já era objeto de investigação dos gregos antigos, foi com os filósofos contratualistas que ganhou maior importância. Dentre os chamados filósofos contratualistas, é dado maior destaque para Thomas Hobbes – que para alguns autores não se trata de um contratualista por não trabalhar a ideia de um contrato, mas sim de um pacto –, seguido de John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Esses três principais filósofos, apesar de divergirem entre si quanto à condição humana no que chamam de estado de natureza, convergem admitindo ser essa mesma condição humana antecessora à formação do Estado.

Em linhas gerais, para Locke, diferentemente do que defende Hobbes, os indivíduos humanos, em seu estado natural, não vivem em constante clima de guerra, mas pacificamente, entrando por algumas vezes em disputa com outros indivíduos, motivados pelas transgressões da liberdade, sendo, por isso, a constituição da sociedade política e civil necessária para defender todos das injustiças e garantir segurança em relação às suas propriedades (RIBEIRO, 2017, p. 13-15). De outra banda, Rousseau, também contrariando Hobbes, defende que no estado de natureza o indivíduo humano é bom, tendo sido corrompido e se tornando mau pela sociedade, sendo a propriedade privada a mola propulsora da violência e da desigualdade, e tendo o Estado, portanto, o objetivo de diminuir essas desigualdades e garantir a liberdade de que dispunham no estado de natureza (RIBEIRO, 2017, p. 18-19).

No estado de natureza, para Hobbes, o indivíduo humano é egoísta, vivendo em constante guerra de todos contra todos, pois vivem de acordo com suas paixões e exercendo poder uns sobre os outros, sem limites, transformando-se em inimigos. O estado civil, nesse cenário, constitui uma

escolha dos indivíduos por um poder maior que exerça a tutela da força e garanta segurança (RIBEIRO, 2017, p. 7-9).

O estado de natureza, tal qual descrito por Hobbes, parece uma condição em que o indivíduo humano é equiparado a um animal selvagem, com apenas uma diferença em relação aos demais animais, qual seja, sua capacidade de raciocinar. Todavia, também possui diversas outras inclinações que podem alterar o agir racional.

No Capítulo XIII do *Leviatã*, Hobbes explica a condição natural humana em relação à sua felicidade e sua desgraça. Todos os indivíduos, no estado de natureza, são dotados de igualdade, seja ela física ou intelectual. Segundo ele:

A Natureza criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito que, se um homem, às vezes, é visivelmente mais forte de corpo ou mais sagaz do que outro, quando considerados em conjunto a diferença entre um homem e outro não é tão relevante que possa aspirar tanto quanto ele. No que diz respeito à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, seja por meio de maquinações secretas ou alinhando-se a outro que se ache no mesmo perigo em que ele se encontra. Quanto às faculdades mentais, ainda encontro maior igualdade entre os homens do que na força, desde que deixe de lado as artes baseadas nas palavras e, em particular, aquela habilidade de atuar de acordo com as regras gerais e infalíveis que se chama ciência, que muito poucos possuem e sobre poucas coisas, já que não se trata de uma faculdade inata nem alcançada, como a prudência, enquanto perseguimos algo distinto. (HOBBS, 2014, p. 106)

Justamente por serem iguais – e, também, livres – é que os indivíduos humanos sempre entram em disputa e vivem naquilo que Hobbes chama de constante guerra de todos contra todos. É bom explicar que essa guerra não se trata de uma guerra no sentido bélico do termo, mas no significado de que impera a desconfiança entre eles, uns em relação aos outros, forçando-os a viver em constante estado de alerta, estando sempre prontos para se defenderem de algum emprego de violência. Para Hobbes (2014, p. 108), as principais causas de disputa entre os indivíduos humanos são: “competição, desconfiança e glória”. Para ele:

A primeira causa leva os homens a utilizarem a violência para se apossar do pessoal, da esposa, dos filhos e do gado de outros homens; a segunda os leva a usar a violência para defender esses bens; a terceira os faz recorrer à força por motivos insignificantes, como uma palavra, um sorriso de escárnio, uma opinião diferente da sua ou qualquer outro sinal de subestima direta de sua pessoa, ou que se reflita sobre seus amigos, sua nação, sua profissão ou o nome de sua família. (HOBBS, 2014, p. 108)

Por sua vez, a liberdade igualmente é um direito natural e significa “a ausência de empecilhos externos, que podem, muitas vezes, tirar parte do poder de cada um agir como quiser, mas não impedir que cada pessoa use o poder restante de acordo com seu julgamento e razão” (HOBBS, 2014, p. 111).

Bobbio lembra que a liberdade enquanto direito natural no estado de natureza é o que coloca os indivíduos humanos em constante estado de guerra. Nesse sentido, explica que:

Enquanto para Lucrécio os homens no estado de natureza viviam “*more ferarum*” (como feras), e para Cícero os homens nos antigos tempos “*in agris bestiarum modo vagabantur*” (vagavam nos campos como bestas), e ainda para Hobbes no estado de natureza os homens se comportavam uns aos outros como lobos, Locke, que foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem, começa o capítulo sobre o estado de natureza com essas palavras: “Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em qual estado se encontram naturalmente todos os homens, e esse é um estado de perfeita liberdade de regular as próprias ações e dispor das próprias posses e da própria pessoa como se acredita ser o melhor, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de mais ninguém”. No princípio, portanto, não era a miséria, a danação, o sofrimento do “estado ferino”, como viria ser chamado por Vico, mas a liberdade. (BOBBIO, 2000a, p. 478)

O estado de guerra constante dos homens no estado de natureza não é uma condição literal de guerra como costuma-se imaginar. Esse estado é descrito por Hobbes (2014, p. 108) da seguinte forma:

[...] quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos. Assim, a guerra não é apenas a batalha ou o ato de lutar, mas o período de tempo em que existe a vontade de guerrear; logo, a noção de tempo deve ser considerada como parte da natureza da guerra, tal como é parte da noção de clima. Da mesma forma que a natureza do mau tempo não consiste em algum chuvisco, mas numa tendência à chuva intermitente com duração de dias, a natureza de guerra não consiste na luta real, mas na disposição para ela durante todo o tempo em que não há segurança do contrário.

No mesmo sentido, Bobbio (1991, p. 36) também lembra que “guerra de todos contra todos” não deve ser interpretada em sua literalidade, pois até mesmo o estado de natureza universal é pura hipótese da razão, não tendo Hobbes, em momento algum, acreditado que o estado de natureza universal tenha efetivamente sido o momento primitivo da humanidade antes do processo civilizatório.

Mas, então, o que Hobbes quer dizer quando usa essa expressão? Bobbio (1991, p. 38) explica da seguinte forma:

“Guerra de todos contra todos” é uma expressão hiperbólica: retirada a hipérbole, significa aquele estado no qual um grande número de homens, singularmente ou em grupos, vive – por não haver um poder comum – no temor recíproco e permanente da morte violenta. A hipérbole serve somente para fazer compreender que se trata de um estado intolerável, do qual o homem deve sair mais cedo ou mais tarde, se é que deseja salvar o que tem de mais precioso, a vida.

Hobbes (2014, p. 109) deixa clara essa posição quando escreve: “alguém pode pensar que nunca existiu um tempo ou condição para uma guerra semelhante; eu creio mesmo que, de modo geral, nunca ocorreu em lugar algum do mundo; entretanto, há lugares em que o modo de vida é esse”. Um dos três exemplos que o autor traz são os povos selvagens da América.

No estado de natureza, essa guerra de todos contra todos que Hobbes apresenta é resultado da desconfiança dos indivíduos uns para com os outros e

não possui como fonte apenas os direitos naturais (em especial a liberdade), mas sobretudo as inclinações do homem (suas sensações e paixões), que muitas vezes acabam prevalecendo.

A consequência dessas guerras, segundo Hobbes (2014, p. 110), é que não há justiça. Nada pode ser considerado injusto, pois “não há lei onde não há poder comum e, onde não há lei, não há injustiça”.

Dentro desse contexto, Hobbes (2014, p. 111) estabelece a diferença entre direito e lei (*jus* e *lex*) como sendo aquele a faculdade de agir ou omitir e esta a obrigação de agir ou omitir, tendo a lei, sob os auspícios da razão, a função de proibir que indivíduo humano acabe com sua vida e garantir meios de preservá-la. Portanto, em sendo a guerra a condição humana e sendo nocivo esse clima de guerra permanente dentro do estado de natureza, é justamente por estas mesmas razões que os indivíduos podem buscar meios de garantir a paz e preservar aquilo que lhes é mais importante: a vida.

Assim, a primeira lei fundamental da natureza, para Hobbes, é procurar a paz, tendo a razão um papel fundamental nesse objetivo, pois, como explica Bobbio (1991, p. 38), em sendo a razão parte da natureza humana, significa que os indivíduos possuem capacidade para identificar as causas e agir com os meios necessários para atingir o fim que se busca.

Ocorre que, no estado de natureza hobbesiano, o indivíduo humano não conseguirá atingir seu fim, que é a paz, e, por consequência, a preservação da vida humana. Isso porque as regras advindas da razão apresentadas por Hobbes, segundo Bobbio (1991, p. 39) “são regras de prudência, e não imperativos categóricos”. E é aí que reside o maior problema, pois de nada adianta a existência de tais regras se elas não forem observadas por todos os indivíduos humanos (ou pelo menos pela maioria).

Daí arremata Bobbio (1991, p. 40) que “o estado de natureza é um estado no qual as leis existem, ou seja, são válidas, mas não são eficazes”, sendo o único caminho possível para dar eficácia às leis naturais a instituição “de um poder tão irresistível que torne desvantajosa a ação contrária”.

Por isso que, da lei fundamental da natureza, Hobbes apresenta uma segunda lei, segundo a qual:

O homem deve concordar com a renúncia de seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa. (HOBBS, 2014, p. 111)

Com essa segunda lei natural, já é aberto o caminho para a instituição desse poder tão irresistível que é o Estado.

A partir dessa segunda lei natural, derivada da lei fundamental, é que se começa a desenhar a instituição do Estado, que nada mais é que o produto da vontade humana, ou seja, uma espécie de “indivíduo artificial”, a fim de deixar o estado de natureza, onde os indivíduos humanos jamais conseguirão atingir a paz com base apenas na razão, dando início ao pacto de união (BOBBIO, 1991, p. 40).

É no decorrer do Capítulo XIV do *Leviatã*, que Hobbes explica que o abandono de direitos pelos indivíduos humanos, fazendo cumprir a segunda lei natural, pode se dar de duas formas: simples renúncia ou transferência para outrem. Em ambas as formas, deve-se agir voluntariamente e esta ação pode ser por palavras, ações ou de ambas as formas, sendo que o motivo pelo qual se transfere ou se renuncia a um direito é a certeza da segurança pessoal e dos meios de preservar sua vida. O meio pelo qual se faz essa transferência mútua de direitos é o pacto.

Assim, por meio de um pacto, os indivíduos humanos renunciam a seus direitos em prol de um terceiro, concordando com a instituição desse poder soberano, conhecido como Estado, com fins à garantia da vida.

A terceira lei natural é justamente a que determina a obediência aos pactos celebrados. Hobbes, no decorrer do *Leviatã*, apresenta outras leis naturais; mas para entender o percurso, o caminho para sair do estado de natureza até a sociedade civil (e conseqüentemente do jusnaturalismo ao positivismo), essas três leis naturais são as mais relevantes.

Esse pacto de união de todos os cidadãos é, então, um acordo de submissão à soberania desse terceiro, que, segundo Bobbio (1991, p. 43), não pode cumprir com sua finalidade se não for irrevogável, absoluto e indivisível.

Na Parte II, que se inicia com o Capítulo XVII, do *Leviatã*, Hobbes chega ao Estado, onde faz um apanhado da construção de sua teoria política, de modo que, reconhecendo os indivíduos humanos a impossibilidade de obter paz e garantia de vida no estado de natureza, visto que embora existam leis naturais, a ausência de instrumentos que obriguem todos a se sujeitarem a elas torna-as ineficientes, e tendo por instrumento a razão, renunciam voluntariamente às suas liberdades em prol de um terceiro, reconhecendo esse terceiro (que pode ser uma única pessoa ou uma assembleia) como soberano e, conseqüentemente, sua condição de súditos. Isso fica explícito quando Hobbes (2014, p. 141-142) escreve que:

Conferir toda força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum, capaz de defender a todos das invasões estrangeiras e das injúrias que uns possam fazer aos outros, garantindo-lhes, assim, segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças ao fruto da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos; [...] Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim *Civitas*). [...] A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, de maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O titular dessa pessoa chama-se de soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos.

Para Hobbes, a passagem do estado de natureza para o estado civil somente pode ocorrer através de um completo abandono daquela condição em favor desta, com a transferência dos direitos naturais para o soberano (BOBBIO, 2000b, p. 191).

Estando os indivíduos humanos inseguros naquela condição que os deixava em permanente estado de guerra de todos contra todos que o estado de natureza propicia é que se deu a busca pela segurança que os motivou a transferirem seus direitos ao soberano e a se reunirem em sociedade civil. Com isso, passou a caber ao soberano estabelecer, por meio dos poderes de que dispõe, as leis civis a que todos estarão sujeitos e subordinados, tonando as leis naturais em leis civis (BOBBIO, 1991, p. 49).

Quando escritas, essas leis produzidas pelo Estado constituem o que se chama, hoje, de direito positivo.

1.2 As normas e o ordenamento jurídico para Norberto Bobbio

Partindo da perspectiva hobbesiana até aqui levantada para estabelecer uma teoria filosófica sobre o surgimento e a formação do Estado, tem-se a passagem do estado de natureza para a sociedade civil e, conseqüentemente, do jusnaturalismo para o positivismo jurídico.

