

## A TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL

### *THE CRITICAL THEORY OF THE CRIMINAL PROCESS*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Epistemologia Crítica do Processo Penal; 2.1. O método crítico: superação da análise lógico formal do processo penal; 3. Adesão do Direito Processual Penal à Teoria Crítica; 3.1. Reconstrução crítica da hermenêutica processual penal: mediação do social, histórico e político; 3.2. Saber processual penal prático; 3.3. Saber processual penal ancorado na criminologia crítica; 3.3.1. Garantismo crítico e criminologicamente fundado; 4. Fundações Democráticas da Teoria Crítica do Processo Penal; 4.1. Dispositivo de controle do poder; 4.1.1. Descrença na bondade do poder punitivo; 4.2. Perspectiva agnóstica da pena e crítica à racionalidade punitiva; 4.3. Defesa do princípio e sistema acusatório; 5. Intervenções Práticas da Teoria Crítica do Processo Penal; 5.1. Campo da Investigação Preliminar; 5.2. Campo da Admissibilidade da Acusação e do Julgamento Antecipado do Caso Penal; 5.3. Campo das Nulidades e das Medidas Cautelares, em especial, da prisão. 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

#### **Resumo:**

A articulação entre o Processo Criminal, Teoria Crítica e a Criminologia Crítica, na hipótese deste ensaio, é uma condição à transformação das práticas concretas do poder punitivo no contexto social, cultural e político do capitalismo. O objetivo da investigação é produzir ferramentas de intervenção efetiva no campo da justiça criminal, o que impõe a reformulação crítica do saber processual penal. A teoria crítica do processo penal é uma resposta aos problemas não solucionados pela teoria tradicional, de corte positivista e metodologia lógico formal. Está, portanto, orientada à formulação de um saber prático que funcione efetivamente como dispositivo de contra-poder jurídico. O saber processual penal, assim constituído, vai além do garantismo penal para construir instrumentos de proteção em face do Estado, visando à eliminação dos obstáculos que impedem a emancipação dos sujeitos, em especial do povo pobre e oprimido do Brasil.

#### **Summa:**

The articulation between the Criminal Process, Critical Theory and Critical Criminology, on the assumption of this essay, is a condition for processing concrete punitive power practices in social, cultural and political context of capitalism. The goal of the research is to produce effective intervention tools in the field of criminal justice, which enforces the reformulation of criminal procedure review. The critical theory of criminal process is a response to unresolved problems for the traditional theory, positivist cutting and formal logical methodology. It is, therefore, guided the formulation of practical knowledge that works effectively as legal counterweight device. Criminal procedural knowledge, so constituted, goes beyond the criminal garantism to build instruments of protection in the face of the State, aimed at removing obstacles that prevent the emancipation of the subject, in particular the poor and oppressed people of Brazil.

**Palavra-Chave:** Processo Penal; Teoria Crítica; Criminologia Crítica; Hermenêutica Processual Penal; Intervenções Práticas.

**Key-Words:** Criminal procedural; Critical Theory; Critical Criminology; Criminal Procedure Hermeneutics; Practical Interventions.

## 1. Introdução:

“Na realidade, só um novo garantismo, alimentado criticamente pelo conhecimento empírico sobre os sistemas punitivos, pode servir para limitar de qualquer modo a sua contradição estrutural com os direitos humanos fundamentais, e instaurar na consciência política geral a constatação do quão pouco a intervenção da justiça penal pode fazer pela sua proteção”.

Alessandro Baratta.

A força do pensamento crítico está vinculada à construção de um determinado projeto de transformação social e cultural.<sup>1</sup> Em matéria processual penal, isto significa intervir para a consolidação de novas práticas no sistema de justiça criminal, cujo funcionamento concreto está atravessado por micro e macro patologias inquisitoriais.<sup>2</sup>

A construção de uma teoria crítica do processo penal esbarra, entretanto, em inúmeros desafios. Neste breve trabalho, não conseguiremos, de forma satisfatória, dar conta de nenhum deles. O objetivo é apresentar um determinado desenho que sirva, em última análise, como estímulo ao desenvolvimento de pesquisas orientadas à perspectiva crítica do direito processual penal no Brasil e para o povo brasileiro.

A primeira tarefa é dar conteúdo ao “crítico” a que nos referimos.<sup>3</sup> Após delimitá-lo enquanto método e epistemologia,<sup>4</sup> apresentaremos a *ideia* de um modelo

---

<sup>1</sup> São as palavras de Vera Malaguti Batista referindo-se aos estudos de Loïc Wacquant. BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Organização Pedro Vieira Abramovay/Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 34.

<sup>2</sup> Geraldo Prado sintetiza a questão: “sem os instrumentos da crítica, a iniciação ao Processo Penal levaria o estudioso a ficar perdido em um mundo de teorias desencontradas da prática”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03.

<sup>3</sup> Com Rubens Casara, construímos a análise de uma teoria do processo penal brasileiro a partir de uma perspectiva crítica. Para uma investigação aprofundada, sugere-se conferir a obra CASARA, Rubens R.R., MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Brasileiro. Dogmática e Crítica*. Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. A formulação dos problemas envolvendo uma teoria crítica do e para o processo penal brasileiro se deve às conversações com Salo de Carvalho no âmbito do Grupo de Pesquisa *Teoria Crítica e Crítica da Racionalidade Punitiva* na Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ).

crítico, como fez Marcos Nobre,<sup>5</sup> estabelecendo as bases conceituais a partir do trabalho pioneiro de Max Horkheimer, apresentado em 1937.<sup>6</sup>

A teoria crítica vivencia a *práxis* como algo que lhe é interior e, desta forma, encontra-se ancorada na realidade política e social, com o objetivo de emancipar os sujeitos ou, no caso do processo penal, eliminar os obstáculos que impedem esta emancipação. A ideia de *práxis*, especialmente explorada por Karl Marx<sup>7</sup> na primeira fase do seu pensamento é, portanto, um conceito força que devemos trabalhar.

Uma teoria crítica que opere na dogmática pressupõe, ainda, um saber sociologicamente referido – no caso do saber penal, criminologicamente referido. É a criminologia crítica que permitirá esta ancoragem da *práxis* na realidade.<sup>8</sup> Disso resulta um questão entre a teoria crítica do processo penal e o garantismo penal que precisará ser esclarecida.

Em suma: a teoria crítica do processo criminal é, ou pretende ser, uma proposta dogmática (ou crítico-dogmático) e, ao mesmo tempo, uma ação política. Esta teoria pressupõe um saber radicado na criminologia crítica e, por tanto, encerra uma determinada proposta hermenêutica do saber processual penal.<sup>9</sup>

Esta perspectiva produz, portanto, um saber que melhor se apresenta como mecanismo de controle das respostas violentas do Estado aos desvios criminalizados, às pessoas criminalizadas e como instrumento jurídico de afirmação das garantias fundamentais em face do poder estatal. As decisões judiciais dogmaticamente fundadas na teoria crítica do processo criminal são, ainda, mais igualitárias, seguras e, finalmente, produzem uma solução mais justa e legítima do caso penal.

---

<sup>4</sup> Trabalharemos neste ensaio com as considerações de Geraldo Prado a respeito do método crítico na tensão estabelecida com o método tradicional, herança de uma dogmática jurídica forjada no seio da modernidade (por sua vez, fruto da radicalidade do capitalismo). Conferir especialmente o trabalho: PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. (O tempo e o modo). Coimbra: Almedina, 2015.

<sup>5</sup> NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Conferir, igualmente, a obra organizada pelo mesmo autor. NOBRE, Marcos. *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas – SP: Papiros, 2013.

<sup>6</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. (1937) In: *Textos Escolhidos*. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jurgen Habermas. Tradução de José Lino Grunnewald (et al). São Paulo: Abril Cultural, 1980. pp. 117/161.

<sup>7</sup> A pedra de toque da dialética marxista, segundo Michael Löwi, é precisamente esta: “a categoria da *práxis* como esforço de superação da oposição abstrata entre fatos e valores, pensamento e ação, teoria e prática”. LÖWY, Michael. *A Teoria da Revolução no Jovem Marx*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 40.

<sup>8</sup> São as palavras de Salo de Carvalho a respeito dos inconvenientes em se trabalhar apenas com o conceito de transdisciplinaridade, vulgarizado pelo uso indiscriminado. Ancorar o saber processual penal crítico na criminologia crítica é, portanto, determinar o sentido da análise.

<sup>9</sup> Articularemos a perspectiva crítica do processo penal com a hermenêutica processual penal defendida por Alberto Binder.

## 1. Epistemologia crítica do processo penal: aproximações metodológicas.

A questão do método é, aqui, especialmente cara, porque o modo como os doutrinadores a enfrentam diz muito acerca do conceito que assinalam ao processo penal como um todo e à maneira como enxergam os fins do processo.

Geraldo Prado.

A definição metodológica constitui um passo importante no processo de formação do conhecimento. Há perspectivas muito diferentes sobre como isto ocorre.<sup>10</sup> A tomada de posição quanto ao método é, de qualquer forma, o primeiro ponto firme da teoria crítica do processo criminal.

Por método, entenderemos a "ferramenta conceitual de que se vale o estudioso para conhecer algo, o objeto da sua atenção científica".<sup>11</sup> A crítica funcionará, aqui, como instrumento e mecanismo para o "conhecer" e "agir" (pensados conjuntamente em uma teoria crítica). Uma ferramenta disponível aos juristas para que reflitam sobre os pressupostos, resultados, utilização, alcance, os limites e a significação socioculturais da dogmática tradicional<sup>12</sup> e suas implicações no sistema de justiça criminal.<sup>13</sup>

Nosso objetivo é conhecer este setor peculiar da realidade que constitui o ordenamento jurídico do processo penal.<sup>14</sup> Para isto, precisamos de uma *epistemologia específica e interna*. Específica, porque se trata de levar em conta uma disciplina intelectualmente constituída em unidade bem definida do saber e de estudá-la de modo a

---

<sup>10</sup> As tensões entre os diversos pensadores recai basicamente sobre o binômio sujeito-objeto. Não há condições de estabelecer as distintas visões sobre o ponto neste ensaio. Trabalharemos a partir da epistemologia dialética e crítica. Esta formulação epistemológica é uma reação às concepções empiristas e racionalistas, especialmente o positivismo e o idealismo. Para uma indispensável delimitação destas questões, conferir as obras de Geraldo Prado e Hilton Ferreira Japiassu (já referidas) e de MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*. Conceito, Objeto, Método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Abordando a relação entre sujeito e objeto sob outro aspecto, conferir os estudos de MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. (trad) Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

<sup>11</sup> PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. op. cit, p. 90.

