

Pedro de Oliveira Alves: Em defesa de outro processo penal

23/09/2023

Em uma das reuniões do Grupo de Estudos da UFPECrim (Liga Acadêmica de Ciências Criminais da UFPE) em julho de 2023, tive a oportunidade de apresentar uma breve palestra sobre os rumos do processo penal brasileiro e as possibilidades de sua pesquisa científica. Neste artigo, proponho dar sequência àquelas reflexões.



No início daquela palestra, apontei cinco teses iniciais:

- 1. Toda proposta de solução prática no processo penal pressupõe uma teoria.** Isso nem sempre é algo explícito no cotidiano forense, mas, como dizia o juiz doutrinador Walter Nunes Jr., *ler o código é diferente de interpretá-lo* [1]. A incompreensão dessa questão leva o jurista à postura mecânica acrítica de ser levado pela opinião das ruas, da mídia ou pelas tendências momentâneas do mundo forense. Por vezes, adotando argumentações sem qualquer base. Esse "operador do direito" desconhece as razões que o levam a decidir daquele modo e convive com um cenário de carência dogmática: tudo isso resultando em uma politização das instituições jurídicas e na degeneração da democracia constitucional.
- 2. Processo Penal não é mera filosofia, mas a filosofia do direito pode auxiliar a prática processual penal.** Considerando a primeira tese, sustentei que a filosofia do direito, a hermenêutica jurídica e a compreensão de teorias da justiça podem estimular o jurista a refletir sobre a qualidade da prestação jurisdicional e as consequências da prática processual. Por isso, a interdisciplinaridade é extremamente benéfica ao estudo do processo penal, mas isso não pode resultar em um sacrifício da dogmática jurídica em face de discussões abstratas.
- 3. Processo Penal não é dogmatismo formalista nem replicação jurisprudencial.** Do mesmo modo, o campo científico e prático do processo penal não pode servir para a produção de um mero repositório de informações ou para uma cultura exegética de adoração à literalidade das leis em prejuízo aos fundamentos constitucionais do processo. Evidentemente, o estudo objetivo e sintético voltado para concursos públicos tem sua importância para os

objetivos que ele propõe, mas a ciência processual penal não se reduz a isso. A conclusão dessa tese também está relacionada ao próximo ponto.

4. O risco de "fetichismo institucional" gera um impasse deliberado na atuação jurídica [2]. Por meio de conceitos muito abertos como separação de poderes ou democracia, há um forte apego ao modelo normativo vigente que incapacita a imaginação sobre novos caminhos regulatórios. Como se a existência dos problemas atuais fosse algo permanente. No processo penal, por vezes, há alegação de princípios abertos como o sistema acusatório para tentar forçar alguma conclusão sem um exame mais profundo da discussão no caso concreto. Como se coubesse ao processualista penal apenas um culto ou uma replicação acrítica dos institutos vigentes.

5. A lógica da pesquisa em Processo Penal pode ser descrita do seguinte modo: 1) identificação de problema específico; 2) exame das respostas tradicionalmente oferecidas como solução do problema (estado da arte e tradição doutrinária e jurisprudencial); 3) proposição da hipótese mais favorável ao indivíduo e à adequada persecução penal (ônus argumentativo comparativo); 4) construção de soluções que reduzam o risco de erro, injustiça e o surgimento de novos problemas. Toda essa metodologia jurídica encontra-se baseada no racionalismo crítico proposto por Karl Popper [3].

Interessante notar que esse raciocínio de busca das hipóteses mais vantajosas encontra respaldo na seara criminal. Isso porque a primeira hipótese trabalhada na investigação criminal até o recebimento da denúncia é a *hipótese de inocência* do indivíduo (presumida constitucionalmente). Esta somente será afastada após um rigoroso processo argumentativo, com respeito ao contraditório, à ampla defesa e com observância de todas suas garantias.

Em grau recursal, por outro lado, a hipótese inicial pode ser vista como a manutenção da decisão do juízo *a quo*. Afinal, é preciso que o recorrente demonstre a fragilidade da decisão recorrida, buscando refutar aquela argumentação judicial.

Considerando essas questões, é possível visualizar algumas potenciais funções da ciência processual penal.