Segundo Bobbio (2006a, p. 119), “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, realiza-se quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”.

Dessarte, tecer considerações sobre filosofia do direito é imprescindível para continuar, por meio de uma reconstrução filosófica, a erigir as bases daquilo a que se propõe esse estudo.

A intenção é colocar o processo penal como regra indispensável do jogo democrático, caminhando com pés fincados na filosofia política e do direito e não do estudo puramente jurídico.

Nessa sessão, na qual serão estudadas as diferenças entre normas e leis, bem como o ordenamento jurídico, é possível estabelecer o foco em Bobbio, cuja produção acadêmica mostra que ele dominava as mais diversas teorias filosóficas, desde a filosofia antiga, dos gregos, até a moderna.

Na filosofia do direito, suas obras mais conhecidas no Brasil, embora não sejam as únicas, são *Teoria da norma jurídica*, *Teoria do ordenamento jurídico* e *O positivismo jurídico*, que, segundo lembra Lafer (2014, p. 10-11), são frutos de três cursos de filosofia do direito ministrados na Universidade de Turim, onde Bobbio foi professor, e é neles que as discussões estarão baseadas.

Alves (2008, p. 9-10) explica que Bobbio se considerava um empirista e, portanto, mantinha-se distante tanto do idealismo quanto do existencialismo, pois defendia uma filosofia que metodologicamente se aproximasse da ciência e se afastasse da metafísica, uma vez que só assim seria possível conceber condições político-culturais para uma sociedade democrática, laica, universal e pautada no que já era conquistado e conhecido pela ciência.

Necessário destacar que, de acordo com Lafer (2014, p. 11-13), nos cursos que resultaram nas obras citadas, Bobbio se inspira em Hans Kelsen⁴ (1881-1973), que lhe era uma referência maior. Como no presente trabalho busca-se colocar em diálogo a filosofia e o processo penal, não apenas como ramo do direito, mas sim como instrumento necessário às democracias, é necessário abordar o tema das normas e do ordenamento jurídico, a fim de jurídico e topograficamente situar o processo penal no campo do direito e, com isso, conseguir chegar no verdadeiro papel do processo penal democrático.

Ainda, é igualmente necessário registrar e advertir que a escolha de, aqui, focar o presente estudo nas lições da filosofia do direito de Bobbio é puramente metodológica no que se refere à definição de um referencial teórico, eis que embora seja ele a referência escolhida para trabalhar a temática da democracia, a presente pesquisa se propõe a, também, sempre que possível, conhecer e difundir o pensamento bobbiano.

Todavia, as lições de Bobbio, embora algumas possam ser ainda atuais, não são isentas de críticas ou todas plenamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, assim como não são as de vários outros teóricos, como o próprio Kelsen, por exemplo.

Feita essa advertência, no que se refere à norma jurídica, segundo Büttenbender (2002, p. 99), tem-se que:

⁴ Jurista e filósofo austríaco, muito conhecido por sua obra *Teoria Pura do Direito*.

O estudo do direito, e mais especificamente dos fenômenos jurídicos, perpassa pelo estudo das normas. Este estudo é fundamental na definição, e na diferenciação dos fenômenos jurídicos e dos não-jurídicos. Para definir o direito é necessário saber o que seja norma e, especialmente, o que seja norma jurídica.

Para Bobbio (2008a, p. 23-26), a vida é um mundo de normas, que constituem verdadeiras regras de conduta, onde as normas jurídicas são uma parte do que ele chama de experiência normativa, estando ao lado das normas religiosas, morais, éticas, costumeiras, dentre outras; tendo elas, todas, a finalidade de influenciar o comportamento humano, individual ou de grupos.

As pessoas se relacionam entre si diariamente, mas esse ato, por si só, não cria entre elas uma relação jurídica. Bobbio (2008a, p. 43) explica que o que torna uma relação como sendo jurídica é o fato de ser ela regulada por uma norma jurídica.

Isto pode ser exemplificado com a relação entre duas pessoas que se reconhecem como namorados e duas pessoas casadas conforme a lei civil. Aquelas não possuem uma relação jurídica entre si, uma vez que tal relação não está regulada por normas jurídicas, embora possa ser esse tipo de relacionamento regulado por normas de natureza moral. Já pessoas casadas possuem um vínculo entre si regulado por normas jurídicas, que estabelece, por exemplo, dentre outras coisas, a forma de partilha de bens em caso de divórcio ou sucessão.

Com inspiração kelseniana, em sua *Teoria della norma giuridica*, resultado de um curso que lecionou no ano acadêmico de 1957-1958 (LAFER, 2014, p. 11), Bobbio (2008a, p. 69) esclarece que se propôs a estudar a norma jurídica apenas em seu aspecto formal, ou seja, sem adentrar em seu conteúdo, mas apenas em sua estrutura.

Assim, todo o estudo da norma jurídica que desenvolve é de matriz estrutural, razão pela qual estrutura a norma jurídica apresentando os critérios de valoração, as formas e funções gramaticais, os critérios de distinção entre normas jurídicas e não jurídicas e a classificação das normas jurídicas.

Não interessa, aqui, enfrentar toda a matriz estrutural da norma jurídica trazida por Bobbio, sendo suficiente a sua conclusão que diferencia a norma jurídica das demais normas “pela sanção, e a sanção jurídica pelos aspectos *exteriores* e de *institucionalização*, do que resulta a definição de norma jurídica como aquela norma ‘cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada’” (BOBBIO, 2014a, p. 42).

O que se quer dizer com essa definição que distingue a norma jurídica de outras normas, como as de natureza moral, por exemplo, é que, embora estas também sejam regras de conduta, a sanção pelo seu descumprimento não se dá obrigatoriamente e com efeitos externos no mundo dos fatos e de forma institucionalizada por um poder maior, no caso, o Estado. Quando um indivíduo descumpre uma norma moral, a sanção, quando existe, pois que não institucionalizada, é subjetiva.

Em oposição a essa ideia, para Reale (2002, p. 93), que defende uma teoria tridimensional do direito e, por isso, é um filósofo de outra escola de filosofia jurídica, essa concepção de norma jurídica é proveniente de Hans Kelsen.

Entende Reale (2002, p. 94) que essa definição estrutural de norma jurídica como sendo aquela que prevê uma sanção abrange apenas algumas categorias de normas jurídicas, havendo outras espécies que também são normas jurídicas, mas não possuem preceito sancionador, como é o caso das normas de organização, que são destinadas aos órgãos do Estado.

Por isso, segundo Reale (2002, p. 95):

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.*

Essa condição das normas não é desprezada por Bobbio, que, em um dos cursos que ministrou enquanto professor de filosofia do direito, denominado *Teoria dell'ordinamento giuridico* – e, como o próprio nome sugere, se dedicou ao estudo do ordenamento jurídico –, assim observou:

Tomemos agora um ordenamento estatal moderno. Em cada nível normativo nós encontramos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas voltadas diretamente para a regulação da conduta das pessoas e normas voltadas para a produção de outras normas. Começemos pela constituição: numa constituição, como a italiana, há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como aquelas que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas há outras normas que regulam o procedimento pelo qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo, e, logo, não estabelecem nada em relação às pessoas, limitando-se a estabelecer o modo pelo qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser editadas. (BOBBIO, 2014a, p. 56-57)

Ora, se antes a conclusão de Bobbio, seguindo os passos de Kelsen, foi de que o critério pelo qual se estabelece uma norma como sendo jurídica é justamente a existência de uma sanção prevista, como pode agora admitir a existência de normas que são jurídicas, mas não possuem sanção?

Castilho (1985, p. 220) destaca que é importante a consideração de Bobbio acerca dessas normas desprovidas de sanções no sentido de que “são jurídicas, desde que façam parte de um complexo em que a maioria das normas sejam sancionadas”. Lembrando que são as normas constitucionais, isto é, as normas hierarquicamente superiores e, por isso, mais importantes dentro de um sistema, que são desprovidas de sanção.

Aqui, é preciso esclarecer que, para Bobbio (2014a, p. 38), não foi possível definir satisfatoriamente o direito sob a perspectiva da norma jurídica, pois, para isso, é necessário que se esteja analisando-o a partir do ordenamento jurídico.

Segundo Bobbio (2014a, p. 35), “as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares entre si” e a esse contexto se dá o nome de ordenamento jurídico.

O objeto a que se dedica Bobbio no estudo do ordenamento jurídico, conforme se extrai de Rosa (2016, s.p.), é apresentar os seus pressupostos de forma que seja “*único, coerente e completo*, capaz de superar todas as antinomias e lacunas verificáveis, sem perder a *autonomia*”.

Considerando que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas, é pressuposto lógico e obrigatório que, para a existência de um ordenamento jurídico, exista mais de uma norma, pois não é possível existir um ordenamento com uma norma apenas (BOBBIO, 2014a, p. 45).

Portanto, em existindo várias normas que compõem um ordenamento jurídico, os problemas conexos surgem da relação dessas normas entre si. Assim, para que se tenha *unidade* em um ordenamento jurídico, o problema a ser discutido é o da *hierarquia* das normas; para que um ordenamento jurídico se constitua num *sistema*, o problema a ser discutido é o das *antinomias jurídicas*; se se pretende ter um *ordenamento jurídico*, o problema a ser superado é o das *lacunas* do direito; e, por fim, considerando existir não apenas um único, mas sim *vários ordenamentos jurídicos*, o problema a ser superado é o do *reenvio* entre ordenamentos. São esses os pontos formais e estruturantes acerca do ordenamento jurídico a que se dedica Bobbio (BOBBIO, 2014a, p. 47-48).

Mais uma vez, para os fins a que se destina a presente pesquisa, em relação às normas jurídicas, não se fez necessário dissecar toda a estrutura do pensamento bobbio sobre a temática, mas apenas fixar a sanção como premissa que define e distingue uma norma jurídica de outras normas. Também aqui, no que se refere ao ordenamento jurídico, este estudo não se aprofundará, por ora, na sua estrutura formal a partir dos problemas propostos por Bobbio em seu curso *Teoria dell'ordinamento giuridico*, constantes do parágrafo anterior, sendo suficiente, apenas, entender o que se está querendo dizer quando se diz "ordenamento jurídico". Portanto, acredita-se que esse objetivo tenha sido satisfatoriamente alcançado.

Importante, por fim, lembrar que lei e norma jurídica não são expressões sinônimas, embora umbilicalmente ligadas. A definição do que constitui uma norma jurídica já foi, aqui, estabelecida, restando apenas determinar o que uma lei pode conter, podendo haver uma ou até várias normas em seu interior. Todavia, vale ressaltar que uma norma não necessariamente constitui uma lei, eis que o que confere esse título à lei, em um sistema constitucional e democrático, é a sua introdução no ordenamento jurídico pelo caminho do devido processo legislativo.

1.3 Bases para uma definição do processo penal

Percorrido todo o percurso até o objeto deste estudo, ou seja, a partir da concepção filosófica de Thomas Hobbes sobre a origem do Estado, e passando pela definição do que se entende por norma jurídica, ordenamento jurídico e lei, chega-se ao processo penal.

Sem examinar ou se pautar especificamente pelos procedimentos previstos por algum determinado sistema processual penal, pois isso, além de constituir uma tarefa difícil sem que se opte por estar diante de um determinado ordenamento jurídico e se o analise a partir de sua norma fundamental, acabar-se-ia direcionando a pesquisa para o campo estrito do direito, que não é o foco deste estudo.

O foco, nesse tópico, é compreender o processo penal a partir de uma epistemologia, isto é, a partir de sua base fundante, a fim de que se consiga definir a verdadeira finalidade e natureza jurídica que, hodiernamente e democraticamente, o circunda.

Sobre a origem do que chamou de juízo criminal, Francesco Carrara (1805-1888), que, assim como a maioria dos teóricos processualistas do século passado, não reconhece a autonomia do processo dentro do ordenamento jurídico e, portanto, também o coloca como uma parte do direito penal, explica:

Logo que o homem concebeu a idéia de que o violador do direito alheio devia encontrar um mal como punição do seu fato, foi logicamente necessário que sem tardança, surgisse o juízo, no seu sentido *objetivo*, isto é, que se executasse aquela operação intelectual com que, estabelecido que alguém violou um direito, daí se extrai a conseqüência do mal que lhe deve irrogar. (CARRARA, 1957, p. 285)

Historicamente, há uma íntima relação e interação entre as penas e o processo penal, pois se concebeu a ideia de que este era um caminho para que se pudesse aplicar aquelas (LOPES JR, 2020, p. 37). É por essa razão que muitos juristas, também denominados de processualistas, entendiam como sendo o processo penal uma parte do direito penal.

De acordo com Bitencourt (2013, p. 72), as diversas fases do que chama de “vingança penal” demonstram que esta “não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um dos seus estágios”. O autor prossegue sustentando que o entendimento mais aceito pelos autores sobre o assunto é uma tríplice divisão que engloba a vingança privada, a vingança divina e, por fim, a vingança pública.

Voltando à abstração de Hobbes sobre a passagem do estado de natureza à sociedade civil e, portanto, pode-se dizer, do direito natural ao direito positivo, a partir do momento em que os indivíduos humanos transferem seus direitos naturais ao soberano, o fazem na certeza de que, com isso, conseguirão alcançar a paz, a segurança e a justiça.

No que se refere à tutela penal dos direitos, para Marques (1997, p. 23), uma vez abolida a vingança privada, o Estado assume o monopólio da sanção penal dada a função pública que é conferida ao direito penal, surgindo, assim, o direito de punir do Estado.