<sup>12</sup> A dogmática tradicional está vinculada à uma determinada autoimagem da Dogmática Jurídica, para usar da expressão de Vera Andrade. A jurista e criminóloga crítica explica que esta autoimagem se identifica com a ideia de Ciência do Direito, que tem por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço. Se identifica ainda com uma determinada tarefa metódica, qual seja a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo segundo procedimentos intelectuais (lógico formais) de coerência interna que tem por função ser útil à aplicação do Direito. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

<sup>13</sup> Referindo-se à epistemologia crítica, conferir a obra clássica de JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975, p. 73.

<sup>14</sup> GUASP, Jaime. *Concepto y Metodo de Derecho Penal*. Madri. Editorial Civitas, 1997, p. 72.

demonstrar sua organização e funcionamento. Interno, porque se trata de realizar uma análise crítica dos procedimentos de conhecimento que este saber utiliza para estabelecer os seus próprios fundamentos.<sup>15</sup>

Para construirmos as bases de uma teoria crítica do processo penal, partimos daquilo que ela não é.<sup>16</sup> Geraldo Prado, em outras palavras, realizou parte deste trabalho na obra *Transação Penal, O tempo e o modo*. Demonstrou como a teoria tradicional do processo penal no Brasil assentou-se no positivismo e, desta forma, produziu um saber fundado em um método técnico-jurídico despido de qualquer problemática histórico-social.<sup>17</sup> Este saber reproduziu uma análise técnico científica pura do fenômeno processual, responsável por configurar aquilo que Alberto Binder chamou de *ideologia do trâmite*, cuja superação hermenêutica vamos apresentar como condição para a produção de novas práticas no sistema de justiça criminal.

A construção da dogmática jurídico penal coincide com a trajetória da modernidade, cuja materialização, por sua vez, coincide com a aparição do capitalismo.<sup>18</sup> A modernidade esteve marcada por promessas ambiciosas e pela "tentativa de um desenvolvimento equilibrado entre regulação e emancipação humana, os dois grades pilares em que se assenta."<sup>19</sup> Ancorada na realidade social do capitalismo, este equilíbrio nunca foi obtido: a preponderância do *controle* na dinâmica da sociedade capitalista constitui o justo obstáculo às promessas de *emancipação* (justiça, autonomia, solidariedade, liberdade e igualdade, por exemplo).<sup>20</sup>

No contexto do sistema de justiça criminal, as promessas da modernidade devem assumir um significado às avessas: não se trata de realizá-los ou solucionar conflitos a

---

<sup>15</sup> JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. op. cit, p. 16

<sup>16</sup> Na definição de Horkheimer, a palavra *Teoria* "equivale a uma sinopse de proposições de uma campo especializado, ligadas de tal modo entre si que se poderiam deduzir de algumas dessas teorias todas as demais. (...) Sua validade real reside na consonância das proposições deduzidas com os fatos ocorridos". Esta é uma descrição do sentido *tradicional* da *teoria*, em que se exige um sistema teórico livre de contradições. A *Teoria* em uma perspectiva *crítica*, pelo contrário, só se concebe enquanto sistema sempre incoerente e incompleto, portanto, passível de constantes processos de retificação. A contradição que permeia o laço social, funda o sistema teórico e é, pelo crítico, levada à máxima tensão. Conferir HORKHEIMER, Max. *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*. (1937) In: *Textos Escolhidos*. op. cit, p. 117-119.

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. op. cit. pp. 107/109.

<sup>18</sup> A questão é amplamente enfrentada por Vera Andrade. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica*. op. cit, p.32.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Na medida em que a trajetória da modernidade se identificou com a trajetória do capitalismo, o pilar da regulação - tornado pilar da regulação capitalista - veio a fortalecer-se à custa do pilar da emancipação, num processo histórico não linear e contraditório". SANTOS, Boaventura Souza. *Derecho y Política*. In: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 06, p. 225, 1989.

eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada.<sup>21</sup>

O processo penal deverá, portanto, resgatar e concretizar estas promessas, enfrentando como os dispositivos de controle operam e eliminando os obstáculos que impedem a emancipação. Isto significa um compromisso com a crítica à *práxis* repressiva, o que não se observa nas abordagens tradicionais da teoria.

### 1.1. O método crítico: superação da análise lógico formal do processo penal.

A adesão da dogmática brasileira tradicional ao método lógico formal seguiu, enfim, a orientação de Arturo Rocco, segundo o qual não se deve ultrapassar a experiência assinalada pelo direito positivo vigente.<sup>22</sup> Esta concepção traduz um projeto metodológico, mas igualmente político jurídico: submeter a ciência penal à finalidade de assegurar a instauração e conservação do modelo de produção capitalista, onde a relação entre saber, norma penal e opressão social não se deve verificar.

Esta é exatamente a perspectiva que uma teoria crítica do processo penal vem radicalmente retificar. Como escreveu Geraldo Prado, a doutrina tradicional brasileira, com sua perspectiva restrita da história, aplicada ao processo penal, "considera basicamente as condições de produção das normas jurídico-processuais, dissociadas dos conflitos que afligiram a população negra e índia, escrava e liberta, e os grupos de imigrantes pobres, além das mulheres e crianças".<sup>23</sup>

Uma teoria crítica, fundada em uma epistemologia dialética subverte este paradigma dogmático.<sup>24</sup> A análise lógico formal das normas processuais penais é superada por um racionalismo renovado, que se interessa em compreender *como* é utilizado o *poder* em que o saber científico implica; e como é utilizado não só pelos próprios juristas, mas também por aqueles que encomendam, manipulam e aplicam os

<sup>21</sup> São as precisas palavras de Vera Regina Andrade. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica*. op. cit, p. 34.

<sup>22</sup> Geraldo Prado enfrenta especialmente as ideias de Rocco, escritas na obra ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, pp.8/9.

<sup>23</sup> PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. op cit. p. 107

<sup>24</sup> Para uma exata noção de paradigma, conferir a obra de KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. (trad) Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. O conceito de epistemologia dialética pode ser encontrado na obra citada de Agostinho Ramalho Marques Neto: "Para a dialética, o importante é a *relação*, tomada não exatamente no seu sentido abstrato e genérico, mas a relação concreta que efetivamente ocorre dentro do processo histórico do ato de conhecer. (...) Toda pesquisa criadora é um trabalho de *construção* de conhecimentos novos, mas uma construção ativa, engajada, e não uma simples captação passiva da realidade". MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito*. op. cit, p. 13

resultados das ciências, no caso do sistema de justiça criminal, o Estado e seus agentes.<sup>25</sup>

A epistemologia crítica, na qual a teoria crítica do processo penal se apoia, interroga os investigadores e os atores do sistema criminal, exigindo que optem por duas possibilidades quanto à tomada de posição:

"a) ou eles aceitam a alienação como se fosse um estado de coisas natural, continuando a estabelecer uma distinção entre a responsabilidade da *criação* e a da *utilização* do saber; b) ou então, revoltam-se contra ela, mas também contra seu estado de produtores "neutros" de informações, passando a preocupar-se com os objetivos fundamentais da *pesquisa*, onde todo trabalho intelectual deve adquirir significação final. (...)".

No que diz respeito ao sistema de justiça criminal, a transformação das condições históricas do nosso tempo depende da máxima adesão à segunda posição.

Os juristas deverão abandonar a ideia segundo a qual a ciência sempre é positiva (isenta e neutra de qualquer contaminação) para aceitar a ideia de uma ciência crítica, capaz de analisar as relações que ela mantém com a sociedade, bem como as orientações ou utilizações eventuais que esta sociedade poderá impor-lhe.<sup>26</sup>

Juristas críticos colocam em questão uma espécie de objetividade que se apresenta como racionalização de crenças ingênuas, a - históricas. Há muitas crenças deste tipo no imaginário intelectual dos juristas tradicionais. Um dos objetivos da epistemologia crítica é o de enfrentar estes mitos, como fez, por exemplo, Rubens Casara. A superação da mitologia processual penal é, pois, um condição para consolidarmos novas práticas de viés democrático.<sup>27</sup>

A limitação analítica a que estão sujeitos os juristas não críticos produz mais do que um encurtamento da visão jurídica das normas processuais. A dificuldade em reconhecer a interdependência entre o sistema de justiça criminal e os sistemas

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 29. Podemos acrescentar neste ponto a observação de Hilton Ferreira Japiassu: "o que a epistemologia crítica pretende mostrar é que, uma vez que o conhecimento científico se torna cada vez mais um *poder*, é este próprio poder que irá constituir, nas sociedades industrializadas, a *significação real* da ciência". JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. op. cit, p. 77.

<sup>26</sup> Esta é a conclusão a que chega Hilton Japiassu. (op. cit, p. 76).

<sup>27</sup> Mito da Verdade Real, Mito da Neutralidade do Julgador, Mito da Imparcialidade do Ministério Público, Mito do Processo Penal como instrumento de pacificação social, dentre vários outros. Rubens Casara trabalha com a ideia de que a produção de mitos é uma condição própria do pensamento científico. Assinala, entretanto, que um processo penal democrático tem a primordial função de desconstruir os mitos autoritários que reforçam o poder de Estado e restringem a força política e jurídica das liberdades fundamentais. Conhecer a obra é fundamental para a consolidação de um pensamento crítico no processo criminal. Conferir CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

econômicos e sociais, produz uma indiferença no reconhecimento das singularidades étnicas e de classe que redundam em prisões superlotadas de negros e pobres.

A dogmática jurídica penal tradicional, de corte positivista, dá ao enfoque histórico uma perspectiva cronológica, alijada das contradições e lutas responsáveis pela construção e modificação do Direito. Esta perspectiva é recusada por uma epistemologia crítica do processo penal, que parte de uma concepção dialética da história para, conhecendo o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal, apresentar os mecanismos potenciais de resistência jurídica e política do tempo presente.