Em primeiro lugar, há uma função importante relacionada ao dever de identificar, verificar e discutir fragilidades (na investigação criminal, no curso do processo, na produção de provas, na atividade cognitiva judicial, ...). Assim, o raciocínio jurídico na prática penal é voltado para potenciais equívocos, erros e inadequações. O juiz criminal, por exemplo, deve sempre evitar possíveis fragilidades processuais que possam gerar uma indesejável anulação da produção de uma prova ou do processo como um todo. Por outro lado, o advogado criminal trabalha, muitas vezes, na atividade de detectar as fragilidades argumentativas da acusação ou de uma decisão judicial. E até mesmo o órgão de acusação também constrói sua argumentação sobre a materialidade e a autoria do crime com a tentativa de evitar a promoção dessas fragilidades processuais.

Por isso, desde a graduação, os estudantes devem ser estimulados à "lógica do erro", um pensamento orientado à verificação de potenciais equívocos na investigação, no curso do processo e nas sentenças/acórdãos criminais.

Essa discussão tem começado a ganhar mais força. Observando as novas discussões da filosofia da ciência e o pensamento de Karl Popper, o desembargador federal Fernando Braga Damasceno propôs metodologia semelhante para o direito probatório em sua recente tese de doutorado pela UFPE [4].

Também o Defensor Público Denis Sampaio, em seu livro *Valoração da Prova Penal*, aborda proposta semelhante a partir de Karl Popper para um controle da produção e valoração de provas no curso do processo penal [5].

Como apontava o filósofo Karl Popper, a ciência não se propõe à obtenção de um conhecimento certo e indiscutível. Pelo contrário, considerando a incerteza do conhecimento humano, se propõe à investigação da apuração de erros e refutação de conjecturas, buscando a melhor decisão possível segundo o estado atual de conhecimento [6]. Raciocínio aplicável, portanto, ao direito processual.

Nesse sentido, as recentes iniciativas de competições de processo penal e simulações de julgamentos auxiliam no desenvolvimento destas habilidades essenciais. Afinal, o modo tradicional das faculdades do direito não prepara totalmente o estudante para o mundo jurídico prático. E até mesmo as disciplinas "práticas" estão ainda muito distantes daquilo que prometem ser.

Uma segunda função desta ciência criminal é o mapeamento dos erros mais comuns da prática penal, das técnicas probatórias e dos padrões decisórios. Na medida em que possibilita a sistematização da prática processual real, pode oferecer um diagnóstico empírico para uma futura reformulação do direito processual penal. Nesse caso, a pesquisa em processo penal é estruturada pela construção do repertório teórico, pela produção de um diagnóstico sobre a realidade processual e pela reflexão sobre como as injustiças podem ser evitadas ou mitigadas.

Por isso, é preciso estimular práticas de monitoramento do processo penal, repensando seu potencial crítico na academia jurídica, nos cursos de formação das escolas judiciais e do ministério público, com a consolidação de novos grupos de pesquisa e ação.

Por meio de todas essas iniciativas, é possível adotar uma postura diferente em relação ao processo penal. Para que este não seja "capturado" por outras ciências e que tenha sua autonomia científica aproveitada. Porque a ciência processual penal não é um apêndice do processo civil nem do direito penal. Também não é uma discussão criminológica nem pode ser uma defesa político-ideológica de bandeiras genéricas.

Por isso, aliás, sempre adotei a seguinte estratégia ao iniciar as disciplinas de Processo Penal no curso de graduação da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE): no primeiro dia de aula, argumentei que "não importa se você nunca gostou de direito penal ou se detestou as cadeiras de processo civil ou de criminologia, pois o processo penal segue uma lógica própria e tentarei mostrar o quão interessante pode ser". Evidentemente, sempre torci para que eles fossem os melhores alunos possíveis e com boa formação nessas outras áreas. Mas a estratégia tinha dois efeitos: 1) evitar o afastamento e a antipatia preconceituosa do aluno em relação à matéria; 2) construir o conhecimento básico do processo penal quase a partir do zero, examinando seus fundamentos e sua estrutura principiológica. Somente depois de conhecer seus alicerces

teóricos seria possível o exame detido dos problemas processuais penais, com a discussão dos dispositivos normativos, das posições doutrinárias e das construções jurisprudenciais.