Carrara (1957, p. 285-291) enfrenta a origem da necessidade do que, como já dito, chama de juízo penal, mas que se trata, em verdade, do processo penal, por duas vertentes, quais sejam: uma histórica e outra filosófica. Na vertente histórica, diz ter, primeiramente, sua origem na vingança privada, passando depois pela intervenção religiosa, a qual impunha aos indivíduos humanos a “justiça” em nome de Deus, e esta sendo, num terceiro estágio, superada pela autoridade civil, de onde surgem os reis-juizes, que distribuía a justiça em nome da nação, sob representação do rei, dos nobres ou por todo o povo. Por fim, diante do subjetivismo que resultava em arbitrariedade, cria-se a figura da magistratura, na qual os escolhidos para exercerem a função de juiz deveriam agir em respeito a ordenações processuais limitativas.

Já sob a perspectiva da filosofia, Carrara (1957, p. 292-293) traz duas formas de explicar a existência do juízo penal, sendo uma delas objetiva e outra subjetiva. No sentido objetivo, o juízo penal existe em razão da pena e, de outra banda, no sentido subjetivo, sua existência se dá pelo método racional de descoberta da verdade.

Como se pode notar, no que se refere à alegada origem histórica, não há questões de maior relevância a serem destacadas ou objeto de melhor análise, pois ela é dividida em fases que demonstram, ao que parece, um progresso racional da humanidade, partindo da vingança privada, na qual não se pode concluir que existe alguma justiça na retribuição do comportamento mau, pois sujeito a ser decidida, por exemplo, por questões como a força física, a astúcia ou até mesmo a sorte das partes, até chegar à assunção pelo Estado da exclusividade do poder punitivo.

A mesma circunstância não se pode dizer da perspectiva filosófica, pois esta justifica a razão de existir do processo penal pela existência da pena ou pela necessidade de se conhecer a verdade. Aqui, na perspectiva filosófica, algumas considerações merecem ser tecidas sobre ambas as razões.

No que se refere à pena, Lopes Jr. (2012, p. 64-65) lembra que a prisão, por muito tempo na história, não era considerada uma pena, mas sim custódia, pois as penas eram corporais, cuja máxima era a pena capital, tendo sido a partir do fim do século XVIII que a privação de liberdade passou a ser a principal das penas e foi progressivamente substituindo as demais.

Ocorre que, justificar a existência do processo penal em razão da pena, isto é, da necessidade de se apenar, importa em reconhecer que sua finalidade é chegar na pena e que “o processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena” (LOPES JR., 2018, p. 51), pois a norma penal (e a consequente imposição da pena) não pode ser aplicada de imediato quando da ocorrência de um fato criminoso em razão da inexistência de coerção direta (LOPES JR., 2018, p. 52).

Com isso, de acordo com Lopes Jr. (2018, p. 53):

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito pena e processo, de modo que são complementares. *Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.*

Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois *o processo penal é caminho necessário para a pena.*

De outra banda, a justificação da existência do processo penal em razão da necessidade de se determinar um método racional de descoberta da verdade, além de se tratar de tema espinhoso, que, mesmo com as diversas já existentes, pode facilmente resultar em inúmeras outras dissertações e teses, é tão sensível que, até hoje, divide opiniões de juristas e filósofos, a começar pela tentativa de se responder à seguinte pergunta: o que é e qual verdade se busca descobrir?

A colocação da busca da verdade no centro da necessidade de se ter um processo penal ganha destaque no seio da Santa Inquisição, quando da vigência do processo inquisitório, cuja estrutura, segundo Lopes Jr (2018, p. 186), foi habilmente erigida com base em conceitos falaciosos como o da “verdade real ou absoluta”, e, para se encontrá-la, era possível lançar mão de instrumentos como a tortura para a obtenção da confissão, que era tida como a “rainha das provas”.

Bretas (2017, p. 31) explica que, nesse período, vigorou uma “caça às bruxas”. Nesse mesmo sentido, Coutinho (2018, p. 37) esclarece que a estrutura do sistema inquisitório, a despeito de ter sua origem na Igreja, é diabólica, constituindo o maior engenho jurídico que o mundo jurídico não apenas conheceu, como ainda conhece.

Ao se analisar a razão de existir do processo penal a partir da necessidade de se descobrir a verdade, constitui fruto de um raciocínio lógico considerar que a pena em si, embora não mais objeto central do estudo, fica relegada a um segundo plano, pois uma vez alcançado o objetivo, qual seja, a verdade, se provada a autoria e a culpabilidade, a pena torna-se apenas a sua consequência final.

O problema de aceitar a razão de existir do processo penal como sendo a necessidade da descoberta da verdade, ainda que por meios racionais, é que, conforme reconhece Carnelutti (1998, p. 606-607):

[...] a coisa é uma parte; ela **é** e **não é**; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não ser. Mas para reconhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente, da parte, necessita-se conhecer, tanto a sua cara, quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa, ensinava FRANCESCO, porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é necessário conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer toda as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no **todo**, não na **parte**; e o todo é demais para nós.

Essa questão da verdade ainda é tão presente que, em razão de ser o Código de Processo Penal brasileiro (1941) muito influenciado pelo *Codice Rocco* italiano de 1930, o qual era regido pelo Sistema Inquisitivo (COUTINHO, 2018, p. 138), muitos juristas – sobretudo no Poder Judiciário – ainda defendem essa crença de ser o processo penal instrumento para a descoberta e revelação da “verdade real”, como se houvesse uma “verdade irreal”.

Conquanto muitos juristas, talvez em razão daquilo que Coutinho (2019, p. 162) alerta como sendo a dificuldade que possuem de perceberem a “importância dos estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares”, ainda insistam em aceitar e difundir essas ultrapassadas posições acerca da filosofia por trás da natureza jurídica e finalidade do processo penal e, com isso, alguns o definem como instrumento para aplicação da pena (direito material), outros para a busca tal “verdade real”, acredita-se que essas concepções não atendem ao avanço das sociedades democráticas, principalmente no que se refere à necessidade de resguardar direitos e garantias fundamentais já reconhecidos dos indivíduos humanos.

A liberdade, ao lado da vida, embora não seja absoluta, trata-se de direito natural de todos os indivíduos humanos e, mesmo tendo eles acordado em renunciá-la, na plenitude de que dispunham, em prol de um poder soberano que, segundo Hobbes, lhes conferisse segurança, não pode alguém ser dela privado

em relação ao seu direito de ir e vir senão nos casos estritamente previstos nos ordenamentos jurídicos democráticos.

Não é à toa que, tanto a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, fruto da Revolução Francesa, quanto a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, fruto da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, estabelecem a liberdade como direito de todos os homens e que só pode ser alguém privado dela nos casos previstos na lei.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, estabelecida pelo consenso entre as nações após a Segunda Guerra Mundial, vai além e estabelece, em seu artigo 11, item 1, que todo ser humano, quando acusado de um delito, tem o direito de ser presumidamente inocente enquanto não tenha sido provada a sua culpa, que se fará a sua defesa de acordo com a lei, em julgamento público, assegurando-lhe todas as garantias.

No mesmo sentido, tem-se o *Pacto de Direitos Civis e Políticos*, de 1966, e a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Considerando que o instrumento pelo qual o Estado, por meio de lei ou conjunto de normas jurídicas, pode levar a julgamento aquele que é acusado da prática de um fato definido como crime é o processo penal, pode-se dizer, então, que se está diante de um instrumento do direito que resguarda os direitos e garantias do indivíduo humano.

Assim, segundo o moderno entendimento de alguns processualistas penais, tem-se que:

O **Processo Penal**, ramo do direito público, é o conjunto de intervenções ordenadas e pré-constituídas a partir das bases constitucionais-convencionais do denominado *devido processo legal* – que aqui também se apresentará como *devido processo constitucional-convencional* – e se desenvolve amparado na proteção da dignidade da pessoa humana e destinado à preservação da liberdade justa, que virá a ser eventualmente limitada com obediência à legalidade estrita da norma de direito material. (CHOUKR, 2017, p. 21)

A definição acima transcrita vem ao encontro do que aqui defendemos, isto é, de que o processo penal, antes de ser um meio pelo qual o Estado exerce seu direito subjetivo de punir ou pelo qual se busca revelar uma pretensa “verdade real”, deve ser garantidor máximo da liberdade e dos direitos e garantias fundamentais.

Espera-se que tenha sido possível, até aqui, estabelecer uma definição satisfatória que torne possível tanto a compreensão acerca da origem histórica e filosófica do processo penal quanto da introdução necessária da moderna concepção que o eleva a um outro patamar e que será objeto de maior aprofundamento no terceiro capítulo, depois do estabelecimento do que se entende por democracia, e o que Bobbio, ao discorrer sobre a democracia, espera dela.

CAPÍTULO 2

DEMOCRACIA

Este segundo capítulo terá como objeto o estudo da democracia segundo a concepção de Norberto Bobbio.

Como lembra Lafer (2013, p. 233), existem temas que são recorrentes para quem se dedica ao estudo de Bobbio, sendo a democracia um deles. A democracia é, ao lado da paz e dos direitos do indivíduo humano, objeto de intensa dedicação durante praticamente toda a vida de Bobbio, que viveu intensamente tanto a ditadura fascista de Mussolini quanto os problemas deixados na Europa e no mundo após o fim da Segunda Guerra Mundial e, por isso, defendia que somente através da democracia poder-se-ia restabelecer as liberdades, em especial do povo italiano (BOBBIO, 2017a, p. 9).

A esse período Bobbio chama de “descoberta da democracia”, pois até então o autor era um democrático e pacifista militante que partia do que dizia ser um estado de total ignorância política deixada pelo fascismo.

Em sua autobiografia, Bobbio (1998a, p. 80) escreve que deu início aos estudos de história do pensamento político provocado por Carlo Cattaneo⁵ (1801-1869), uma vez que, por ocasião de seu casamento, Gioele Solari⁶ (1872-1952) lhe presentou com o título que quisesse escolher de sua biblioteca particular, tendo escolhido os sete volumes da obra de Cattaneo, que foram objeto de intensa leitura enquanto as bibliotecas, por conta da ocupação alemã, estavam totalmente fechadas ou semifechadas. Naquela época, Bobbio acreditava que a Itália nunca fora, de fato, uma democracia e dela tinha “uma concepção ética, fundada no reconhecimento do homem como pessoa” (BOBBIO, 1998a, p. 81).

Bobbio (1998a, p. 82) ainda conta que depois, muito inspirado em Kelsen, se aproximou de uma concepção processual da democracia, caracterizada como “as regras que possibilitam a livre e pacífica convivência dos indivíduos numa sociedade”. Finaliza, na mesma passagem, apontando que também via a

⁵ Filósofo e escritor italiano.

⁶ Filósofo e jurista italiano.

democracia como “a forma de governo que, melhor do que qualquer outra, possibilita o desenvolvimento autônomo da pessoa humana”.

Todavia, foi por ocasião de uma viagem que fizera à Inglaterra, até então conhecida como berço da democracia, que Bobbio pôde vivenciar o que era um Estado democrático e o funcionamento das instituições democráticas, de onde trouxe a conclusão da importância de os partidos políticos garantirem um Estado forte e sem os perigos das ditaduras (BOBBIO, 1998a, p. 83-84).

Não se pretende ter a audácia de querer esgotar essa temática neste trabalho, e sim apenas lançar algumas luzes para entender o que o filósofo italiano pensa sobre a democracia e como ela deveria ser, com ênfase nos temas que são importantes para alcançar o objetivo desta pesquisa.

Norberto Bobbio, conforme asseverado acima, se dedicou vivamente à democracia, sendo suas lições sobre ela e sobre a vida democrática tão contemporâneas a ponto de, embora seus escritos estejam com olhos voltados ao seu tempo e àquilo que viveu, parecer estar ele vivendo e se manifestando sobre o tempo presente e os atuais dilemas democráticos.

2.1 A democracia dos antigos e a democracia dos modernos

Embora se possa dizer que a democracia, enquanto modelo político, tem sua origem na Grécia antiga, a forma como foi concebida na modernidade e é conhecida atualmente é bem diferente daquela que era vivenciada pelos povos antigos. Enquanto a democracia dos antigos era exercida de forma direta, os povos modernos a exercem por representação (BOBBIO, 2003, p. 245).

Pode parecer clichê, mas, ao se ter como objetivo o estudo da democracia, julga-se que o primeiro passo é a sua compreensão histórica e etimológica, pois que, a partir disso, acredita-se, que poderá ser mais bem compreendida sua verdadeira essência, desde a sua concepção e, por conseguinte, as transformações sofridas ao longo da evolução das sociedades, até chegar na forma como é conhecida hoje.

Isso se faz necessário porque, segundo Silva Filho (2014, p. 26):

Entendendo a democracia como um conceito que expressa, prioritariamente, uma forma de governo, portanto voltado essencialmente ao mundo da política, este navegou ao sabor das conveniências de épocas, atendeu a grupos de interesses e a segmentos ideológicos. Nesse sentido, a palavra democracia, em cada contexto, adquiriu na sua semântica, um vasto universo polissêmico. Por isso, faz-se necessário buscar na fonte as razões filosóficas, sociológicas e políticas que contribuíram para a formação desta palavra – cuja aplicação ao mundo real provocou, e ainda provoca, tantas inquietações nas várias experiências da sociabilidade humana.

De acordo com Pierini (2008, p. 126-127), quando se menciona “democracia dos antigos”, o que se tem é o sistema de governo da Grécia antiga, mais precisamente no período de VI a V a.C., pois se trata de uma época em que os gregos (especialmente em Atenas), diferentemente dos outros povos, buscavam as respostas de seus problemas políticos na razão, e não em Deus, o que motivou intensos debates acerca da conduta dos indivíduos nas relações políticas com o Estado.