## 2. Adesão do Direito Processual Penal à Teoria Crítica:

"Cada teoria crítica, cada teórico crítico que produz um novo diagnóstico do tempo em vias da emancipação da dominação constrói um modelo crítico que lhe é próprio".

Marcos Nobre .

Algumas características da chamada Teoria Crítica foram apresentadas. Não será possível desenvolver neste espaço muita coisa além disso. Retomaremos os pontos principais para sistematizar os fundamentos da teoria crítica do processo penal.

A expressão teoria crítica representa, neste texto, o modelo crítico construído a partir do trabalho de Marx Horkheimer, *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, apresentado em 1937.<sup>28</sup> A ideia de um *modelo crítico* demarca um campo teórico que estimula a multiplicidade de contribuições. A teoria crítica valoriza a pluralidade de abordagens críticas no seu interior e, assim, se mantém aberta à constantes renovações.

O programa de investigação traçado por Horkheimer quando esteve à frente do Instituto de Pesquisa Social foi caracterizado pelo trabalho coletivo interdisciplinar. As

---

<sup>28</sup> Marcos Nobre explica que a "origem da expressão *teoria crítica* já traz consigo uma grande quantidade de dados e elementos a serem analisados. Vê-se, por exemplo, que a teoria crítica está ligada a um Instituto, a uma revista, a um pensador que estava no centro de ambos (Horkheimer) e a um período histórico marcado pelo nazismo (1933-45), pelo stalinismo (1924-53) e pela segunda guerra mundial (1939-45)." O autor lembra ainda que o Instituto de Pesquisa Social nasceu da iniciativa do economista e cientista social Felix Weil, apoiado por Friedrich Pollock e por Horkheimer. Escola de Frankfurt, por sua vez, designa uma forma de intervenção política e intelectual no debate público alemão do pós guerra, tanto no âmbito acadêmico como na esfera pública. A explicação é dada, *ipsi literis*, por Marcos Nobre em NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. op. cit, p. 13.



investigações se unificam pelo referênciam comum ao pensamento marxista, e por esta razão a experiência em Frankfurt ficou conhecida como *materialismo interdisciplinar*.<sup>29</sup>

Esta observação se justifica para esclarecer que não há objeções teóricas à construção de um processo penal crítico. São conhecidas as contribuições da teoria crítica à economia, psicologia, ciência política, sociologia, história e ao direito.<sup>30</sup> Pensar uma teoria crítica do processo penal é uma decorrência desta última interseção.

A teoria crítica designa, portanto, um campo teórico, cuja convergência está em tomar a obra de Marx como referência primeira de investigação, o que não significa, como lembrado por Marcos Nobre<sup>31</sup>, tomá-la como doutrina acabada. A finalidade primeira de uma teoria crítica é dar conta do seu próprio tempo e, desta forma, enfrentar uma configuração histórica e política específica. O objetivo comum de teoria crítica é, em síntese, "o de produzir um diagnóstico do tempo capaz de fornecer uma compreensão acurada e complexa do momento histórico e de suas potencialidades emancipatórias".<sup>32</sup>

## **2.1. Diagnóstico do tempo presente: capitalismo periférico e o sistema de justiça criminal brasileiro.**

A teoria crítica do processo penal deve produzir diagnósticos do tempo presente e, com base nele, produzir prognósticos capazes de orientar ações concretas de transformação do sistema de justiça criminal. A perspectiva crítica do processo criminal não se dirige, portanto, à formular ideias abstratas, mas à oferecer uma probabilidade concreta de agir por dentro da própria lógica social do sistema.

A crítica se estabelece, portanto, a partir do funcionamento e desenvolvimento concreto do sistema de justiça criminal em uma estrutura econômica, social e jurídica própria do capitalismo financeiro e global. Esta é a conjuntura real e não outra. Além

---

<sup>29</sup> A referência ao marxismo não implica em um engessamento nas ideias originais de Marx. É frequente a lembrança de que a teoria crítica, sujeita à constantes renovações de seus pressupostos em razão do tempo histórico, enfrentou o legado teórico de Marx de diversas formas.

<sup>30</sup> Estiveram envolvidos com a economia, Friedrich Pollok, Henry Grossmann e Akjadij Gurland. Com a ciência política e o direito, Franz Neumann e Otto Kirchheimer; Com a sociologia e história, Theodor W. Adorno, Leo Loward e Walter Benjamin; com a filosofia, Max Horkheimer e Hebert Marcuse e, finalmente, com a psicologia e psicanálise, Erich Fromm. Para um exame mais detalhado das contribuições atuais destes autores, conferir NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas: Papiro, 2013.

<sup>31</sup> NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. op. cit, p. 23.

<sup>32</sup> NOBRE, Marcos. Introdução. Modelos de Teoria Crítica. In: *Curso Livre de Teoria Crítica*. op. cit. p.19

disso, é preciso considerar como este funcionamento opera em um sistema de justiça criminal latino americano e brasileiro. A possibilidade de resistência e de transformação depende desta consciência e, assim, da imersão na realidade marginal das práticas punitivas no Brasil.

Em resumo, a teoria crítica do processo penal leva em conta as condições concretas em que deve se dar ação. Estas condições envolvem a desarticulação do Estado Social numa espécie de *continuum* substitutivo rumo ao Estado Penal; redes de proteções sociais transformadas em típicos instrumentos de vigilância e, finalmente, a consolidação de um regime liberal-paternalista, em que a “mão invisível” do mercado de trabalho precarizado encontra o seu complemento no punho de ferro do Estado.<sup>33</sup>

A teoria crítica do processo penal está, portanto, comprometida em "explicar a concreta realidade jurídica como resultado de um complexo conjunto de condições econômicas, sociais e culturais."<sup>34</sup> No Brasil, isto significa a construção de uma teoria que se pense a partir de um ambiente desarticulado socialmente, em que a maioria da população se encontra numa exclusão formal dos mecanismos de produção.

Devemos considerar ainda os efeitos produzidos pela economia subjetiva do capitalismo. Este efeitos são um dos maiores desafios à consolidação de um comportamento crítico dos atores judiciais. A centralidade do mercado, como terceiro organizador da subjetividade, estimulou uma espécie de antilaço social.<sup>35</sup> Os valores individualistas da competição, egoísmo e o enfraquecimento das redes de solidariedade, favoreceram a consolidação de sentimentos de medo e insegurança que desaguarão em frequentes novas formas de controle pelo sistema criminal.<sup>36</sup> Na lógica social, política e subjetiva regida pelo mercado, o processo penal é concebido de forma utilitária e as garantias penais e processuais penais estão, nesta condição, sujeitas à análises de custos e negociações.

---

<sup>33</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p 148

<sup>34</sup> PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. op. cit, p.122

<sup>35</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. – Curitiba: EDIBEJ, 1996.

<sup>36</sup> KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.1. Ver também a obra já referida de Wacquant. Recomenda-se ainda a leitura de GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

Os vetores da ação transformadora encontram-se, desta forma, em um diagnóstico preciso do sistema de justiça criminal no capitalismo. É a partir desta matriz que se pode afirmar a adesão do direito processo penal à teoria crítica.

## **2.2. Orientação à emancipação: controle radical da violência punitiva institucionalizada.**

Um comportamento que esteja orientado para essa emancipação, que tenha por meta a transformação do todo, pode servir-se sem dúvida do trabalho teórico, tal como ocorre dentro da ordem desta realidade existente. Contudo ele dispensa o caráter pragmático que advém do pensamento tradicional como um trabalho profissional socialmente útil.

Max Horkheimer.

A emancipação é uma promessa da modernidade, o que se pode verificar pela extensão dos direitos políticos, sociais e culturais inscritos na maior parte das constituições contemporâneas. A instauração do capitalismo, coincidente com o projeto da modernidade, paradoxalmente, restringiu esta orientação, mas não impediu a sua realização. A contradição que funda a dialética, deixa, portanto, espaço para a ação transformadora.

O sistema de justiça criminal não é o *locus* à emancipação do povo pobre, negros, índios ou mulheres brasileiras. A relação entre o processo penal crítico e a emancipação se dá às avessas. O seu objetivo é levantar os obstáculos que impedem a emancipação de se concretizar.<sup>37</sup> O controle da violência punitiva institucionalizada restringiria a submissão dos indivíduos à engrenagem punitiva do Estado. A produção de conhecimento crítico amplia, assim, a possibilidade de que estejam livres para desenvolver as suas potencialidades e cumprir o projeto de emanciparem-se.<sup>38</sup>

O modelo capitalista institucionaliza a dominação também e, especialmente, pelo sistema de justiça criminal. A teoria crítica do processo penal parte deste funcionamento concreto e, desta forma, não se limita a dizer como as coisas são ou

---

<sup>37</sup> Veremos os exemplos de como isto poderia ocorrer na última parte deste trabalho. Uma teoria crítica do processo penal, por exemplo, propõe uma reconfiguração da *justa causa*, retificando e enrijecendo os critérios à admissibilidade de uma acusação.

<sup>38</sup> A criminalização dos movimentos sociais é um dos dispositivos utilizados pelo Estado para frear a luta popular e, assim, frustrar as promessas emancipatórias. A teoria crítica do processo penal exige dos sujeitos processuais e demais atores um *comportamento crítico* que impeça a utilização política do sistema de justiça criminal. Promotores, Juizes e Advogados críticos, tomados desta consciência, encontrarão na teoria os fundamentos pelos quais poderão agir para evitar esta utilização.

eram. Faz-se teoria para que ela se confirme na prática transformadora das relações políticas, sociais e jurídicas existentes.

A produção de um conhecimento que se oriente à emancipação caracteriza um dos princípios fundamentais da teoria crítica<sup>39</sup> e é, por esta via, que o direito processual penal com ela se relaciona.

### 2.3. Comportamento crítico: tomada de posição dos Atores Judiciais.

A ausência de compromisso com a emancipação é um dos fatores que distinguem, segundo Horkheimer, a teoria tradicional da teoria crítica. Outro aspecto é a falta de *atitude crítica* frente ao existente.<sup>40</sup> Nas palavras de Horkheimer:<sup>41</sup>

(...) o pensamento crítico é motivado pela tentativa de superar realmente a tensão, de eliminar a oposição entre a consciência dos objetivos, espontaneidade e racionalidade, inerentes ao indivíduo, de um lado, e as relações do processo de trabalho, básicas da sociedade, de outro. O pensamento crítico contém um conceito de homem que contraria a si enquanto não ocorrer esta identidade.