É verdade que meus ex-alunos de Processo Penal não me disseram que detestaram a disciplina. Pode ser que realmente tenha funcionado ou que eles apenas não tenham confessado. Mas o *feedback* positivo é uma realidade. Isso porque todos os temas das disciplinas foram discutidos a partir de um exame comparativo das principais posições doutrinárias e jurisprudenciais, além de estimular a participação de especialistas da área nas disciplinas e de oferecer atividades opcionais como elaboração de artigos científicos, resolução de casos e participação de litigantes com experiência em competições de processo penal. Tudo ficou ainda melhor com a participação de monitores/estagiários como Felipe Gustavo Oliveira e Juliana Trindade na época.

Como sabemos, o processo civil enquanto campo científico se consolidou de modo mais célere e as disciplinas de "Teoria Geral do Processo" foram quase sempre teorias gerais do processo civil. Muitos assuntos em Processo Penal ainda estão "engatinhando" ou sofrendo reviravoltas constantes na jurisprudência brasileira. Mas se tivéssemos que enquadrar o processo penal em alguma grande área jurídica, talvez fosse melhor observar sua existência enquanto aplicação de uma teoria especial dos direitos fundamentais. Por um lado, o dever constitucional de promover a proteção dos bens jurídicos e a eficiente persecução criminal para a adequada apuração de responsabilidade. Por outro lado, direitos fundamentais básicos do indivíduo que exigem que a atuação estatal seja expressamente autorizada e estritamente proporcional no caso concreto. Não para que isso se resolva por uma ponderação arbitrária, mas para que se estimule um exame rigoroso da legitimidade e exigibilidade da atuação estatal (representada pela autoridade policial, ministerial ou judicial).

Muitas vezes, o debate acaba sendo reduzido em um confronto ingênuo de "punitivistas" *versus* "garantistas". A questão, porém, é muito mais complexa. O enfrentamento contra o histórico autoritarismo na área criminal continua sendo extremamente importante, mas isso também não pode servir para um garantismo ingênuo ou uma onda de impunidade em detrimento das vítimas e da proteção de bens jurídicos.

Sem critérios jurídicos e sem rigor metodológico, haverá o constante risco de corrosão do regime de liberdades da democracia constitucional. Para isso, é preciso estimular uma doutrina jurídica que realmente se esforce em elaborar uma dogmática para orientação da atividade dos juristas. E é preciso que a academia seja uma instituição pensante e de controle da prática real. Tudo isso se torna mais difícil quando as atividades acadêmicas são sabotadas pelas vaidades e pelos jogos de poder ou quando são capturadas pela loucura dos concurseiros ou dos filósofos/cinéfilos alheios ao mundo jurídico que ocupam posições importantes na academia. Há também o problema dos "políticos sem voto" que, muitas vezes, assumem o ensino jurídico para destilar suas posições de política criminal. Mas esse é um problema que não afeta apenas essa disciplina específica.

Em tom de conclusão, alertamos para o fato de que um outro Processo Penal, mais democrático e mais próximo da prática jurídica real, será possível quando tentarmos construir uma outra formação jurídica, preocupada em efetivar os direitos fundamentais e mais próxima do

cotidiano forense, com construções jurídico-dogmáticas sérias.

[1] Para uma visão mais ampla da teoria constitucional do processo penal defendida pelo citado jurista, cf. SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3. ed. Natal: OWL, 2021.

[2] A expressão “fetichismo institucional”, adotada por Roberto Mangabeira Unger, é adotada de modo semelhante neste artigo. Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

[3] Sobre a adoção da metodologia proposta por Karl Popper ao direito, conferir nossas recentes publicações: ALVES, Pedro de Oliveira. *Mutações constitucionais e racionalismo crítico*. São Paulo: dialética, 2022; ALVES, Pedro de Oliveira. Retórica analítica x Racionalismo crítico: reflexões sobre dois possíveis modelos de análise de decisões judiciais. *Revista Acadêmica (UFPE)*, v. 94, 2022, p. 142-ss.

[4] DAMASCENO, Fernando Braga. *O Sistema Brasileiro de Valoração da Prova Judicial: um modelo mediado pela Ciência do Direito Probatório que leva a sério o erro*. Recife: tese de doutorado em direito pela UFPE, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/49955>

[5] SAMPAIO, Denis. *Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. Florianópolis: Emais Editora, 2022.

[6] POPPER, Karl. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-set-23/pedro-oliveira-alves-defesa-outro-processo-penal/>