Não por acaso que a palavra democracia é de origem grega e constitui a junção de duas expressões: *demos* e *kratos*, em que aquela significa “povo” e esta, “poder”. Assim, segundo Bobbio (2000a, p. 372), “democracia significa o que a palavra designa literalmente: poder do *démos*”.

Por “poder do *demos*” ou, mais precisamente, “poder do povo”, quer-se dizer que a democracia dos antigos, especificamente dos atenienses, enquanto forma de governo, importava na tomada de decisões pelo povo, em praça pública, onde o poder político não apenas estava a seu serviço, mas era por ele conduzido (SILVA FILHO, 2014, p. 29).

É por isso que Bobbio (2000a, p. 372) assevera que, para os antigos, a imagem da democracia era a de uma praça ou de uma assembleia, onde os cidadãos eram chamados a decidir nas questões políticas que lhes diziam respeito. A esse modelo de governo democrático se dá o nome de democracia direta, pois as decisões eram diretamente tomadas pelos cidadãos, sem intermediários (representantes).

Nessa imagem descrita por Bobbio do que os antigos entendiam por democracia, surge um outro componente importante, na medida em que, por ser ele o detentor do poder de decidir, merece ser objeto de análise, qual seja: o cidadão.

Para Aristóteles (2006, p. 41), enquanto totalidade, o Estado é composto de várias partes, que ele chama de universalidade dos cidadãos. Por cidadão, ele entende como aquele que tem “o direito de votar nas Assembleias e de participação no exercício do poder público em sua pátria” (ARISTÓTELES, 2006, p. 42).

Explica Cabral Neto (1997, p. 288) que “a condição de cidadania em Atenas, todavia, era adquirida apenas por pessoas do sexo masculino, com mais de dezoito anos de idade, filhas de pai e mãe atenienses”. Portanto, tem-se que:

A democracia ateniense foi, dessa forma, marcada por fortes elementos de exclusão, na medida em que não se estendia a toda população. Dela foram excluídos os metecos – estrangeiros domiciliados em Atenas, na sua grande maioria gregos de outras regiões – que, mesmo estando obrigados a pagar impostos e a prestar o serviço militar, tinham vedada a participação em cargos públicos por não pertencerem à demos. Foram igualmente excluídos os escravos, que constituíam a grande parte da população, as mulheres e os jovens com idade inferior a dezoito anos. (CABRAL NETO, 1997, p. 288-299)

Como se nota, a ideia de democracia enquanto “poder do povo” não refletia, verdadeiramente, que todo o povo detinha o direito de participar das decisões, pois o critério de cidadania ainda era muito restrito. Contudo, não se pode deixar de lado o fato de que a democracia ateniense proporcionava o convívio, lado a lado, de camponeses, comerciantes e artesãos, todos de baixa instrução, com as classes mais elevadas e instruídas (CABRAL NETO, 1997, p. 290).

Também, ao fazer com que os homens se submetessem à lei, os gregos deixaram um legado político ao Ocidente, pois todos eram vistos, perante ela, como iguais, sendo que, na visão grega da relação entre estado e sociedade, “o

indivíduo era valorizado pelo que ele representava para a comunidade [...]” (PIERINI, 2008, p. 127).

No entanto, para Silva Filho (2014, p. 32), “as novas concepções de cidadania não significaram uma eliminação das desigualdades sociais. Pelo contrário, o prestígio com base no acúmulo de riquezas e a discriminação dos excluídos continuaram marcantes na sociedade grega”.

Nesse sentido, “a democracia que assegurava, no plano formal, a igualdade política a todos os cidadãos, no plano real convivia com uma desigualdade material, o que, certamente expressava o caráter limitativo da participação política” (CABRAL NETO, 1997, p. 290).

É preciso dizer que a democracia direta, naquela época, seguramente era possível em razão de que, apesar de ser Atenas uma cidade-Estado, tinha características diminutas “e por possuir um território pequeno estabelecia-se facilmente a reunião de pessoas da *polis* para discutir os problemas políticos existentes” (PIERINI, 2008, p. 128).

Corroborando isso, Bobbio (2000a, p. 376) assinala que, para Rousseau, “uma das razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais existiu, e jamais existirá, era que ela exige um Estado muito pequeno”.

Por sua vez, a democracia dos modernos, diferentemente da forma direta dos antigos, é exercida por representação. Se, conforme discorreu-se anteriormente, Bobbio descreve que a imagem da democracia para os antigos era a de uma praça ou assembleia, para os modernos é o dia das eleições, com filas para o depósito dos votos na urna (BOBBIO, 2000a, p. 371).

O voto, no caso da democracia dos modernos, não serve para decidir, mas para escolher, elegendo quem deverá decidir, constituindo esse método de escolha dos líderes o elemento essencial da democracia real para Kelsen, que é um dos maiores teóricos da democracia moderna (BOBBIO, 2000a, p. 372) e em quem, de fato, Bobbio se inspira.

Praticamente não há relação entre o conceito de democracia dos antigos e o que acabou se firmando entre os modernos, especialmente no final do século XIX, pois, para os gregos, a democracia era a condição que os colocava em relação direta com a *polis* (BEÇAK, 2013, p. 07), ao passo que a democracia dos

modernos se assenta numa concepção individualista da sociedade, fundada nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inexistia na antiguidade (BOBBIO, 2000a, p. 380).

No pensamento grego, a constatação era de que a democracia partia da ideia de que, para se ter a melhor forma de governo, devia-se começar reconhecendo a igualdade de natureza ou de nascimento de todos os homens (*isogonía*), tornando-os dignos de governar (BOBBIO, 2000a, p. 378).

Esse pensamento, de acordo com Silva Filho (2014, p. 30), era revolucionário para aquela época, até porque se atribuía aos deuses a responsabilidade pelos acontecimentos que, para eles, eram inexplicáveis.

Mesmo assim, o juízo de valor que faziam da democracia direta era negativo, sendo ela considerada por Aristóteles um mau governo e em nada melhor que a tirania (BOBBIO, 2000a, p. 375).

Ainda nesse sentido, para Bobbio (2000a, p. 375):

[...] no tradicional debate sobre a melhor forma de governo, a democracia foi quase sempre colocada em último lugar, exatamente em razão da sua natureza de poder dirigido pelo povo ou pela massa, ao qual foram habitualmente atribuídos os piores vícios da licenciosidade, do desregramento, da ignorância, da incompetência, da insensatez, da agressividade, da intolerância.

Em sentido contrário, para os modernos, a democracia possui uma aceção muito positiva, fazendo com que, para se ter uma noção, até mesmo os regimes autoritários queiram se vincular ao ideário democrático (BOBBIO, 2003, p. 248).

Sobre esse antagonismo entre as conotações negativa e positiva que os antigos e os modernos possuem da democracia, Bobbio (2003, p. 249) explica que:

Das duas diferenças entre a democracia moderna e a antiga, a primeira foi produto natural de condições históricas cambiantes; a segunda, por outro lado, resultou de uma diferente concepção moral do mundo. A mudança da democracia direta para a representativa decorreu de uma questão *de fato*; a modificação da opinião sobre a democracia como forma de governo implica um assunto de princípio. A mutação histórica consistiu na passagem da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais.

Todavia, apesar da consolidação da democracia representativa nos Estados modernos, a ideia da democracia direta ainda persiste, mesmo que por vias secundárias (BOBBIO, 2014a, p. 154).

2.2 Democracia direta e democracia representativa

Acreditar que a democracia é uma forma de autogoverno do povo é um mito desmentido de forma contínua pela história, mas nem por isso é correto deixar de acreditar na sua possibilidade de existência (BOBBIO, 2014b, p. 23).

Embora alguns grupos mais radicais jamais tenham deixado de defender a democracia direta como única e verdadeira democracia que representa o governo do povo, é no período que antecede a Primeira Guerra Mundial e com o desenvolvimento dos principais países europeus, todos com afirmações representativas, que a democracia representativa tem seu lugar na história (BOBBIO, 2014a, p. 152-154).

Acerca do significado da expressão “democracia representativa”, Bobbio (2017a, p. 73) é enfático ao afirmar que ela, genericamente, quer dizer que as deliberações coletivas, ou seja, as decisões acerca de assuntos de interesse da coletividade, serão tomadas pelas pessoas eleitas para tal fim, e não diretamente pelas pessoas que a formam.

Por sua vez, no que se refere à democracia direta, tal qual a democracia dos antigos, ela se refere, genericamente, a toda forma de participação dos cidadãos no poder, sem qualquer intermediário que exerça representação (BOBBIO, 2014a, p. 154).

Na distinção entre a democracia dos antigos e a dos modernos, e, conseqüentemente, entre a democracia direta e a representativa, como é possível notar, o tema do poder é algo que sempre gravita em torno de ambas.

Estabelecida essa distinção, a partir dos significados de cada uma das formas de democracia, o Bobbio estabelece que, se se reconhecer a definição de democracia como governo do povo, a democracia perfeita, ideal, certamente é a democracia direta (BOBBIO, 1983, p. 58), mas não há como concebê-la nos Estados modernos, dada a dificuldade de operacionalizá-la, especialmente em razão do tamanho deles, o que levou a sua substituição pela democracia representativa (BOBBIO, 2000a, p. 376).

Acerca da democracia representativa, que tem sua origem no pensamento dos escritores liberais do século XIX (BOBBIO, 1998b, p. 323), para Bobbio (2017a, p. 75), é importante que em sua nomenclatura se dê atenção tanto ao adjetivo quanto ao substantivo.

Com isso, o que se quer dizer é que, quanto ao substantivo, o regime só é democrático se reconhecido o preenchimento dos requisitos que integram o que a filosofia política bobbiana chama de “definição mínima da democracia”, que nada mais é do que “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” (BOBBIO, 2017a, p. 27).

Por sua vez, em relação ao adjetivo, Bobbio (2003, p. 291) explica que:

[...] uma democracia é representativa porque, de um lado, conta com um órgão cujas decisões colegiadas são tomadas pelos representantes, e também, por outro, porque esses mesmos representantes refletem os diversos grupos de opinião ou de interesses que se formam no interior da sociedade.

Aqui, é possível perceber que, no Estado representativo, há uma diferença entre representação e representatividade.

O desenvolvimento dos regimes representativos nas democracias, segundo Bobbio (1998b, p. 324), aconteceu, em linhas gerais, em duas direções:

a) no alargamento gradual do direito do voto, que inicialmente era restrito a uma exígua parte dos cidadãos com base em critérios fundados sobre o censo, a cultura e o sexo e que depois se foi estendendo, dentro de uma evolução constante, gradual e geral, para todos os cidadãos de ambos os sexos que atingiram um certo limite de idade (sufrágio universal); b) na multiplicação dos órgãos representativos (isto é, dos órgãos compostos de representantes eleitos), que num primeiro tempo se limitaram a uma das duas assembleias legislativas, e depois se estenderam, aos poucos, à outra assembleia, aos órgãos do poder local, ou, na passagem da monarquia para a república, ao chefe de Estado.

Sobre a representação, Bobbio (2017a, p. 76) esclarece que há dois temas que são objeto de debate, sendo o primeiro acerca dos poderes do representante e o segundo sobre o conteúdo da representação.

No que se refere aos poderes, eles podem ser delegados ou fiduciários, sendo estes concedidos com liberdade para agir em nome e por conta dos representados, sem vínculo de mandato e, portanto, sem mandato imperativo, e aqueles concedidos por delegação, com mandato limitado e revogável, ou seja, com mandato imperativo (BOBBIO, 2017a, p. 76).

Quanto ao conteúdo, a representação pode se dar em razão de interesses gerais dos cidadãos, não havendo a exigência de que o representante pertença à mesma categoria dos representados, ou em razão de interesses particulares, em que geralmente há a exigência de que os representantes pertençam à mesma categoria dos representados (BOBBIO, 2017a, p. 77).

As duas formas de representação podem, de acordo com Bobbio (2017a, p. 78), existir juntas nos Estados democráticos, mas a democracia representativa, por força do princípio da proibição do mandato imperativo, é caracterizada pela existência de poderes concedidos fiduciariamente e em razão de interesses gerais.

Essa observação é importante porque quando se tem nos Estados modernos a exigência por mais democracia, resta a constatação de que há uma cobrança para que a democracia representativa seja acompanhada ou até mesmo substituída pela democracia direta (BOBBIO, 2017a, p. 69).

Essa constatação pode conduzir à ideia de que ambas as formas são antagônicas, excludentes e alternativas, mas Bobbio (2017a, p. 75) lembra “que nem toda crítica à democracia representativa leva diretamente à democracia direta” e que pode perfeitamente existir um sistema de democracia integral, na qual tanto a forma direta quanto a forma representativa podem coexistir e reciprocamente se integrarem, respeitando as diversas situações em que se deve aplicar cada uma delas (BOBBIO, 2017a, p. 87).

Diferentemente do que se pensa, desde a universalização do sufrágio nos Estados democráticos modernos, a busca pelo desenvolvimento e o alargamento da democracia se dá em outros setores da sociedade que não aqueles estritamente políticos, como é o caso, por exemplo, dos conselhos (BOBBIO, 1983, p. 103).

Para Bobbio (2001, p. 25):

A nossa democracia não é mais aquela do século passado, que se contentava com o sufrágio universal, o qual é um expediente da democracia, e não a sua essência. Hoje sabemos que a democracia progride não tanto em proporção à extensão meramente quantitativa do sufrágio, mas proporcionalmente à multiplicação das instituições de autogoverno.