O comportamento crítico tem a sociedade como seu objeto primeiro e, portanto, compreende os problemas do sistema de justiça criminal (e do processo penal) como dados necessariamente ligados à organização social. Para os representantes do pensamento teórico crítico, os fatos, tais como surgem na sociedade, não lhe são exteriores. Esta atitude é inversa àquela tomada pelo teórico tradicional, que vê a realidade social e seus produtos algo *foraclusido* da investigação.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. op. cit, p. 30/31.

<sup>40</sup> NOBRE, Marcos. Max Horkheimer. *A Teoria Crítica entre o Nazismo e o Capitalismo Tardio*. In: *Curso Livre de Teoria Crítica*, p. 37.

<sup>41</sup> HORKHEIMER, Max. In: *Textos Escolhidos*. op. cit, p. 113.

<sup>42</sup> *Foraclusão* é o nome dado por Jacques Lacan para indicar a rejeição de um significante fundamental para fora do universo simbólico do sujeito. Apropriando-se da expressão, é o que faz a teoria tradicional ao separar o fato percebido dos processos subjetivos de quem o percebe e, fundamentalmente, dos processos sociais reais que o determinam. Na perspectiva tradicional da teoria, os cientistas, embora atrelados ao aparelho social, veem suas realizações como uma reprodução contínua do existente. Segundo Horkheimer, “eles tem apenas que se enquadrar ao seu “conceito”, ou seja, fazer teoria no sentido descrito acima. Dentro da divisão social do trabalho, o cientista tem que conceber e classificar os fatos em ordens conceituais e dispô-los de tal forma que ele mesmo e todos os que devem utilizá-lo possam dominar os fatos o mais amplamente possível.” Em suma: o material em fatos, a matéria, é fornecida de fora. Esta visão é recusada pela teoria crítica: “os fatos que os sentidos fornecem são pré-formatados de modo duplo: pelo caráter histórico do objeto percebido e pelo caráter histórico do órgão perceptivo”. Conferir HORKHEIMER, Max. In: *Textos Escolhidos*. op. cit, pp. 121 e 125.

Em nome de uma suposta neutralidade, os juristas não críticos adaptam o pensamento à realidade e, assim, produzem um tipo de conhecimento que reforça o *status quo*. No item em que descrevemos a epistemologia crítica, foram esclarecidos alguns destes problemas. Com Geraldo Prado foi possível observar como se deu a formação de uma cultura jurídico penal no Brasil, filiada à um método técnico jurídico ou uma análise cronológica elementar da história. Esta formação deu ensejo ao que estamos chamando de teoria tradicional do processo penal, partindo da categoria proposta por Max Horkheimer.

A teoria tradicional, de inspiração positivista, não enfrenta o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal sob uma perspectiva histórica e social. Os princípios penais e processuais penais são tomados como *princípios abstratos*, sem consciência da força normativa e política que possuem em concreto. A abordagem tradicional da teoria separa o "conhecimento" e o "agir", o cientista social do agente social.<sup>43</sup>

Esta concepção não investiga as estruturas ou as condições históricas em que o sistema criminal atuou e atua. A ausência de conexão com a realidade social, produz uma teoria estéril, parcial e, desta forma, constrói uma imagem de justiça que não passa de uma aparência. A lógica da doutrina tradicional é, portanto, a mesma lógica ilusória do capitalismo. Formalmente se promete algo sobre uma liberdade e igualdade que nunca será alcançada.

Toda literatura jurídico penal se inaugura com uma declaração solene de princípios e garantias, mas a condição real do sistema se traduz em hipercriminalização e hiperencarceramento. A descrição das normas constitucionais é perfeitamente apresentada, sem prejuízo das mais básicas violações em curso. A legalidade convive com práticas subterrâneas de punição, a ofensividade não obsta a prisão por crimes

---

43 NOBRE, Marcos. Max Horkheimer. *Curso Livre de Teoria Crítica*. op. cit, p. 43. Em várias passagens da obra *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, Horkheimer marca a perda de contato com os processos sociais e históricos como um traço fundamental da perspectiva teórica tradicional. Ilustrativamente: “o mesmo mundo que, para o indivíduo, é algo em si existente e que tem que captar e tomar em consideração é, por outro lado, na figura que existe e se mantém, produto da *práxis* social geral. O que percebemos no nosso meio ambiente, as cidades, povoados, campos e bosques trazem em si a marca do trabalho. Os homens não são apenas um resultado da história em sua indumentária e apresentação, em sua figura e seu modo de sentir, mas também a maneira como vêm e ouvem é inseparável do processo de vida social tal como este se desenvolveu através dos séculos.” HORKHEIMER, Max. In: *Textos Escolhidos*. op. cit, p. 125.

famélicos, as garantias processuais, exaltadas em livros, não chegam aos acusados em geral. O *comportamento crítico* é, última instância, uma reação a este estado de coisas.

A construção de um saber com real conexão na realidade é o objetivo fim da teoria crítica do processo penal. Isto depende da tomada de atitude crítica dos Atores Judiciais e demais agentes que interagem com o sistema de justiça criminal. Conhecer a realidade já é um momento da sua ação. Agir é, igualmente, conhecer esta realidade e transformá-la.<sup>44</sup>

### 3. Hermenêutica processual penal de Alberto Binder à luz da Teoria Crítica:

Grosso modo, a hermenêutica processual penal expressa o trabalho de construção de sentido das normas processuais penais que, segundo se defende neste texto, deve estar atravessado pelo funcionamento concreto do sistema de justiça penal.

Esta proposta deve ser integralmente creditada à Alberto Binder, cuja obra *Derecho Procesal Penal, Hermenéutica Procesal Penal* constitui um ponto de referência indispensável às reflexões. Binder não relaciona a sua concepção hermenêutica do processo penal com a teoria crítica, aqui caracterizada a partir das colocações de Horkheimer em 1937. Os pressupostos que utiliza e a configuração que atribui ao saber processual penal permitem, entretanto, esta articulação, uma vez que os pontos de contatos são muitos.

É de Alberto Binder a afirmação de que o saber sobre o sentido das normas processuais penais deve buscar o objetivo de modificar as práticas do poder punitivo. Diz ainda que este saber deve se ocupar das *formas patológicas* de exercício do poder no interior do processo penal, admitidas como normais e sem importância. Finalmente, a hermenêutica processual penal deve ser capaz de instruir os Atores sobre a orientação geral do sistema de justiça criminal, adestrando-os ao sentido do jogo e preparando-os com a sensibilidade adequada para participar de um processo penal no contexto de uma democracia.<sup>45</sup>

O enfoque proposto por Binder diferencia-se, dentre outros, daquele proposto tanto por Ferrajoli, quanto por Zaffaroni. Nestas abordagens, é comum estabelecer a

---

<sup>44</sup> Esta relação não significa que inexistente diferença entre "o que é" (teoria) e "o que deve ser" (prática). A eliminação do fosso entre teoria e prática eliminaria a própria capacidade de dizer que existe uma coisa e outra. Em outras palavras, como colocou Marcos Nobre, eliminaria as duas dimensões fundamentais da vida humana: o conhecer e o agir. NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. op. cit, p. 08.

<sup>45</sup> BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 47.

contraposição entre Estado democrático de Direito e Estado autoritário, ou, neste último caso, Estado policial. Claro que, em qualquer hipótese, trata-se de configurar uma espécie de dicotomia não estabelecida em termos absolutos, mas que aponte para a existência de pulsões cujo direcionamento aponta para os referenciais apropriados a um ou outro sistema político.

Embora não seja difícil encontrar, no interior dos Estados ditos democráticos, setores, pensamentos, práticas e tendências autoritárias, para Binder, a verdadeira contraposição ontológica no processo penal se estabelece “não entre o democrático e o autoritário, mas dentro de uma dinâmica instalada no interior do próprio campo democrático”.<sup>46</sup>

Por esta razão de base, a antinomia fundamental do processo penal estaria radicada essencialmente na contraposição entre eficiência repressiva e limites ao poder punitivo.

Estes limites são entendidos enquanto garantias pensadas para proteger a todos os cidadãos dos danos que podem ser ocasionados por uma política tão forte como a que organiza o poder punitivo do Estado.<sup>47</sup> Segundo Alberto Binder, o estado de tensão entre estas forças configura todas as instituições processuais e, conseqüentemente, impõe que as normas processuais sejam analisadas ou como ferramentas de política criminal ou como parte do sistema de garantias, “é dizer, como ferramentas de proteção do cidadão”.<sup>48</sup>

O reconhecimento de que esta tensão atravessa as normas processuais e a atuação das agências repressivas é importante. A contraposição entre estas duas forças no interior do direito processual penal (eficiência versus garantia) expressa, em uma perspectiva social mais ampla, o conflito estabelecido entre demanda por ordem e tutela das liberdades fundamentais.

A teoria crítica, por tudo quanto foi dito, exige um saber penal e processual penal que se dedique, antes de tudo, a construir ferramentas de limites, estabelecendo contornos muito precisos para o exercício do poder punitivo.<sup>49</sup> A defesa radical destes dispositivos representa, para uma teoria crítica do processo penal, uma exigência do comportamento crítico frente à emancipação. Emancipação que não se pode obter sem a consciência da importância das “ferramentas concretas de defesa da liberdade,

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 111

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 102

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 112.

historicamente construídas para reparar os graves danos que o abuso de poder gerou e, ainda, tem gerado cotidianamente”.<sup>50</sup>

### **3.1. Reconstrução crítica da hermenêutica processual penal: mediação do social, do político e histórico.**

Influem diretamente na justiça penal as normas jurídicas vinculadas ao exercício da violência por parte do Estado, assim entendidas como as que autorizam, orientam, restringem ou condicionam o exercício do poder penal.<sup>51</sup>

O processo penal e o direito penal possuem uma mesma unidade política e conceitual, configurando o chamado direito criminal. Há, entretanto, três critérios funcionais para separar as normas penais das processuais penais: (i) normas que criam delitos e fixam penas; (ii) normas que regulam o juízo penal; (iii) normas que regulam o exercício da execução da pena. As normas processuais penais são aquelas concernentes ao desenvolvimento e organização do juízo penal, assim como tudo que for relativo a sua preparação e controle.<sup>52</sup>

Alberto Binder insiste que a reconstrução hermenêutica do direito processual penal exige que a disciplina incorpore a mediação do social, do político e histórico. Esta exigência permite que a sua proposta seja considerada fundamental à construção de uma teoria crítica do processo penal. Trata-se de um ponto importante de convergência.

A teoria crítica investiga as estruturas econômicas, sociais e políticas para descobrir as condições históricas em que se pode dar a ação. Isto produz um conhecimento crítico que orienta práticas de emancipação. É o que lhe diferencia, na essência, das teorias tradicionais.

Todo espaço social é um resultado de uma série de atravessamentos, quanto mais o sistema de justiça criminal, profundamente marcado pela tradição inquisitorial. Esta relação - justiça penal e o campo social - comparece em todos os segmentos do processo comunicativo que se encontra na base da relação normativa.<sup>53</sup> A mediação histórica, proposta por Alberto Binder, está na base do método histórico crítico de que se vale a

---

<sup>50</sup> Sobre a tentativa de estender às vítimas o conceito de garantias, conferir a mesma obra de Alberto Binder, op. cit, p. 113.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>52</sup> Ibidem, pp. 148-150.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 161.



teoria crítica do processo penal.<sup>54</sup> Ela é fundamental para nos prevenir da tradição inquisitorial, pois adverte que todo conhecimento que se elabore sobre o direito processual penal se produzirá a partir e não apesar dela.

O espaço judicial é um espaço de lutas políticas entre diversas perspectivas ideológicas e discursivas (crença na funcionalidade da prisão, crença na verdade real, etc.). Esta luta está para além do cidadão que está juiz, promotor ou defensor, individualmente isolados. As organizações exercem um grande poder de configuração das condutas e respondem pela maior parte das práticas e disseminação da cultura inquisitiva no processo penal.<sup>55</sup> A conclusão a que chega Alberto Binder é importante à teoria crítica que nos propusemos refletir.

A justiça penal se apresenta como uma multiplicidade de departamentos, tribunais, fiscais, unidades de investigação e outras dedicadas ao arquivo, a receber documentos, expedir notificações, atender ao público, administrar pessoal, etc. Todos estes setores encontram-se conectados por um sem número de trâmites, mais ou menos formalizados. Elas são indispensáveis à pretensão de monopólio da violência do Estado.<sup>56</sup> Em razão do seu caráter indispensável, a organização – rotinas, regras, cultura, etc. – influi de um modo determinante na reconstrução do sentido das normas. Este é o argumento central de Binder, com o qual não se pode discordar. Todas as práticas que se desenvolvem na justiça penal tem como raiz aquela burocracia e seus trâmites. Por isto, a realidade organizacional e burocrática constitui uma das mediações que se deve ter em conta no processo hermenêutico de reconstrução do sentido das normas processuais penais.<sup>57</sup>

Em síntese: a tarefa de construção de um saber sobre a justiça penal se encontra submetida a uma série de mediações e regras políticas que constroem e obrigam a todo aquele que produz um saber sobre as suas normas. Este saber está orientado por uma visão restritiva do exercício do poder penal e, como contrapartida, por uma interpretação extensiva e progressiva da defesa das garantias.

Todas as ferramentas de política criminal devem ser interpretadas restritivamente. Em sentido contrário, a determinação do sentido das normas

---

<sup>54</sup> Para uma abordagem do método histórico crítico no direito processual penal, conferir a obra citada de Geraldo Prado, **Transação Penal**, op. cit, p. 123.

<sup>55</sup> BINDER, Alberto. **Derecho Procesal Penal**. op. cit, p. 20. “El papel de esas organizaciones para configurar las prácticas individuales es tan grande que todos hemos visto como la uniformización del lenguaje, de las vestimentas, de los modos, de las relaciones y finalmente de las perspectivas vitales va siendo moldeado poco a poco por la estructura y cultura de cada organización”.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 300.

processuais que protegem a liberdade dos cidadãos deve ser realizada segundo diretrizes que ampliem as suas margens de abrangência. Em outras palavras, as ferramentas de defesa da liberdade devem ser interpretadas extensiva e progressivamente.<sup>58</sup>

Estas regras de hermenêutica estão na base de uma teoria crítica do processo penal. Decorrem da opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e enunciam diretrizes que devem orientar a prática dos atores judiciais.

### 3.2. Saber processual penal prático.

Constituir um saber prático é a razão fundamental da hermenêutica proposta por Alberto Binder. Esta preocupação representa, igualmente, o núcleo duro de uma teoria crítica do processo penal, fortemente marcado pelo “*materialismo prático*”<sup>59</sup> que surge da relação entre teoria e *práxis*, poder e resistência, dominação e emancipação.<sup>60</sup>

A teoria crítica do processo penal está orientada a enfrentar não apenas as disposições legais nitidamente inquisitoriais, mas, igualmente, as grandes e pequenas práticas, hábitos e ideias cristalizadas no ensino jurídico do processo e no sistema de justiça criminal.<sup>61</sup> Trata-se de construir ferramentas que, em última instância, sirvam à elaboração daquilo que Alberto Binder chamou de um saber de batalha: um saber que oriente a atuação dos atores jurídicos e intervenha neste duelo de práticas, em que se jogam os valores fundamentais da sociedade.<sup>62</sup>

Para que sirva como ferramenta de intervenção prática e não somente analítica, o saber processual penal não pode ser visto sob uma perspectiva meramente sequencial, ou seja, um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou a faculdade das partes (*ideologia do trâmite*). A chamada justiça penal é, ainda segundo Binder, configurada por um *universo de práticas* e sistemas normativos que, *lato sensu*, também devem ser compreendidas enquanto *atos processuais*.<sup>63</sup>

A normatividade, quando se está em questão esta parcela do poder que administra a justiça criminal, deve considerar diferentes regras e modelos informais de

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 169-172.

<sup>59</sup> MARX, Karl. “Ad Feuerbach (1845)”, In: K. Marx e F. Engels. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boi Tempo, 2007, p. 534.

<sup>60</sup> “A Teoria Crítica não se bate nem por uma ação cega (sem levar em conta o conhecimento) nem por um conhecimento vazio (que ignora que as coisas poderiam ser de outro modo), mas questiona o sentido de “teoria” e de “prática” e a própria distinção entre esses dois momentos. Caberá à ideia mesma de “crítica” o papel de realizar essa tarefa.” NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. op. cit, p. 08.

<sup>61</sup> BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. op. cit, p. 10

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 39.

funcionamento.<sup>64</sup> A constituição de um saber processual penal crítico, com aptidão para produzir novas práticas deve, portanto, dar conta de todas as dimensões do sistema penal, inclusive e principalmente, do chamado sistema penal subterrâneo<sup>65</sup>. Esta visão representa uma característica que lhe diferencia radicalmente da teoria tradicional, concentrada única e exclusivamente em uma análise lógico formal das normas e meramente sequencial do processo.

Em síntese, a teoria crítica do processo penal ratifica a necessidade de construção de um saber cuja tarefa seja: 1. reconstruir o sentido das normas processuais, levando em conta o funcionamento concreto da justiça criminal (formal e subterrâneo); 2. busque a modificação das práticas do poder criminal, consciente de que se trata de um campo de larga disputa política e ideológica; 3. se ocupe das *formas patológicas* de exercício do poder no interior do processo penal, admitidas como normais e sem importância.

### **3.3. Saber processual penal ancorado na criminologia crítica:**

A criminologia crítica representa uma das principais vias de desconstrução do papel desempenhado pelo poder criminal. A demonstração prática de sua (des) funcionalidade como instrumento efetivo de tutela de bens jurídicos e sua afirmação como mero fato de poder implica numa visão limitadora da persecução estatal frente ao indivíduo, essencial à reconstrução hermenêutica do processo penal, conforme se propõe neste texto.<sup>66</sup>

O direito processual penal, ancorado na criminologia crítica, considera as diversas formas de opressão (funcionamento concreto do sistema) como parte integrante do seu próprio saber. Da formulação dos dispositivos legais à interpretação e aplicação pelos atores judiciais, todos devem orientar-se no sentido de transformação destas práticas. A criminologia crítica finca o processo penal na realidade e, desta forma, produz uma nova análise do papel do Estado e dos processos de criminalização. Sem

---

<sup>64</sup> Idem. Nas palavras de Alberto Binder: “Los abogados suelen leer los códigos y normas procesales como si se tratara solamente de un conjunto de trámites, observanla realidade burocratizada de nuestros sistemas de justicia penal y observan trámites y, por lo tanto, se adiestran para reproducir los trámites e expandir-los. Así se instala la dinámica esencial de la reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales (...)”. Ibidem, p. 80

<sup>65</sup> Sobre sistema penal subterrâneo, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. *Direito Penal brasileiro. Teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 52-53.

<sup>66</sup> CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica. Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 469.

isto, o saber processual penal se reduz à uma teoria perdida no universo concreto das práticas punitivas.

É importante que se diga, porém, que a análise dos processos de criminalização formal e sua relação com os mecanismos de controle social e político do capitalismo corresponde precisamente ao objeto da criminologia crítica e radical. A denúncia ideológica da seletividade do sistema criminal no capitalismo será, portanto, como adiantou Alberto Binder, um encargo dos criminólogos e criminólogas críticos.

Isto não nos impede de construir um modelo crítico de processo penal que incorpore o exercício concreto destes mecanismos com vistas à reconstrução hermenêutica do seu saber. Ao processualista penal crítico caberá desvelar, denunciar e atuar para expurgar as inúmeras práticas inquisitoriais que a criminologia crítica aponta como o funcionamento ordinário da máquina repressiva estatal.<sup>67</sup>

### 3.3.1. Garantismo crítico e criminologicamente fundado.

(...) uma ciência penal que não incorpora esses dados e não enfrenta todos os seus problemas tendo em conta essa função seletiva (do sistema penal), ou é uma ciência superficial – em definitivo, uma ciência ruim – ou é cúmplice dessa mesma ordem (injusta), que se reveste com trajes científicos.

Alberto Binder.

Uma teoria crítica do processo penal só se confirma na prática transformadora do sistema de justiça criminal. Há no seu interior um compromisso concreto com a emancipação, aqui entendida como efetiva realização da liberdade em um sistema de justiça criminal atravessado pela lógica social do capitalismo e, conseqüentemente, fascistizado.