Por isso, quando se exige mais democracia, o que se quer com isso dizer é que os espaços de exercício da democracia pelos cidadãos devem ser alargados de tal modo que conduzam da democratização do Estado para a democratização da sociedade (BOBBIO, 2017a, p. 91), sendo insensata qualquer tentativa de colocar a democracia direta como regra, pois isso, além de indesejável no que se refere ao desenvolvimento da humanidade, acaba sendo materialmente impossível (BOBBIO, 2017a, p. 71).

2.3 Democracia formal e democracia substancial

Toda a teoria política de Norberto Bobbio acerca da democracia está igualmente calcada numa concepção processual da democracia, na qual se faz necessária a existência de “regras do jogo democrático”. Para o autor:

A democracia diferencia-se de outras formas de governo pelas regras que presidem à “escolha dos líderes”, que consiste na eleição periódica, e não na sucessão hereditária ou na cooptação, e por aquelas outras regras que estabelecem o modo de tomar as decisões coletivas, das quais a principal é o princípio da maioria. (BOBBIO, 2000a, p. 426)

Essas “regras do jogo democrático”, que Bobbio também chama de “universais processuais”, não apenas servem para caracterizar a democracia, mas sobretudo são, de acordo com Tosi (2017, p. 65), “um conjunto de valores fundamentais sem os quais o jogo não poderia nem começar”. As regras do jogo estabelecidas pelo autor são:

- 1) todos os cidadãos que tenham alcançado a maioridade etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programa distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições. (BOBBIO, 2000a, p. 427)

Tais regras “estabelecem *como* se deve chegar à decisão política e não o *que* decidir” (BOBBIO, 1998b, p. 327) e não se prestam apenas ao modelo representativo de democracia, mas à democracia em seu gênero (BOBBIO, 1983, p. 101).

Entretanto, Bobbio (1998b, p. 327) reconhece que dificilmente algum Estado tenha na história conseguido cumprir com todas essas regras, mas nem por isso tais Estados deixaram de ser considerados como democracias, havendo

apenas que se falar em regimes mais ou menos democráticos, com a ressalva de que, se nenhuma dessas regras for observada, aí sim, se estará diante de um regime que não é – e nem pode ser considerado – democrático.

Tais regras se caracterizam como sendo de natureza formal e possuem o condão de propor um conceito mais restrito de democracia, que será sempre melhor do que, por exemplo, a vaga definição de governo do povo (BOBBIO, 2000a, p. 427).

No entanto, o significado até então atribuído à democracia não pode ser considerado suficiente, tão somente, pelas respostas que se dão aos questionamentos sobre “quem governa” e “como governa”, mas é preciso também reconhecer que a política moderna impõe à democracia um significado não apenas formal quanto aos seus fins, mas também substancial em relação aos seus valores (BOBBIO, 2014a, p. 157). Surge assim a dualidade entre democracia formal e democracia substancial.

Partindo das “regras do jogo” anteriormente numeradas e apresentadas por Bobbio como sendo constitutivas de uma definição formal de democracia, conclui-se que a democracia formal, enquanto relacionada aos seus fins, estabelece uma igualdade jurídica entre os cidadãos.

De outro lado, conteudisticamente, a democracia substancial, enquanto relacionada com os valores democráticos, pretende que essa igualdade não se limite a ser apenas jurídica, mas que todos sejam iguais social e economicamente.

Nesse sentido:

[...] é necessário reconhecer que nas duas expressões “Democracia formal” e “Democracia substancial”, o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independente dos meios adotados para os alcançar. (BOBBIO, 1998b p. 329)

Como é possível perceber, aqui é o princípio da igualdade que é adotado para distinguir a democracia quanto as suas naturezas formal e substancial, ou seja, em relação aos seus fins e, também, seus valores (BOBBIO, 2014a, p. 157).

Para Bobbio (2014b, p. 38-39), no regime democrático, a igualdade não pode ser considerada o ponto de partida, mas o ponto de chegada, pois não basta que os indivíduos humanos sejam considerados iguais, mas sim que eles sejam efetivamente iguais, razão pela qual se pode, agora, definir a democracia não apenas em relação aos seus meios, mas também em relação ao seu fim, que é garantir essa igualdade.

Diante disso, Bobbio (1998b, p. 329) sugere um consenso de que a democracia perfeita ainda não foi idealizada e é, por isso, utópica, uma vez que deveria ser aquela que é simultaneamente formal e substancial.

2.4 Democracia e poder

Compreender o que é o poder e quais são seus limites num Estado democrático é o ponto de ligação entre os dois temas que formam a presente pesquisa, isto é, entre o processo penal enquanto ramo do direito e as democracias contemporâneas.

Conforme já adiantado, tanto a democracia direta quanto a democracia representativa têm em comum a problemática do poder, que, segundo Bobbio (1983, p. 76), quando incontrolado, pode degenerar.

Não à toa que Bobbio (2017a, p. 35) coloca a democracia como sendo uma forma de governo contraposta a todas as demais formas autoritárias. Nesse sentido:

Aquilo que hoje chamamos democracia, em oposição aos governos autoritários, às ditaduras, aos Estados totalitários, não é uma meta, é uma via, uma via da qual talvez estejamos apenas no início, não obstante tenha sido tentada pela primeira vez há muitos séculos, tentada mil vezes e interrompida. (BOBBIO, 2000a, p. 425)

O fluxo do poder político só pode ter duas vias: ou é descendente ou é ascendente (BOBBIO, 2017a, p. 89). Segundo Bobbio (1983, p. 79-80), o que difere a democracia da autocracia é a contraposição entre a origem do poder, que na democracia vem de baixo e na autocracia, a partir do alto.

Conforme já trazido anteriormente, embora a democracia direta seja para Bobbio o modelo ideal de democracia, mas utópico diante principalmente da extensão territorial dos Estados modernos, é certo que é o modelo representativo que predomina entre as democracias contemporâneas.

Partindo da premissa estabelecida pela filosofia bobbiana, aqui já apresentada, de que a democracia representativa tem sua origem no pensamento dos escritores liberais, é importante esclarecer que “por ‘liberalismo’ entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas” (BOBBIO, 2017b, p. 39).

O Estado liberal é justificado em duas frentes: historicamente, como nascido do desgaste do poder absoluto do rei; e racionalmente, como advindo de um acordo firmado entre homens livres que buscavam conviver de forma pacífica e duradoura (BOBBIO, 2017b, p. 44).

Bobbio (2000a, p. 103-104) lembra que Montesquieu⁷ (1689-1755) já tinha se debruçado com alguma preocupação sobre a liberdade e a necessidade de limites ao poder estatal.

Na dicotomia entre “poder” e “liberdade”, Bobbio (1983, p. 81) ensina que aquele está diretamente ligado a este, pois não há como existir poder sem liberdade e, quanto mais liberdade se tem, mais poder se terá.

No aspecto político, a palavra “liberdade” possui dois significados predominantes, sendo o primeiro a opção de cumprir ou não determinadas ações, inexistindo interferências de outras pessoas, da sociedade ou até mesmo do poder estatal, e o segundo, o poder de obedecer ou não quaisquer outras normas que não sejam aquelas que o indivíduo impõe a si mesmo (BOBBIO, 2000a, p. 101).

⁷ Filósofo, político e escritor francês, é famoso por sua teoria que propõe a separação dos poderes.

Outrossim, perante a teoria do direito, o termo “liberdade” possui dois significados, que orbitam na esfera antagônica do permitido e do proibido, “donde se diz que ‘tudo aquilo que não é permitido é obrigatório’, e inversamente ‘tudo aquilo que não é obrigatório é permitido’” (BOBBIO, 2000a, p. 102).

Portanto, tendo em vista essa estreita e umbilical ligação existente entre liberdade e poder, a defesa do regime democrático em relação aos demais regimes se dá na filosofia política bobbiana em três perspectivas, sendo elas: ética, política e utilitarista.

O autor explica essas três perspectivas da seguinte forma:

A perspectiva ética é aquela que pode ser identificada na famosa definição rousseauiana de liberdade, segundo a qual liberdade é “a obediência às leis que cada um se determinou”. [...] Em relação à perspectiva política, a razão da preferência pela democracia reside no fato de ser ela o principal remédio contra o abuso de poder. Que quem detém o poder político – que é o máximo poder que um homem, ou um grupo, pode dispor em determinada sociedade – tenha tendência a dele abusar, é uma regra que a história pontual vem confirmando. [...] Uma máxima tão comprovada que toda a história da filosofia política pode ser considerada uma longa, contínua e atormentada reflexão sobre um tema: como limitar o poder? Uma das formas (não a única) é o controle popular que o método democrático permite pôr em prática. [...] De acordo com a terceira perspectiva, que chamei “utilitária”, a democracia seria preferível à autocracia porque se acredita que os melhores intérpretes do interesse coletivo são os próprios interessados. *Vox Populi vox dei*. (BOBBIO, 1983, p. 84-85)

Na democracia contemporânea, o abuso de poder é combatido pelo Estado em duas frentes que caminham juntas, sendo uma delas em relação ao poder de baixo contra o que vem de cima e a outra com o poder distribuído em detrimento do poder concentrado (BOBBIO, 2017a, p. 99).

Em razão disso, Bobbio (1983, p. 64) diz que a democracia é subversiva no sentido mais radical que se possa atribuir ao termo, pois ao chegar aonde antes não existia, subverte a concepção tradicional e naturalizada de poder, fazendo com que o poder passe do alto para baixo.

2.5 A democracia e o poder invisível

O problema daquilo que Norberto Bobbio chama de “poder invisível” também está atrelado ao tema do poder e, por isso, até poderia ter sido igualmente abordado no tópico anterior. Porém, como isso se trata de uma preocupação específica do autor, decidiu-se pela abertura deste novo tópico. Ressalta-se que o objetivo aqui não é aprofundar esta temática, mas apenas apontar a importância e a necessidade de se observar o princípio da publicidade na democracia, pois também tem ela alguma ligação com o tema do processo penal.

Em sendo a democracia definida como poder do povo, é coerente que Bobbio (2015, p. 29) a descreva como sendo idealmente uma forma de governo em que os atos se desenvolvem publicamente e sob o controle da opinião pública, sendo esse, inclusive, mais um ponto que a define como contraposição a qualquer forma de autoritarismo.

Assim, Bobbio (2000a, p. 387) esclarece que na substituição da democracia direta pela democracia representativa não se tem mais a praça onde as decisões coletivas eram publicamente tomadas. Entretanto, persiste a exigência de se assegurar a visibilidade do poder, que agora é garantida, principalmente, por meio da publicidade das sessões do parlamento e da liberdade de imprensa.

A publicidade dos atos de governo tem sua importância não apenas para que os cidadãos possam conhecê-los e controlá-los, mas também porque, em sendo a publicidade uma forma de controle, permite a distinção entre o lícito e o ilícito (2017a, p. 53-54).

No entanto, embora a publicidade seja a regra na democracia, Bobbio (2015, p. 34) reconhece a possibilidade de, em algumas situações, existir aquilo que ele chama de “poder invisível como Instituição do Estado”, como é o caso das agências de serviço secreto, que atuam, muitas vezes, de forma oculta e constituem um mal necessário, com atuação dedicada à garantia da democracia. Outra exigência que o autor faz, nesses casos, é que essas agências, por

exemplo, sejam controladas pelo governo visível, que, este sim, é controlado pelos cidadãos.

CAPÍTULO 3

O PROCESSO PENAL PARA A DEMOCRACIA

No primeiro capítulo, a partir de Hobbes, estabeleceu-se um alicerce filosófico para justificar a necessidade de existir do Estado, pois com ele surgem as normas jurídicas (em Bobbio, inspirado em Kelsen, situaram-se as bases para definir uma norma como jurídica), as leis e os ordenamentos, de onde resulta também o processo penal.

Em relação ao processo penal, buscou-se – longe de uma análise puramente jurídica – fixar as premissas históricas e filosóficas que justificam sua existência, especialmente quanto à sua natureza e finalidade, de forma que assim se pudesse analisá-lo sob uma perspectiva racional que desse início à conclusão que aqui se pretende.

Lembra-se que quando se fala de processo penal, também se está tratando de penas e, com isso, de restrição da liberdade individual, razão pela qual o princípio da estrita legalidade, que também constitui uma forma de imposição de limites ao poder do Estado, exige previamente a existência de lei para a punição (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).

Tal princípio, de acordo com Ferrajoli (2006, p. 39), enquanto técnica legislativa, visa excluir convenções penais arbitrárias e discriminatórias destinadas não a punir fatos, mas sim diretamente as pessoas, com vistas a evitar situações tais como as ocorridas no passado, quando se perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e aqueles tidos como inimigos do povo.

O segundo capítulo foi dedicado exclusivamente ao estudo da democracia segundo a perspectiva bobbiana, de modo que foi estabelecido seu objeto e as premissas (regras do jogo) sob as quais ela se assenta, a fim de identificar o que é preciso para que possa, verdadeiramente, existir uma democracia.

O presente capítulo, que finda a pesquisa antes das considerações finais, busca, a partir dos capítulos anteriores, extrair os temas que são essenciais para demonstrar que o processo penal, aqui compreendido como procedimento para

garantir direitos e, a partir disso, legitimar o poder punitivo estatal, é necessário para a existência de uma democracia.

3.1 O direito e o poder

Já se disse que o tema que está por trás de tudo o que se pretende trabalhar nesta pesquisa é o poder. Aliás, para Bobbio (2008b, p. 194), o ponto em comum nos estudos jurídicos e políticos é, justamente, o conceito de poder.

A temática do poder pode ser estudada por diversas formas, a depender do tipo e modalidade de poder que se queira analisar. Para Russel (1979, p. 24), “há várias maneiras de classificar as formas de poder, cada qual tendo a sua utilidade”.