Este compromisso com a emancipação joga a teoria crítica do processo penal para além do garantismo abstrato da dogmática tradicional, entendida como “ciência normal”.<sup>68</sup> O garantismo, como lembra Salo de Carvalho, em razão da fundação kantiana baseada em Hume, nega os vínculos com a sociologia, ciência do ser. O

<sup>67</sup> BINDER, Alberto. *Hermenêutica Procesal Penal*. op. cit, p. 15-16. Conferir, igualmente, BINDER, Alberto. *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997, p. 119.

<sup>68</sup> BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

garantismo penal, no contexto de uma teoria crítica do processo penal deve, portanto, ser muito bem “enquadrado” como uma espécie de pauta mínima, piso, e não teto.<sup>69</sup>

A dogmática crítica do processo penal é fortemente alimentada pelo conhecimento empírico dos sistemas punitivos e, desta forma, está em melhores condições de proteger os direitos humanos. Esta dogmática, nos parece, corresponde àquilo que Vera Regina Andrade chamou de ciência extraordinária e marca o compromisso com a busca da segurança prometida, dos direitos humanos e de igualdade, inscritos no projeto político e social da modernidade.<sup>70</sup> Nas palavras de Alessandro Baratta:<sup>71</sup>

O diagnóstico realista sobre a incapacidade da Dogmática de controlar o sistema punitivo conjugando racionalidade e emancipação (as duas promessas contraditórias da modernidade) se abre numa perspectiva de esperança: uma nova ciência do direito penal que encontra as suas premissas numa adequada relação com a análise empírica sobre o real funcionamento do sistema punitivo, poderá talvez “resgatar” o potencial de controle da Dogmática e as “promessas da modernidade” repensando-as sobre as contradições do tempo presente.

Estas ponderações lembram as objeções de Alberto Binder sobre a orientação constitucional do processo penal. A par de seus inegáveis avanços, esta perspectiva não incorpora a visão empírica sobre os sistemas judiciais, novas formas de ensino do saber processual e, como tal, ainda se apegam às categorias comuns de tipo procedimental, vinculadas a uma análise sequencial do processo penal.<sup>72</sup>

#### **4. Fundações democráticas da Teoria Crítica do Processo Penal.**

##### **4.1. Dispositivo de controle do poder punitivo.**

(...) ela tem claro que todo o poder tende insuportavelmente ao abuso, que o poder “imbeciliza” (Nietzsche), que o poder não suporta a alteridade, que o poder necessita, em consequência, de verdade absoluta (Bauman), que o poder necessariamente é mentiroso (Heidegger).

---

<sup>69</sup> Estas ponderações devem ser tributadas *ipsi litteris* à Salo de Carvalho no contexto das conversações estabelecidas no âmbito do grupo de pesquisa já citado nesta obra, *Teoria Crítica e Crítica da Racionalidade Punitiva* na Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ).

<sup>70</sup> Conferir a obra já referida de ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*.

<sup>71</sup> BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. op. cit.

<sup>72</sup> BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. op. cit, pp.88-89.

Democracia importa em controle do poder estatal. O propósito forte do Estado de Direito é o de sujeitar os poderes públicos à lei, em última instância, à limites de contenção.<sup>74</sup> Ao direito processual penal cabe estabelecer os instrumentos capazes de concretizar estes limites. Estas são premissas básicas de uma teoria crítica do processo penal, neste ponto, visivelmente herdadas do garantismo penal.

Há um vínculo indissociável entre regime político constituído e modelo de processo penal. A democracia exige uma teoria crítica do processo penal, porque apenas ela é capaz de realizar um controle efetivo do poder punitivo e produzir práticas libertárias efetivas.

A prevalência da liberdade em face do poder punitivo é uma qualidade que os regimes autoritários, em definitivo, não possuem. A concentração de poder (centralismo político) está aliada à concepção autoritária do processo penal, cuja marca principal é o *intervencionismo estatal intenso*, ilustrado no *caráter plenipotenciário* do julgador criminal. Diogo Malan demonstrou isto muito bem.<sup>75</sup> Uma democracia, na qual a preocupação com o poder integra o próprio conceito, deve nos conduzir ao caminho inverso daquele trilhado pela epistemologia própria do sistema criminal nazista.<sup>76</sup>

O Processo Penal, desde uma teoria crítica, surge (e só se justifica) como limite ao poder estatal, ao poder punitivo, na redução do arbítrio e na produção de práticas orientadas à racionalizar as respostas estatais aos desvios criminalizados<sup>77</sup>. Dispositivo de contra-poder jurídico:<sup>78</sup> esta é a natureza política do processo penal crítico em uma democracia real.

---

<sup>73</sup> No caso, Amilton Bueno de Carvalho se referia à Defensoria Pública que, em uma Teoria Crítica do Processo Penal, tem a sua máxima relevância reconhecida.

<sup>74</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.

<sup>75</sup> MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941)* In: MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULLOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>76</sup> Sobre a relação entre o sistema penal brasileiro e o modelo nazista, conferir a obra de FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

<sup>77</sup> CASARA, Rubens R R, MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. op. cit, p. 28

<sup>78</sup> Por dispositivo, entendemos a lição que Gilles Deleuze extrai da obra de Michel Foucault: como “um conjunto multilinear, composto por linhas de natureza diferente, (...) linhas (...) que seguem direções, traçam processos que estão sempre em desequilíbrio, e que ora se aproximam ora se afastam uma das outras.” DELEUZE, Gilles. *O que é um dispositivo*. Disponível em <http://www.arteria.art.br/wp-content/uploads/2013/10/Deleuze-O-que-e-CC%81-um-dispositivo.pdf>, acessado em 06 de abril de 2014.

Em suma, um dos pilares que estruturam a teoria crítica do processo penal é a exigência de controlar o exercício do poder punitivo do Estado. A limitação do poder punitivo como cerne da preocupação democrática se justifica pela “suposição” de que o seu exercício *goza* na propensão natural de tendência ao arbítrio.

#### 4.1.1. Descrença na bondade do poder punitivo.

Hoje não são melhores os que, antes de cometer seus crimes mais graves, sempre os fazem preceder por alguns belos discursos sobre o bem público e o interesse geral. Pois, ó Longa, conheces bem o formulário do qual eles podem servir-se com muita sutileza em alguns lugares. Mas é possível falar em fineza onde há tanto descaramento?

Étienne de la Boétie, 1530-1563

Uma teoria crítica do processo penal parte do pressuposto inegociável de que não se deve confiar em quaisquer das agências comprometidas com o poder punitivo. A crença na bondade do poder é “um golpe pelo *imaginário*”, como concluiu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.<sup>79</sup>

O desvelamento desta ilusão (de confiança no poder punitivo) é um desdobramento da preocupação democrática com o exercício do poder do Estado. Como tivemos a oportunidade de dizer com Rubens Casara:<sup>80</sup> se a pessoa que se dispõe a pensar o processo penal não toma esta preocupação como fundamento de identificação do conteúdo democrático, tudo muda. Diga-me a crença que tens no poder e te direi qual processo penal terás. Muda a forma com que se compreende o papel do julgador, os limites do poder por ele exercido e, ao fim, modifica-se a forma com que se pensa a missão do processo penal na “era do grande encarceramento”.

O “*princípio da irregularidade dos atos dos poderes*, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório”<sup>81</sup> gera repercussões práticas de grande envergadura. A desconfiança não apenas redefine as posturas dos sujeitos processuais<sup>82</sup>, questiona a pretensão de busca da verdade real, como altera radicalmente o regime probatório.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999, p. 244.

<sup>80</sup> CASARA, Rubens R R, MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. op. cit., p. 28

<sup>81</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. op. cit., p.75.

<sup>82</sup> Idem.

#### 4.2.2. Perspectiva agnóstica da pena e crítica à racionalidade punitiva.

Toda fala sobre justiça penal está impregnada de uma forte influência das crenças que esta pessoa possui a respeito das funções da prisão e do castigo, de uma forma geral. O processo penal, como caminho irreduzível à aplicação da pena, evidentemente, tem suas regras voltadas a cumprir os objetivos atribuídos pelas teorias tradicionais: retribuição e prevenção especial ou geral (positiva ou negativa). Os reflexos da política criminal adotada, ou seja, a opção relativa ao trato do poder penal vai assim construindo as bases de um determinado modelo de processo criminal.<sup>83</sup>

Por isso, com Rubens Casara, temos ressaltado a necessidade de entender o processo penal democrático em consonância com a crítica trazida pela teoria agnóstica. O processo penal se articularia com os instrumentos de redução dos danos causados tanto pelo desvio quanto pela reação a ele, afastando-se dos discursos retóricos centrados nas mais diversas teorias justificacionistas da pena.<sup>84</sup>

Conforme apontado por Maria Lucia Karam, “a pena só se explica em sua função simbólica de manutenção de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder”.<sup>85</sup>

A pena concebida como um *fato político* demanda, portanto, um processo penal que limite severamente as políticas públicas concebidas segundo uma estratégia de guerra e que, neste contexto, apostam na confiança na bondade do poder repressivo (Salo de Carvalho).<sup>86</sup>

#### 4.3. Defesa do Princípio e do Sistema Acusatório:

A defesa do princípio e do sistema acusatório é uma decorrência natural de uma teoria que recusa a confiança no poder do Estado e se operacionaliza como dispositivo de redução e controle radical da repressão criminal. Este trabalho tem o objetivo de apresentar um desenho fundamental da teoria crítica do processo penal e, portanto, não

---

<sup>83</sup> CASARA, Rubens R R, MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. op. cit, p. 26.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> KARAM, Maria Lucia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva* / Organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva; Carmen Junqueira (et al) São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997, pp. 67-84.

<sup>86</sup> CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. op. cit, p.140



permite que se avance nas características que identificam os princípios acusatório e inquisitivo, cujos respectivos sistemas possuem o mesmo nome.<sup>87</sup> Algumas ideias básicas precisam, entretanto, ser fixadas.