Segundo Hobbes (2014, p. 80), o poder de um indivíduo humano está nos meios de que dispõe para buscar algum bem. Na abstração hobbesiana, constante do primeiro capítulo do *Leviatã* e já analisada no primeiro capítulo desta pesquisa, expõe-se que o pacto firmado entre os indivíduos, que deu origem ao Estado, tinha como finalidade a garantia da paz, ainda que ao custo da liberdade plena de que dispunham, a fim de conferir a um indivíduo ou a uma assembleia o poder de usar todas as forças necessárias e da maneira como lhes conviesse, visando garantir a segurança de todos.

Todavia, conforme lembra Conceição (2017, p. 55), em Hobbes, o soberano possui um poder ilimitado, enquanto ao súdito cabe o poder de obedecer limitado, pois seu limite é o de permanecer vivo.

Por sua vez, de acordo com a moderna teoria do garantismo de Ferrajoli (2006, p. 857), sob a perspectiva da função garantista do direito, este se traduz na minimização do poder.

No capítulo anterior, abordou-se, bobbianamente, a temática da democracia e do poder, na qual, sob uma perspectiva política, defendeu-se a necessidade de limitar o (ab)uso do poder, função exercida pela democracia.

Para Bobbio (2004, p. 131), “o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado, como é

perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele”.

Partindo da ideia de ser o Estado moderno (liberal e democrático) uma reação ao Estado absoluto, a tradição do pensamento político inglês deu o nome de constitucionalismo aos movimentos que buscavam a limitação do poder estatal (BOBBIO, 2000b, p. 24).

Nesse sentido, tem-se que:

O problema fundamental que preocupa os ‘constitucionalistas’ é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a esse problema. (BOBBIO, 2000b, p. 24)

Se o problema que aflige os constitucionalistas é impedir o abuso do poder através de sua limitação, é de suma importância compreender o que se entende por poder.

Sobre isso, recorrendo a Kelsen (2016, p. 364-365), tem-se que:

A palavra “poder” tem significados diferentes nesses diferentes usos. O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O “poder” do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos. Quando, por outro lado, se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado.

Aqui, Kelsen trata o poder sob duas perspectivas: a primeira, a partir da ordem jurídica; e a segunda, enquanto funções do Estado (executivo, legislativo e judiciário).

Na presente pesquisa, ao se tratar de direito e poder, poder-se-ia tanto realizar uma análise a partir do exercício do poder punitivo estatal, pelo Poder Judiciário enquanto função do Estado, quanto sob o aspecto normativo.

Todavia, a relação existente entre direito e poder que interessa aqui é aquela que coloca o direito em contraposição ao poder do Estado e, por isso, segundo Silva e Portanova (2017, p. 105), estabelecer uma explicação para a origem e a finalidade do Estado – tal qual se fez no primeiro capítulo – é importante para que se possa estudar o direito, que só existe em razão do surgimento do Estado.

É bom que se lembre, conforme aponta Pessoa (2016, p. 54), que, para Bobbio, o termo Estado tem o mesmo significado de poder, sendo que quando ele utiliza a expressão “poder do Estado”, quer esclarecer que o verdadeiro poder do Estado é representado pelo direito.

Na chamada Teoria Geral do Direito, o foco no poder está centrado na produção e na aplicação das normas jurídicas, o que coloca a norma jurídica e o poder como duas faces de uma mesma moeda, podendo ser o tema examinado tanto pelo aspecto da norma jurídica quanto pelo do poder (BOBBIO, 2008b, p. 195).

Assim, segundo Bobbio (2008b, p. 195-196):

Para quem se coloca ao lado do poder, como fizeram a partir de longa tradição os escritores do direito público, para os quais em princípio existe a soberania, isto é, o poder supremo, o poder acima do qual não existe nenhum outro, e o ordenamento jurídico só existe se tem como fundamento um poder capaz de mantê-lo vivo, primeiro vem o poder e depois o Direito. Ao contrário, para um jurista como Kelsen, que leva às últimas consequências a redução do Estado a ordenamento jurídico, iniciada pelos autores de direito público da segunda metade do século XIX, para quem o Estado não é outra coisa além do conjunto das normas que são efetivamente observadas num determinado território, primeiro existe o Direito e depois vem o poder.

A citação acima traz as distintas posições adotadas pelos teóricos da soberania e pelos normativistas no que tange ao tema do poder, sendo que a

maior demonstração de que se trata de duas faces de uma mesma moeda é a constatação de que os teóricos da soberania trabalham o tema sob a perspectiva da legitimidade do poder e os normativistas pela efetividade do sistema normativo (BOBBIO, 2000a, p. 240).

A questão é deveras complexa e depende da perspectiva que se escolher para estudar o poder, sendo didática e autoexplicativa a frase que Bobbio (2000a, p. 240) usa para sintetizar tal diferença de perspectiva: “O poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio”.

Em suma, a pergunta que a situação posta remete é: o direito vem do poder do Estado ou o poder do Estado vem do direito?

Sob a perspectiva do positivismo jurídico, que contrapõe a ideia do direito natural, tem-se que “o direito é produto do poder, não importa se esse poder era oriundo do povo ou derivado do príncipe” (BOBBIO, 2008b, pp. 198-199).

Conforme ensina Bobbio (2008b, p. 200):

[...] uma teoria rigorosamente positivista, como é certamente a kelseniana, não pode prescindir da noção de produção jurídica, porque num sistema jurídico as normas não são deduzidas, como nos sistemas morais ou de direito natural, mas são produzidas, e a noção de produção jurídica não pode prescindir da noção de poder.

Todavia, curioso é que, para Bobbio (2000a, p. 243), em sendo resumido o direito em direito positivo (aqui entendido como aquele produzido por uma autoridade), percebe-se que o positivista, ao ser questionado sobre se as ordens emanadas por um bando de criminosos, que também são dotadas de autoridade, igualmente podem ser consideradas produto do direito, se vê obrigado a admitir que não se pode considerar como direito positivo as ordens emanadas por um bando de criminosos, por mais coativas que sejam, porque, como lembra Bobbio (2000a, p. 243), “o direito é produto do poder contanto que se trate de um poder por sua vez derivado do direito, onde por ‘derivado do direito’ deve-se entender regulado [...] por uma norma jurídica”.

Para reforçar essa sua posição acerca do caso hipotético apresentado, Bobbio prossegue esclarecendo que:

Também nesse caso exemplar, a resposta de Kelsen: “Quase não necessita de explicações o fato de que o chamado poder do Estado (*Staatsgewalt*), exercido por um governo sobre uma população no interior de um território, não é simplesmente aquele poder que qualquer homem tem efetivamente com relação a outro homem quando é capaz de induzir o outro a um comportamento desejado [...]. O elemento que diferencia a relação definida como poder estatal das outras relações de poder é ser regulada juridicamente; consiste no fato de que os homens que exercem o poder como governo do Estado estão autorizados por uma ordem jurídica a exercer aquele poder, produzindo e aplicando normas jurídicas, isto é, no fato de que o poder estatal tem caráter normativo”. (BOBBIO, 2000a, p. 243-244)

Portanto, se o positivismo jurídico tem como princípio que a autoridade é que faz a lei (*non sapientia sed auctoritas facit legem*), Bobbio (2008b, p. 205) explica que sob a perspectiva do Estado de direito é a lei que confere autoridade e somente se pode exercer essa autoridade nos limites que ela impõe.

Nesse sentido, é salutar trazer as próprias palavras de Bobbio (2008b, p. 205), que afirma: “onde domina a *voluntas* e não a *lex*, temos não um rei, mas um tirano, na dupla acepção do príncipe não legítimo, o usurpador, e do príncipe que exerce o poder ilegalmente não respeitando as leis que estão acima dele”.

Tem-se, com isso, claro que nessa dicotomia entre direito e poder, sob as perspectivas do positivismo jurídico e do Estado de direito, está, também, aquela antiga discussão sobre se a melhor forma de governo é a dos homens ou a das leis.

Sobre isso, Bobbio (2000a, p. 247) cita que, segundo Aristóteles, é preferível o domínio da lei, uma vez que se se deve dar poder a algum cidadão, que esse cidadão seja o guardião e o ministro da lei e não o seu senhor.

Essa questão, entende-se, é um dos pontos centrais para ajudar a compreender a função limitadora do poder que é exercida pelo processo penal nas democracias (especialmente nas democracias constitucionais).

É por essa razão que, novamente, invocando a teoria garantista, a minimização do poder pelo direito tem como técnica a maximização dos direitos fundamentais e a limitação das situações jurídicas de poder, razão pela qual, diferente daquilo que defende Jeremy Bentham (1748-1832), nem todas as leis limitam a liberdade, apenas aquelas que achatam os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 857).

3.2 Direitos Humanos e seu vínculo com o processo penal

Asseverou-se, na introdução, que é necessário compreender que o processo penal se trata, na realidade, de um direito fundamental da pessoa acusada da prática de um crime.

Não se pretende aqui esgotar todo o pensamento bobbio sobre a temática dos direitos do indivíduo humano, até porque esse tema é vasto por compor, ao lado da democracia e da paz, a trilogia de Bobbio.

O que se pretende, e é necessário, é estabelecer algumas premissas acerca da sua posição sobre a temática dos direitos do indivíduo humano, a fim de melhor situar o processo penal como direito fundamental.

Os chamados direitos humanos, que dão azo tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão quanto posteriormente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, possuem forte influência da teoria filosófica dos direitos naturais.

Ocorre que, enquanto teoria filosófica, os direitos naturais prescritos pelos filósofos jusnaturalistas não possuíam outro valor senão o de exigência de um ideal, que somente se realizaria com a sua transformação em prescrição jurídica por alguma constituição (BOBBIO, 2000a, p. 485).

É de ser ver que, já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos consta “[...] ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão” (DOTTI, 2006, p. 21).

Como explica Bobbio (2004, p. 31), a resistência era o único direito natural que os homens dispunham contra qualquer violação pelo Estado enquanto seus direitos eram considerados unicamente direitos naturais.

Foi com o acolhimento pelas constituições dos Estados liberais modernos da existência de direitos naturais limitadores do poder soberano que a aspiração ideal dos direitos naturais se transformou em pretensões jurídicas reconhecidas e protegidas (BOBBIO, 2000a, p. 485).

Diferentemente da sua introdução nas constituições dos Estados liberais modernos, o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fez foi a universalização desses direitos e garantias fundamentais.

Embora se possa, então, de alguma maneira, afirmar que os direitos naturais possuem sua origem na teoria filosófica dos direitos naturais, certo é que, para Bobbio, buscar um fundamento absoluto para os direitos do homem (Bobbio não utilizava frequentemente a expressão direitos humanos) é desnecessário, pois com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o problema atinente aos seus fundamentos perdeu sentido, passando a ser o consenso das nações o seu fundamento (BOBBIO, 2004, p. 26).

Desta forma, o problema fundamental que se antevia em relação aos direitos humanos não era mais o de os justificar, mas sim o de garantir formas de os proteger (BOBBIO, 2004, p. 23).

Portanto, garantir a proteção dos direitos humanos é essencialmente um problema jurídico e político, restando isso claro quando o autor explica que:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 25).

A efetivação dos direitos do indivíduo humano, segundo Bobbio (2000a, p. 481), avançou muito desde sua primeira aparição no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, de tal forma que, assim, a primeira etapa na história

progressiva da afirmação dos direitos humanos se deu com a sua constitucionalização, ou seja, quando inseridas as Declarações dos Direitos nas constituições liberais e, depois, nas constituições liberais e democráticas dos séculos seguintes, transformando o direito próprio em direito subjetivo.

É preciso, de igual forma, esclarecer que, de acordo com o Bobbio (2004, p. 31), os direitos do indivíduo humano são direitos históricos, que surgem “gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”.

Nesse sentido:

Os direitos elencados na Declaração não são os únicos possíveis direitos do homem: são direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. (BOBBIO, 2004, p. 33)

Com isso, o que Bobbio quer dizer é que com o avanço da história e das sociedades podem surgir novas situações que demandem proteção por parte da comunidade internacional, pois “a Declaração Universal representa a consciência histórica de que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX [...], mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre” (BOBBIO, 2004, p. 33).

É de Bobbio, inclusive, a ideia de que os direitos humanos estão divididos, historicamente, em gerações, apontando a existência, até então, de quatro delas, sendo a 1ª geração relativa aos direitos de liberdade (direitos individuais); a 2ª geração relativa aos direitos sociais (direitos coletivos); a 3ª geração relativa aos direitos difusos e coletivos; e a 4ª geração relativa aos direitos de manipulação genética (BOBBIO, 2004, p. 4-5).

Ter em mente essa atemporalidade dos direitos do indivíduo humano é importante para compreender a análise que Bobbio, mais tarde, volta a fazer sobre a situação dos direitos humanos na contemporaneidade, quando escreve *Os direitos humanos hoje* (1992).

Para Bobbio (2003, p. 203), os direitos humanos, apesar de terem sido sempre considerados direitos naturais, não foram consolidados definitivamente, sendo necessário defender-se do poder, de qualquer forma de poder.

A relação entre poder e liberdade é política por excelência, havendo uma relação estreita entre ambos, pois quanto mais poder se dá a um lado, mais se diminui a liberdade de outro (BOBBIO, 2003, p. 203).

É justamente em razão da atemporalidade dos direitos do indivíduo humano e do avanço da sociedade moderna que surge a necessidade de salvaguardar novos direitos, a fim de preservar a vida, a liberdade e a segurança das pessoas.