O princípio acusatório decorre dos princípios democrático e republicano e deles retira a vocação para o respeito aos direitos fundamentais e a ideia de separação das funções estatais de acusar e julgar. São essas as “regras do jogo” (repartição democrática de poderes/funções entre os sujeitos processuais e respeito aos direitos fundamentais) que o princípio acusatório enuncia para diferenciar o sistemas acusatório do inquisitório.<sup>88</sup>

A teoria crítica do processo penal não se atém, entretanto, à uma constatação de que o sistema processual adotado no Brasil é acusatório, porque assim estabeleceu a Constituição da República de 1988. É preciso forçar o funcionamento concreto do sistema à obedecer esta exigência, sem o qual não se garante a prevalência da liberdade frente ao poder punitivo. Geraldo Prado reforça esta premissa há décadas: as “regras do jogo” não dizem nada se não olharmos para os sujeitos históricos que as concretizam, ou melhor, essas regras que asseguram o julgamento justo “não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo”, logo, “não há dúvida de que são os atos que esses sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais”.

Dito de outra forma, a partir da convicção de que os atos processuais ao serem concretizados “atendem a funções determinadas” (ou seja, “não são desinteressados”), ainda que os próprios atores jurídicos não as percebam com clareza, a mera existência formal de um julgador distinto do acusador e do defensor não é suficiente à caracterização do princípio acusatório. Impõe-se identificar a separação de funções em concreto, posto que de pouco vale a existência formal de um órgão julgador separado

---

<sup>87</sup> Como alerta Geraldo Prado, se reconhecemos a existência de uma categoria jurídica, a que chamamos de *sistema acusatório*, “não há como, pura e simplesmente, justapô-lo com exclusividade a um preciso princípio acusatório, pois a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias”. O princípio acusatório não se confunde, portanto, com o sistema acusatório, embora o integre com a função de dar coerência aos seus diversos elementos. A este respeito, ver o trabalho de Geraldo Prado, *Sistema Acusatório*. op. cit, p. 103 e, ainda, CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. op. cit, p. 67. Adota-se o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo o qual *sistema* pode ser de entendido como o “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada banalidade”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”. *Revista de Estudos Criminais do ITEC*, Sapucaia do Sul, Notadez Informações, nº 1, p. 28-200 [1]<sub>SEP</sub>

<sup>88</sup> CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. op. cit, p. 67.

daquele encarregado de acusar, se a função de acusar (e acusar não se limita a formular uma imputação), produzindo provas e buscando a condenação, em concreto é exercida pelo juiz.

O sistema acusatório recoloca o processo penal no contexto dos processos políticos, sociais e culturais que estão por trás do exercício do poder criminal, da funcionalidade real do sistema de justiça e da atuação dos atores jurídicos.<sup>89</sup>

## **5. Intervenções práticas da Teoria Crítica do Processo Penal:**

A teoria crítica do processo penal deve ser compreendida com um saber de batalha, prático, como sustenta Alberto Binder. Saber que se destina a movimentar uma máquina de resistência, cujo objetivo é produzir novas práticas no sistema de justiça criminal.

A par de todos os obstáculos, devemos insistir na criação de constrangimentos democráticos, o que significa não arredar o pé desta disputa de sentidos e práticas relacionadas ao poder punitivo. As intervenções práticas que somos capazes de produzir são muitas. Daremos poucos exemplos, apenas para que se provoquem novas reflexões críticas e, assim, se possa dar andamento ao propósito de modificar as micro e macro patologias inquisitivas do sistema penal.

### **5.1. Campo da investigação preliminar.**

O Inquérito Policial é a forma, por excelência, de investigação preliminar no Brasil. Não se vê como, desde o ponto de vista da teoria crítica do processo penal, se possa investigar o inquérito, sem problematizar, a fundo, a forma com que a polícia age no país.

Embora não lhe caiba a função de polícia judiciária (instituição que interessa ao inquérito e se fixa a dogmática tradicional), não podemos perder de vista a forma com que a Polícia Militar atua. Monopolizando a ponta do controle punitivo institucionalizado, esta polícia é responsável pela quase totalidade dos flagrantes<sup>90</sup> e, ainda, por milhares de condenações criminais.

---

<sup>89</sup> Ibidem, p.63

<sup>90</sup> Há uma aposta do Estado em concentrar esforços na polícia de segurança e não na polícia judiciária. Trata-se de executar uma política criminal de enfrentamento da “microcriminalidade de rua”, o que

Uma intervenção prática da teoria crítica do processo penal redundaria em tomar com premissa, jamais a presunção de legitimidade dos atos da administração pública, mas sim a presunção de irregularidade dos atos do poder punitivo, neste caso, trazidas ao processo na palavra do agente policial.

Anderson Lobo da Fonseca <sup>91</sup> apresenta as pesquisas realizadas pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo, em que se constatou que 74% das prisões por tráfico de drogas neste Estado contaram apenas com testemunhos de policiais que realizaram a prisão e, em 76 % dos inquiridos da cidade, os agentes que dela participaram foram ouvidos como principais testemunhas.<sup>92</sup>

Ao mesmo tempo, uma pesquisa elaborada pelo DIREITO FGV quanto ao índice de confiança na Justiça (ICJBrasil) indica que “77% da população com renda inferior a dois salários mínimos não confia na atuação da polícia. Esta descrença atinge 59% da população com renda acima de 10 salários mínimos. Já entre a população com nível de renda entre dois e dez salários mínimos, o grau de desconfiança varia entre 65% e 63%. De uma forma geral, apenas 36% da população declarou estar satisfeito com a polícia”.<sup>93</sup>

Em um país, cujo histórico de violações aos direitos humanos pela instituição policial é imenso, onde a maioria esmagadora da população diz não confiar na polícia, não pode admitir condenações lastreadas unicamente na palavra do agente policial.

A teoria crítica do processo penal promove, neste contexto, uma mudança de paradigma no regime de valoração da prova, destituindo a validade do enunciado n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ex., responsável por conferir à exclusiva palavra do agente policial uma absoluta força probante. Da mesma forma,

---

repercuta nos altos índices de seletividade e de instauração de inquérito provenientes do Auto de Prisão em Flagrante. Pesquisas do Estudo de Núcleo de Violência da USP apresentam que 59% dos inquiridos da cidade de São Paulo são instaurados automaticamente após a lavratura do APF. A leitura dos dados permite concluir, portanto, que o propósito de investigação ampla e eficiente é substituído pela atuação emergencial e paliativa do policiamento ostensivo. É a conclusão de Anderson Lobo da Fonseca In: FONSECA, Anderson Lobo da. *A Força da Palavra Repressiva*. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 8, n. 93, Abril. 2015, p. 32-33.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) analisou a situação jurídica de todos os 1330 presos por tráfico de drogas em 2013 na cidade do Rio de Janeiro, com processo concluído até março de 2015. Em 95% dos casos, policiais militares foram responsáveis pela prisão em flagrante e, em 88,4% foram as únicas testemunhas de acusação. Em nenhum dos 242 casos (prisão em flagrante em 2013) os réus foram vistos vendendo drogas. Todos foram presos por estarem portando ou guardando substâncias ilícitas. Salienta-se na pesquisa que a alegação de tráfico foi quase na totalidade das vezes feita por policiais e sancionada por juízes com base no enunciado n° 70 da Súmula do TJRJ. Os resultados completos estão disponíveis em [ucamcesecec.com.br](http://ucamcesecec.com.br). Acesso em 06.07.16

<sup>93</sup> Pesquisa disponível em <http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-do-icjbrasil-avalia-confiancas-instituicoes-do-estado>, acesso em dia 09 de abril de 2015.

torna plenamente possível contraditar o testemunho policial por considerá-lo indigno de fé.

Várias outras intervenções práticas poderíamos produzir na investigação preliminar. Considerando a forma violenta e arbitrária, ao arrepio da lei, com que a instituição policial atua no país, devemos considerar imprestável o “reconhecimento de pessoas” por álbuns em delegacias ou as confissões extrajudiciais. Finalmente, eliminaríamos do contexto democrático bordões como “nulidade do inquérito não contamina a ação penal”, dissuadindo velhas práticas institucionalizadas pelo Estado, como a tortura ou as pressões psicológicas para delatar.

## **5.2. Campo da admissibilidade da acusação e do julgamento antecipado da causa penal:**

A fase do juízo de admissibilidade da imputação é o momento apropriado para controlar o poder de perseguir as pessoas conferido, por exigência do sistema acusatório, ao Ministério Público (regra). Exercer o filtro judicial das acusações infundadas<sup>94</sup> pelo exame rigoroso da justa causa, perquirir a licitude na obtenção dos elementos de informação (também as provas cautelares ou irrepetíveis), enfim, controlar o trabalho das agências repressivas.

A teoria crítica do processo penal, ao contrário do que faz a dogmática tradicional, confere imenso valor à fase da admissibilidade da acusação. Neste campo, podemos produzir novas e importantes práticas.

Em primeiro lugar, impõe-se que a decisão que recebe a denúncia seja suficientemente motivada. O recebimento da denúncia modifica o lugar simbólico que o cidadão ostenta na sociedade (passar a réu), joga o sujeito no espetáculo degradante do processo penal e, assim, amplia toda sorte de sofrimento.

Qualquer ato do poder estatal que toque no indivíduo, atingindo direitos fundamentais, deve, portanto, ser absolutamente fundamentado. Assim, são nulas as decisões por etiqueta na capa dos autos, respostas padronizadas e, ainda, ilegítima a posição teórica que considera o recebimento da denúncia um mero ato ordinatório.

---

<sup>94</sup> Conferir a obra de LOPES JR. Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Ainda nesta fase, por pressuposto, a teoria crítica do processo penal toma como inadmissível a regra do *in dubio pro societate*. O apelo ao significante “sociedade” constrói a ideia artificial de um interesse comum, supostamente consensual, de que, na dúvida, vale mais a submissão do indivíduo ao processo penal do que a limitação ao poder de perseguir do Estado. Este deslizamento é a senha para reduzir o cidadão à engrenagem da máquina repressiva do poder estatal.<sup>95</sup>

Para uma teoria crítica do processo penal, a dúvida jamais produzirá consequências contrárias ao interesse do indivíduo em face do Estado, por serem interesses protegidas em razão da própria relação de poder que se coloca, vertical e de sujeição. Em nenhuma fase do processo penal, portanto, como disse Aury Lopes Jr., o cidadão perde a proteção constitucional.<sup>96</sup> A regra do *in dubio pro societate* ou, melhor, *in dubio contra reum* (Geraldo Prado) está fora de circulação em um novo modelo de funcionamento da justiça criminal.