Segundo Bobbio (2003, p. 203-204):

O que distingue o momento atual em relação às épocas anteriores – e fortalece a demanda por novos direitos – é aquela forma de poder que tem primazia sobre todas as demais: a luta pelos direitos teve como adversários, primeiro, o poder religioso, depois, o poder político e, por último, o poder econômico. Hoje, as ameaças contra a vida, a liberdade e a segurança podem decorrer do crescente poder das pessoas que estão em condições de fazer uso da ciência e de suas aplicações. Entramos na época pós-moderna, que se caracteriza por enorme, espantoso e irreversível progresso nas transformações tecnológicas – e, conseqüentemente, tecnocráticas – experimentadas pelo mundo. Desde que o dia em que Bacon disse que ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho: o aumento dos conhecimentos só acrescentou a possibilidade de o homem dominar a natureza e os demais homens.

Vê-se que, mais uma vez, a temática do poder e a necessidade de ser ele controlado aparece, mas agora quando se está pensando sobre os direitos humanos.

E é aqui que se entende estar o ponto de ligação (quicá o mais importante) que coloca o processo penal como categoria de direito fundamental, pois, em sendo a liberdade um direito do indivíduo humano – talvez o mais fundamental

deles, ao lado da vida –, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido o exilado. [...]. *Artigo X.* Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal. [...]. *Artigo XI.* 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido aprovada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (DOTTI, 2006, p. 34-39)

A respeito de tais disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Dotti (2006, p. 37-39) esclarece que se está garantindo o direito de audiência, de independência e imparcialidade do Poder Judiciário e dos juízes, de presunção de inocência, do devido processo legal, das garantias necessárias à defesa, da anterioridade da lei penal e da proporcionalidade da pena.

Lembra-se que, partindo da abstração hobbesiana, com o pacto firmado entre os indivíduos no qual conferiram poder a um ser soberano, a fim de que, com isso, este lhes garantisse, especialmente, a vida e a liberdade em detrimento da situação de insegurança em que viviam no estado de natureza, o Estado assumiu o controle do poder de punir (*jus puniendi*), afastando a vingança privada.

Assim, em Hobbes (2014, p. 219-220), tem-se que:

A interpretação da lei natural é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana para ouvir e determinar as controvérsias que dela dependem, e consistente na aplicação da lei ao caso em questão. Porque, no ato de judicatura, o juiz nada mais faz que verificar se o pedido de cada uma das partes é compatível com a equidade e a razão natural, sendo sua sentença, portanto, uma interpretação da lei natural. Essa interpretação é autêntica não por ser sua sentença pessoal, mas por ser dada pela autoridade do soberano. Com isso, vem a ser a sentença do soberano, que então se torna lei para as partes em litígio.

Mas mesmo para Hobbes (2014, p. 220-221), como é possível perceber, em caso de litígio, não pode o soberano – ou quem o representar – decidir e, com isso, exercer o poder que lhe foi concedido como bem entender, estando ele obrigado a proceder a um julgamento com juiz imparcial e que admita provas contra a presunção legal, devendo, ainda, o juiz decidir apenas de acordo com a evidência (HOBBS, 2014, p. 223).

A exigência de um julgamento justo, como é possível notar, não se trata de um simples meio para o Estado aplicar a pena prevista para a conduta tida como criminosa por força do princípio da legalidade estrita, mas sim de um direito individual de o acusado se defender dentro de um processo justo, visando à manutenção de sua liberdade.

Com propriedade, Lafer (1991, p. 36-37) chama a atenção para a relação existente entre os direitos do indivíduo humano e o individualismo, a qual constitui basicamente a fonte da crítica que se faz aos direitos humanos, pois para os críticos deve haver prevalência dos interesses da sociedade sobre os individuais e não o contrário.

Essa concepção individualista, igualmente defendida por Bobbio, significa a prevalência do indivíduo, que tem valor em si mesmo, sobre o Estado, pois é o Estado que é feito pelos indivíduos, de tal forma que, assim, na relação entre direitos e deveres, ao indivíduo primeiro vêm os direitos e somente depois os deveres, sendo esta equação inversa quando se pensa pelo lado do Estado, para o qual primeiro há deveres para depois existirem os direitos (BOBBIO, 2004, p. 56).

No mesmo sentido, para Lopes Jr. (2015, p. 31), por ser decorrente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, a liberdade individual é um pressuposto para o Estado Democrático de Direito, razão pela qual não é ela que deve ser legitimada e justificada, mas sim o poder de punir, que é a intervenção perpetrada pelo Estado.

Portanto, o processo penal constitui o caminho obrigatório para que a imposição da pena, dentro do âmbito do poder punitivo do Estado, seja legitimada, o que somente ocorrerá se forem respeitadas todas as garantias asseguradas pelas regras do devido processo penal (LOPES JR, 2015, p. 32).

Com isso, resta suficientemente demonstrado que o processo penal se trata de um direito fundamental declarado e exigido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos para que o Estado possa, soberanamente, exercer seu poder punitivo (*jus puniendi*).

3.3 O papel do Estado de direito na garantia dos direitos do indivíduo humano

Se se pretende demonstrar que o processo penal é direito fundamental dos indivíduos e, por isso, importante e indispensável para as democracias, necessário se faz perpassar, de igual modo, pela temática que envolve o Estado de direito, em razão da sua relevância para o avanço da proteção dos direitos do indivíduo humano.

Historicamente, quatro são os acontecimentos que marcam a noção moderna do Estado de direito, sendo eles: o *Rechtsstaat* alemão, o *rule of law* inglês, o *rule of law* americano e o *État de droit* francês (ZOLO, 2006, p. 11).

Na busca por uma definição conceitual do que vem a ser o Estado de direito, encontra-se, em Ferraz Júnior (2003, p. 281-282), que:

Estado de Direito é, ao mesmo tempo, um fenômeno histórico (o chamado Estado de Direito liberal) e uma ocorrência estrutural. Estado de Direito tem a ver com codificação jurídica do poder. Em primeiro lugar, significa que o poder de coação politicamente organizado em instâncias centrais é posto à disposição do agente privado que se encontra numa posição protegida pelo direito. Em segundo lugar, significa que o poder político, ele próprio, está submetido ao direito, de tal modo que o poder só possa valer-se de *seus meios de coação* quando juntamente autorizado. E, afinal, que o próprio direito autorizante só pode ser criado, mudado ou reconhecido pelas condições postas pelo próprio sistema jurídico.

Se se realizar a mesma busca em Bobbio, encontrar-se-á que o Estado de direito é aquele no qual, geralmente, os poderes públicos são regulados por normas gerais (fundamentais ou constitucionais), devendo ser exercido no âmbito estabelecido pelas leis, exceto quanto ao direito do cidadão de buscar em um juiz independente o reconhecimento e a refutação do abuso ou do excesso de poder (BOBBIO, 2017b, p. 46-47).

Ambas as definições acerca do Estado de direito se complementam e são esclarecedoras, pois trazem em seu conteúdo informações importantes para o objeto da pesquisa, especialmente, no que tange à confirmação, uma vez mais, da importância e da necessidade de se limitar o exercício do poder de que dispõe o Estado, especialmente quando interfere no âmbito da liberdade.

Por isso a importância da elaboração de um sistema de garantias como base para o Estado de direito, cujo fundamento e finalidade é resguardar a tutela da liberdade individual contra qualquer forma de uso arbitrário do poder estatal, sobretudo quando se trata de direito penal e imposição de penas (BOBBIO, 2006b, p. 7).

Em se tratando da doutrina liberal, Bobbio (2017b, p. 47) esclarece que o Estado de direito significa não apenas a subordinação dos poderes públicos às leis gerais (compreendidas como as leis constitucionais) do país, que se trata de um limite formal, mas sobretudo a sujeição das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais constitucionalmente considerados, o que os torna invioláveis.

Dentro da concepção garantista de Ferrajoli (2006, p. 790), a expressão “Estado de direito”, não apenas significa uma espécie de “Estado legal” ou “Estado regulado por leis”, mas sobretudo um modelo de Estado que surgiu a partir das constituições modernas e que se caracteriza, no plano formal, pelo princípio da legalidade, que obriga todo o poder público, e, no plano substancial, pelo devido funcionamento de todos os poderes do Estado em favor da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

É também por isso que, no que se refere à existência de um sistema efetivo que garanta os direitos do indivíduo humano, Bobbio (2004, p. 40) chama a atenção para o fato de que isso só é possível no âmbito do Estado de direito.

Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 57-58) diz:

Estou seguro de que me podem objetar que o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos não esperou pela revolução copernicana dos jusnaturalistas. O primado do direito (*ius*) sobre a obrigação é um traço característico do direito romano, tal como este foi elaborado pelos juristas da época clássica. Mas trata-se, como qualquer um pode comprovar por si, de direitos que competem ao indivíduo como sujeito econômico, como titular de direitos sobre as coisas e como capaz de intercambiar bens com outros sujeitos econômicos dotados da mesma capacidade. A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Pode-se perceber que, tal qual abordado anteriormente ao se tratar dos direitos humanos, vigora, da mesma forma, a concepção individualista nas relações entre o indivíduo e o Estado, surgindo para aquele a possibilidade de

invocar, no âmbito do direito público, seus direitos subjetivos contra o arbítrio, a injustiça e o abuso.

Complementando sua concepção sobre o Estado de direito, Bobbio (2017b, p.47-48) apresenta os tipos de Estado de direito como sendo fraco, fraquíssimo e forte, os quais são conceituados da seguinte forma: o Estado de direito fraco é aquele não despótico, dirigido pelas leis; o Estado de direito fraquíssimo é o Estado kelseniano, que reduz o Estado ao ordenamento jurídico e, portanto, o Estado é o Estado de direito; e, por fim, o Estado de direito forte é aquele proveniente da doutrina liberal, com mecanismos de controle que obstam o abuso e o exercício ilegal do poder.

Além disso, a separação dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), com meios de controle de uns sobre os outros, constitui um dos mais importantes mecanismos de controle que se pode encontrar no Estado de direito em sentido forte (BOBBIO, 2017b, p. 48).

Não se descuida que, na prática, se se analisar a especificidade dos modelos de Estados de direito contemporâneos, encontrar-se-ão problemas e críticas em cada um deles. Porém, isso não é o que aqui se objetiva, mas sim a fixação das premissas que definem o Estado como sendo de direito e a sua importância para a garantia dos direitos fundamentais.

3.4 O processo penal como direito fundamental

No primeiro capítulo, partiu-se de uma análise sobre a justificação acerca da necessidade do processo penal sob uma vertente histórica e outra filosófica, trazida por Carrara, onde, naquela, o processo (juízo criminal) surgiu como resultado do avanço da civilização em razão do fim do período da vingança privada, enquanto nesta, no seu sentido objetivo, o processo surgiu para apenar e, no sentido subjetivo, para a descoberta da verdade. Apresentaram-se, ainda, algumas formas de se pensar o processo para, logo após, refutando ambas as vertentes, estabelecer uma definição do processo penal que demonstre a sua natureza de direito fundamental do indivíduo humano.

Nesse percurso, demonstrou-se, especialmente em relação à alegada justificação filosófica, que nenhum dos sentidos expressam a concepção sob a qual se deva pensar a natureza e a finalidade do processo penal, principalmente, após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Além disso, tal qual se alertou já na parte introdutória, é possível perceber que toda a matriz sob a qual se assentam a maioria dos temas aqui abordados, senão todos, é o poder e como ele deve ser compreendido e limitado.

Assim, conforme ensina Jardim (1990, p. 446): “sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução penal”.

Agora, uma vez estabelecida a definição que se julga ser a mais coerente para pensar, hoje, o processo penal, bem como trazidas as premissas acerca da concepção bobbiana da democracia, do direito, do poder, dos direitos do indivíduo humano e do Estado de direito, pode-se chegar, com maior robustez, ao porquê de se defender ser o processo penal um direito fundamental, cuja função é limitar o poder estatal.

Para tanto, conforme também se demonstrou quando se enfrentou a temática dos direitos humanos, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não traga, de forma literal, a expressão “processo” em nenhum de seus dispositivos, traz a exigência prévia de um julgamento público em casos de acusação criminal, conferindo direitos e garantias ao acusado, o que só se faz, justamente, por meio do processo.

Especificamente quanto aos direitos e garantias que a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz aos acusados de crimes, o primeiro deles é o direito de audiência com um juiz, que, de acordo com Dotti (2006, p. 37), “[...] pode ser exercido pessoalmente pelo acusado ou por seu defensor”.

Em seguida, há a exigência de independência e imparcialidade do Tribunal (e, por consequência, dos juízes). Aqui, por Tribunal, entende-se o Poder Judiciário, que é um dos poderes constituídos no Estado de direito.

Para Ferrajoli (2006, p. 538), essa independência do juiz em relação aos demais poderes é fruto do moderno Estado de direito e está ligada, seja sob o

aspecto da teoria, seja da história, tanto ao princípio da legalidade quanto aos direitos naturais ou fundamentais da pessoa humana.

Quanto à exigência de imparcialidade, Ferrajoli (2006, p. 534) explica que é a posição em que se coloca o juiz, qual seja, de maneira externa aos sujeitos em causa e ao sistema político, bem como estranha aos interesses particulares e gerais, que confere a ele a imparcialidade necessária.

Dentre os dois sistemas processuais penais existentes, quais sejam, o inquisitório e o acusatório, sabe-se que aquele recebe tal nome em razão de sua umbilical ligação com a Inquisição promovida pela Igreja Católica e possui como principal característica a inexistência de partes, cabendo ao inquisidor (que faz o papel de juiz) acusar, gerir a prova e julgar, transformando o imputado em um mero objeto de investigação (COUTINHO, 2018, p. 41).

De outra sorte, apenas para se situar quanto a essa exigência de imparcialidade do juiz, é na estrutura do sistema acusatório que se propicia a colocação do juiz em condição de assim agir, pois a gestão da prova é tirada de suas mãos e deixada sob responsabilidade das partes, passando o imputado a ser considerado como sujeito de direitos (COUTINHO, 2018, p. 52).

Mesmo assim, é preciso registrar que quanto a essa exigência de imparcialidade no campo do “dever-ser”, como explica Coutinho (2018, p. 35), não existe imparcialidade, neutralidade e perfeição na figura do juiz, que é um indivíduo normal e sujeito à sua própria condição humana.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade, outro direito insculpido na carta universal de direitos humanos, em um primeiro momento, pode-se dizer se tratar de preceito que diz respeito à questão da carga da prova no processo penal, a qual deve recair, por razões lógicas, para a acusação.

Mas pensar a presunção de inocência apenas sob essa perspectiva é deixar de reconhecer que não se trata de um mero direito, mas que, de acordo com Lopes Jr (2012, p. 239), também impõe um dever de tratamento do Estado para com o acusado, funcionando em duas dimensões, sendo uma interna e outra externa ao processo.

Há, ainda, a exigência de um julgamento público, de onde decorrem duas importantes constatações, sendo a primeira no plano do julgamento e a segunda no plano da publicidade.

No plano do julgamento, trata-se da obrigatoriedade de respeito ao devido processo legal (*due process of law*), cuja origem, de acordo com Ommati (2016, p. 190), vem da tradição anglo-americana, com fins à proteção da propriedade.

Se, para Bobbio, conforme explicado no capítulo anterior, a democracia impõe o respeito àquilo que chama de regras do jogo democrático; o chamado devido processo legal, da mesma forma, no que se refere ao processo (em especial no processo penal, dado o seu objeto), impõe a necessidade de se respeitar as suas regras do jogo (aqui utilizando-se a expressão bobbianana), que estabelecem a maneira como se deve acusar criminalmente e julgar o acusado, ou seja, o respeito aos direitos e garantias, para a legitimação do processo e da pena.

Para Mendes e Branco (2020, p. 601-602), o devido processo legal, no âmbito das garantias do processo, possui uma amplitude inigualável, pois se traduz na exigência de obediência a todas elas, constituindo um tipo de garantia geral ou complementar.

Quanto ao plano da publicidade do julgamento, tal qual a importância dada à publicidade para democracia (poder em público), este possui o condão de possibilitar que os atos de poder sejam controlados pelos indivíduos.

Ainda no campo dos direitos e garantias que a Declaração Universal dos Direitos Humanos confere aos acusados, extrai-se o asseguramento de garantias necessárias à defesa, que nada mais é do que o que, hoje, se conhece como ampla defesa e contraditório.

Por contraditório, segundo Lima (2011, p. 19), se entende a discussão dialética que se dá às partes do processo, de modo a oportunizar a fiscalização recíproca e o direito de informação acerca dos argumentos e das provas apresentadas, possibilitando o oferecimento de reação.

O contraditório no processo penal deve abranger a oportunidade de postulação probatória, a possibilidade de pronunciamento prévio sobre a admissibilidade das provas requeridas, a participação na produção da prova e a

possibilidade de apresentar considerações do resultado da produção da prova antes de sua admissão como prova (MINAGÉ, 2019, p. 196-197).

Por fim, sobre a ampla defesa, também de acordo com Lima (2011, p. 24), trata-se de direito defensivo ligado ao contraditório, com fins a possibilitar o efetivo exercício da defesa, seja pela via do contraditório, seja pela produção e apresentação de provas, podendo ser exercida tanto pela defesa técnica quanto pela autodefesa.

Até aqui, somente se destacaram e se trouxeram breves apontamentos acerca dos direitos e garantias que se referem ao processo penal e que foram proclamados como direitos do indivíduo humano pelas nações, no seio da Organização das Nações Unidas.

Esses direitos e garantias, pode-se perceber, possuem ligações com os princípios da legalidade estrita, da materialidade e lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência, os quais fundam o sistema garantista moderno, cuja origem é a tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo (FERRAJOLI, 2006, p. 37).

É claro que tais direitos e garantias não são os únicos que existem em relação ao processo, mas são aqueles que, no plano da universalidade dos direitos do indivíduo humano, foram explicitamente estabelecidos, para que ficasse a cargo da discricionariedade de cada Estado, especialmente nas democracias, estabelecer de forma precisa sua legislação processual penal, pois, de acordo com Minagé (2019, p. 126), “quando não há forma precisa, não existe garantia e segurança ao indivíduo e sua defesa e, por consequência, não existe devido processo legal garantidor de direitos e limitador do poder”.

O constitucionalismo democrático dos Estados, juntamente com os pactos e tratados internacionais de direitos humanos, tornou-se um importante instrumento jurídico constitutivo de direitos e garantias na proteção das liberdades e na imposição de limites aos poderes constituídos (MINAGÉ, 2019, p. 192).

Trazendo essa ideia para o campo do processo, Martins (2013, p. 2-3) lembra que “o processo judicial é o microcosmo do Estado de direito”, dizendo com isso que, na democracia constitucional, o processo é ou deve ser a

expressão do que o Estado de direito é, e que o processo é afetado por tudo aquilo que ocorre no Estado de direito.

Assim, se a democracia contemporânea, na concepção bobbiana, tal qual explicada no capítulo anterior, tem como finalidade combater e neutralizar o poder, o processo penal, no que tange ao poder punitivo estatal (*jus puniendi*), é dela indissociável.

Portanto, o poder deve ser sempre racionalizado, tanto na teoria quanto na prática, a partir da premissa de que o processo penal se trata de direito fundamental do acusado, cuja função é limitar o poder do Estado enquanto não legitimada a imposição da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se demonstrar a importância que deve ter o processo penal na democracia, segundo a concepção bobbiana de democracia, não apenas enquanto ramo do direito processual penal, mas sobretudo como instrumento de efetivação de direitos e garantias do indivíduo acusado, dada sua função limitadora do poder punitivo estatal.

Para tanto, partiu-se da concepção filosófica hobbesiana acerca da origem do Estado, na qual se percebeu que os indivíduos, inseguros em seu estado de natureza, firmaram um pacto renunciando à sua liberdade e conferiram poderes a um governante soberano, na certeza de que, assim, teriam segurança.

Saindo do estado de natureza para a sociedade civil, o direito natural acaba sendo substituído pelo positivismo jurídico, vez que se mostra importante conhecer o que se entende por norma, lei e ordenamento, pois são os regramentos sob os quais estão sujeitas as democracias contemporâneas.

O processo penal, enquanto objeto do direito processual penal, constitui, geralmente, uma espécie de código ou lei, cujas normas estabelecem os procedimentos para o processamento das acusações criminais até que se chegue a um veredito proferido pelo Estado, que é representado pelo juiz.

Nunca se objetivou analisar a especificidade de cada código ou lei, mas sim entender, na sua essência, o que é e o que representa o processo penal para a democracia, e espera-se que esse objetivo tenha sido atingido.

Uma vez estabelecida a definição almejada para o processo penal, entender a democracia sob a perspectiva de Norberto Bobbio constituiu ponto obrigatório da pesquisa, tanto porque era a partir da matriz bobbiana de democracia que se pretendeu situar o processo penal, embora Bobbio não o trabalhe de forma específica, quanto porque a sua concepção de democracia é aquela que, entende-se, deve toda democracia moderna ter como norte.

Embora este trabalho não tenha se baseado exclusivamente na filosofia bobbiana, especialmente porque o processo penal não é objeto de reflexões específicas na sua produção científica, buscou-se caminhar ao máximo ao lado

de Bobbio, tendo em vista que sua produção deve ser mais estudada e difundida dada a importância das reflexões a que remete.

Não se desconhece que se ficou apenas no nível conceitual e teórico dos temas abordados, sem adentrar nos problemas e críticas que os temas, principalmente a democracia e o Estado de direito, por exemplo, enfrentam atualmente, mas essa foi uma escolha metodológica, pois o objetivo desta pesquisa sempre foi o de estabelecer não o que está errado e precisa mudar, mas como se deve pensar, na essência, o processo penal dentro da democracia.

Nesse sentido, de nada adiantaria trazer a crítica existente ao Estado de direito vigente, por exemplo, pois não é sobre isso a reflexão que se buscou trazer para o leitor, mas sim que o Estado de direito nasceu, também, para limitar o poder do Estado, função esta que, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, igualmente possui o processo penal, o qual acabou se constituindo em um direito fundamental.

O estabelecimento dessa premissa como matriz de pensamento serve para que no aspecto prático nunca se descuide de como deve ser estruturado e aplicado o processo penal nas democracias, cuidando para que, à título de exemplo, a lógica “eficientista” neoliberal não acabe fulminando direitos e garantias em nome de uma função punitiva que não cabe ao processo penal.

Ao processo penal não estão sujeitos apenas os culpados, mas todos os indivíduos, inclusive os inocentes que, por erro do aparelho persecutório e judiciário, acabam se vendo acusados criminalmente.

A limitação do poder punitivo do Estado por meio da imposição de direitos e garantias aos acusados criminalmente é necessária, principalmente, para diminuir os riscos da condenação de inocentes, o que resultaria em injustiças, mas sobretudo para que, ao final, os culpados sejam responsabilizados de forma proporcional e na medida de suas culpabilidades.

Na democracia, seja ela direta, como a dos antigos, ou representativa, como a dos modernos, o poder emana do povo, mas mesmo esse poder encontra limitações, não podendo alguma decisão da maioria limitar direitos da minoria, por mais nobre que possa ser a intenção, sob pena de se instituir uma espécie de ditadura da maioria.

O crime, principalmente em função do sensacionalismo dos meios de comunicação, com frequência causa comoção e revolta na maioria dos cidadãos, mas nem por isso o criminoso deixa de ser sujeito de direitos no Estado de direito, pois a dignidade da pessoa humana não apenas é um direito natural, mas, agora, é universalmente reconhecida e garantida como direito do indivíduo humano.

Portanto, se, conforme Bobbio, não há como existir democracia sem direitos do indivíduo humano reconhecidos e protegidos e sem democracia não há condições para a solução pacífica dos conflitos, ousa-se afirmar que na democracia deve existir sempre a obrigatoriedade da existência de um regramento de processo penal pré-definido e determinado, conferindo direitos e garantias aos acusados e limitando o poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

Primárias

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes.** Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Diário de um século: autobiografia.** Rio de Janeiro: Campus, 1998a.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** 1. vol. Brasília: Universidade de Brasília, 1998b.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2000a.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000b.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas Repúblicas: às origens da democracia italiana.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006a.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006b.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008a.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder.** São Paulo: Unesp, 2008b.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política.** 19. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2014b.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo.** São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017a.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Edipro, 2017b.

Secundárias

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 8. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BEÇAK, Rubens. Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 50, n. 199, p. 07-23, jul./set. 2013, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p7.pdf. Acesso 19 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRETAS, Adriano. **Apontamentos de processo penal**. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Da norma ao ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio. **Revista Direito em Debate**. Ijuí, ano X, n. 16/17, 2002, p. 99-111.

CABRAL NETO, Antônio. Democracia: velhas e novas controvérsias. **Estudos de Psicologia**. Natal, v. 2, n. 2, p. 287-312, dez. 1997, disponível em <https://www.scielo.br/pdf/epsic/v2n2/a05v02n2.pdf>. Acesso 20 out. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, ano III, n. 9, 1998, p. 606-609.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 1957.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A teoria da norma jurídica de N. Bobbio e o direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, dez. 1985, p. 220-223, disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8899>. Acesso 05 out. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique da. Política e poder em Hobbes. **Revista Diaphonia**. Toledo, v. 3, n. 2, 2017, p. 54-67, disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/diaphonia/article/view/18636/12262>. Acesso 15 mai. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso 01 out. 2020.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira**. 3. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LAFER, Celso. **Norberto Bobbio: trajetória e obra**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. 1. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1. vol. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MINAGÉ, Thiago Miranda. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PESSOA, Juscelino da Silva. **Norberto Bobbio e o debate sobre as relações entre Direito e Poder: a proteção dos “Direitos do Homem” na Comunidade Internacional**. Dissertação de mestrado. Araraquara: PPGCSO/UNESP, 2016, disponível <http://hdl.handle.net/11449/146673>. Acesso 10 out. 2021.

PIERINI, Alexandre José. Democracia dos antigos x democracia dos modernos – uma revisão de literatura. **Semina: Ciências Sociais e Humanas**. Londrina, v. 29, n. 2, p. 125-134, jul./dez. 2008, disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/5464/4975>. Acesso 05 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 2-24, jan./jun. 2017, disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/6863/3600>. Acesso 05 set. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Não se faça de Bobbio: a importância do ordenamento jurídico. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico>. Acesso 05 set. 2020.

RUSSEL, Bertrand. **O Poder: uma nova análise social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

SILVA, José Wellington Parente; PORTANOVA, Rogério. O direito como limitador do poder do Estado. **Revista Brasileira de Tecnologias Sociais**. Itajaí: Univali, v. 4, n. 2, p. 103-116, disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rbts/article/view/12546/7100>. Acesso 15 mai. 2021.

SILVA FILHO, João Antonio da. **A democracia e a democracia em Norberto Bobbio**. São Paulo: Verbatim, 2014.

TOSI, Giuseppe. Democracia, Liberalismo e Socialismo em Norberto Bobbio. Uma resposta a Vitullo e Scavo. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 5, n. 2, p. 51-78, jul./dez. 2017, disponível em <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/522/219>. Acesso 13 jan. 2021.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.