Podemos igualmente produzir novos parâmetros na fase do Julgamento Antecipado da Causa Penal (art.397/art.399 do Código de Processo Penal). Este é o momento em que devemos excluir da justiça criminal todas as condutas que, ofendendo o princípio da ofensividade, da adequação social e da intervenção mínima, por ex., não deviam ingressar no sistema.

O dispositivo que autoriza a absolvição sumária por manifesta atipicidade da conduta ganha, desta forma, outros contornos. Na medida em que assume a função política de limitar o poder, o processo penal crítico torna a possibilidade de julgamento antecipado uma ferramenta importante para obstruir que condutas insignificantes ingressem na administração de justiça criminal e, conseqüentemente, atua para constranger a criminalização da miséria e o grande encarceramento.

### **5.3. Campo das Nulidades e das Medidas Cautelares, em especial da prisão:**

Partindo da premissa de que a forma processual foi instituída pelo Estado com o objetivo de regular ele próprio (em uma atuação que poderá terminar com alguém encarcerado), a teoria crítica do processo penal não pode admitir que a prática de um ato irregular produza qualquer efeito.

---

<sup>95</sup> CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*, p. 420

<sup>96</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 534, v. 1

A aversão às formas processuais como instrumentos de garantia do cidadão é típica das concepções autoritárias do processo penal, na qual o poder do Estado-juiz é elevado à máxima potência. Se o princípio da instrumentalidade das formas é a maneira encontrada por modelos totalitários de processo penal<sup>97</sup> para salvar suas próprias violações (regime das nulidades relativas), então, um modelo crítico e democrático há de servir-se integralmente ao contrário: blindagem política e jurídica contra os desvios estatais (regime das nulidades absolutas).

A constituição de um saber processual de batalha para enfrentar o problema das medidas cautelares em geral, e da prisão, em particular, é o nosso maior desafio. A realidade prisional do país é lamentável, com cárceres onde não se respira, superlotação e doenças. Uma máquina de triturar pessoas e expectativas, humilhar famílias e sentenciar permanentemente o preso ao sofrimento. Um processo penal que não tem este funcionamento concreto como pilar de sua teoria e prática deve se assumir como ferramenta à serviço do poder para impor dor e mais nada.

O processo penal crítico, ao contrário, reconhece a imperiosa tarefa permanente de realocação dos conflitos e deve, portanto, manter-se consciente da necessidade cotidiana de “abandonar a violência como interação social e política”.<sup>98</sup> Está, ainda, atravessado pela perspectiva da criminologia radical e, como tal, constitui igualmente um instrumento de resistência à seletividade penal.

A teoria crítica do processo penal compreende “a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social” e tem consciência “da impossibilidade de resolver o problema do crime no capitalismo”.<sup>99</sup>

Comprometido com “as classes trabalhadoras e o conjunto das categorias sociais subalternas e massas marginalizadas”<sup>100</sup>, a prática imposta pela teoria crítica do processo penal não negocia com o paradigma etiológico do delito, o julgamento com base no direito penal do autor, tampouco pode admitir decisões judiciais que violentem a dignidade do povo oprimido do Brasil.

---

<sup>97</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPODVIM, 2013, p. 266

<sup>98</sup> CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: *Escritos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 263.

<sup>99</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. ICPC, 2013, p. 43

<sup>100</sup> Idem.

Recentemente, o juízo de uma das varas criminais do Estado do Rio de Janeiro deferiu mandado genérico de busca e apreensão coletiva em todas as casas do Complexo do Alemão. Milhares de residências sujeitas ao “pé na porta” da polícia.<sup>101</sup>

O compromisso crítico do processo penal com a criação de obstáculos à opressão de classe no país, evidentemente, não permite que uma medida cautelar de busca seja deferida sem determinar especificamente o local e o que deverá ser apreendido. A consequência que se impõe do ponto de vista dogmático e legal é um só: declaração de ilicitude de todas as provas obtidas em agressão à inviolabilidade do domicílio daquelas milhares de pessoas. Uma decisão como esta – eis o motivo da importância de termos juízes críticos no Brasil<sup>102</sup> – produziria uma grande transformação prática, obrigando as agências repressivas a fazerem o que já se sentem obrigadas a fazer quando pretendem cumprir mandados em regiões nobres da cidade.

## 6. Conclusões

A construção de uma teoria crítica do processo penal é um projeto inacabado. Por definição, a teoria deve ser permanentemente sujeita à outras proposições críticas, capazes de retificar suas colocações e, assim, compatibilizar seus pressupostos com o tempo presente. A condição histórica determina a formulação teórica dos instrumentos capazes de produzir novas práxis.

A teoria crítica do processo penal, insere este saber no seio de outros processos políticos, culturais, sociais, econômicos e políticos. A consolidação de novas práticas no contexto de uma persecução penal não está desassociada da luta pela transformação da lógica social do capitalismo, responsável por fortificar o inquisitorialismo e as diversas manifestações do fascismo na sociedade brasileira contemporânea.

A formação de uma nova compreensão do processo penal é inseparável, portanto, de uma nova compreensão do mundo e da experiência política necessária para

---

<sup>101</sup> A notícia está disponível à consulta na internet: “A Justiça autorizou a Polícia Civil a entrar nas casas de moradores do Complexo da Maré, amanhã, durante a ocupação do conjunto de favelas. O mandado coletivo de busca e apreensão foi expedido pelo juiz da 39ª Vara Criminal da capital, Ricardo Coronha Pinheiro, e é válido para todas as residências das favelas Nova Holanda e Parque União, ocupadas pela mesma facção que controla o tráfico no Complexo do Alemão. Nas outras favelas, a polícia ainda não tem mandados para poder revistar imóveis” Notícia disponível em <http://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivo-policia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html> Acesso em 02.06.16

<sup>102</sup> E temos: Por todos, Rubens Casara, Simone Nacif, Marcos Peixoto, Marcelo Semer, Andréa Pachá, Alexandre Morais da Rosa, Kenarik Boujikian, Alexandre Bizoto, Paulo de Oliveira Baldez, Gisele Bondin, Gerivaldo Neiva, Sérgio Verani e Geraldo Prado (os dois últimos, atualmente aposentados), etc.

alterar o estado de coisas. A análise teórica não será possível fora da experiência que nasce das práticas concretas do sistema de justiça criminal.

O desejo de alterar as práticas não apenas coloca em xeque as condições reais de existência, mas produz a modificação da consciência do próprio agente que se põe a pensar a teoria. A teoria crítica do processo penal fomenta, desta forma, esta espécie de prática em que coincidem mudança do sistema de justiça e de si mesmo. Trata-se, em última instância, da assunção de um comportamento crítico pelos atores judiciais e demais agentes do Estado.

A dialética entre teoria e ação social está na base de um processo penal orientado à enfrentar os erros, abusos e violações ocasionados pelo exercício do poder punitivo do Estado. O comportamento crítico dos Atores Judiciais nascerá, portanto, da consciência desta tensão entre poder e resistência, dominação e emancipação, que marca o funcionamento do sistema de justiça criminal.

A teoria crítica possui profunda desconfiança na bondade do poder punitivo e, desta forma, cria inúmeros instrumentos de controle do poder estatal. Instituído um modelo de processo penal concebido como dispositivo de contra-poder jurídico, o pensamento crítico produz transformações sociais e culturais de larga escala e, ainda, oferece melhor segurança de que a decisão judicial será política e juridicamente legítima.

Eis, enfim, a finalidade de uma teoria crítica do processo penal: construir um saber processual que incorpore a realidade concreta do Brasil e nos prepare para atuar neste campo do poder, responsável por organizar as respostas violentas do Estado. Constituir um saber prático que atravesse o sentido das normas processuais e nos permita escrever de forma digna, em atenção às milhares de pessoas encarceradas, sobre direito processual penal. Afinal, como disse Alberto Binder, esta é a disciplina em que se estuda “os mecanismos que nós, seres humanos, utilizamos para prender nossos semelhantes dentro de jaulas”.

## **7. Referências Bibliográficas.**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



ANYIAR, Lolita. *Democracia y Justicia Penal*. Caracas: Ediciones del Congreso de La República, 1992.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do Grande Encarceramento*. Organização Pedro Vieira Abramovay/Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. In: *El Canon neoconstitucional*, org. Miguel Carbonell e outro, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

\_\_\_\_\_. *Política Criminal de la formulación a la práxis*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997

BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência*. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R.R, MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Brasileiro. Dogmática e Crítica. Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*, In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999.

\_\_\_\_\_. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”. *Revista de Estudos Criminais do ITEC*, Sapucaia do Sul, Notadez Informações, nº 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPODVIM, 2013.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

GUASP, Jaime. *Concepto y Metodo de Derecho Penal*. Madri. Editorial Civitas, 1997.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. (1937) In: *Textos Escolhidos*. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jurgen Habermas. Tradução de José Lino Grunnewald (et al). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975.

KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao estado Democrático de Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAM, Maria Lucia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva / Organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva; Carmen Junqueira (et al)* São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. (trad) Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LA BOÉTIE, Étienne, 1530-1563. *Discurso da servidão voluntária*. Casemiro Linarth (trad.) São Paulo: Martin Claret, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOPES JR. Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÖWY, Michael. *A Teoria da Revolução no Jovem Marx*. São Paulo: Boitempo, 2012.

MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941)* In: MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados*. Corrupção, Expectativa e Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2013

\_\_\_\_\_. *O ponto Cego no Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito. Conceito, Objeto, Método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. – Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARX, Karl. “Ad Feuerbach (1845)”, In: K. Marx e F. Engels. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boi Tempo, 2007.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. (trad) Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O Juiz e A Prova. O sintoma político do processo penal. Uma análise da gestão da prova pelo juiz à luz do Direito, História e Psicanálise*. Curitiba: Juruá, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro, MALAN, Diogo, SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro/ Geraldo Prado e Diogo Malan (organizadores) Vol.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NETTO, José Paulo. *Introdução ao Estudo do Método de Marx*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011.

NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. (Organizador). *Curso Livre de Teoria Crítica*. Campinas – SP: Papiros, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Transação Penal*. (O tempo e o modo). Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciência del derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

SANTOS, Boaventura Souza. Derecho y Política. In: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 06, p. 225, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. ICPC, 2013.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. *Direito Penal brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.