

INTERSEÇÕES ENTRE COLONIALISMO E PROCESSO PENAL NA AMÉRICA LATINA: UMA PROPOSTA EPISTEMOLÓGICA E POLÍTICO-CRIMINAL

*INTERSECTIONS BETWEEN COLONIALISM AND CRIMINAL PROCEDURE LAW IN
LATIN AMERICA: AN EPISTEMOLOGICAL AND CRIMINAL POLICY PROPOSAL*

JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestra em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada Criminalista.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9330393568016639>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-5889-4794>].
jessicaffreitas@yahoo.com.br

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. *Profesor titular del Doctorado en Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016-2020).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9227-6212>].
marco@nunesdasilveira.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008>].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 24.07.2023

Última versão dos autores: 08.08.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

RESUMO: No presente artigo, discute-se as relações existentes entre colonialismo e direito processual penal, destacando-se a necessidade de agregar as discussões sobre o colonialismo aos debates da disciplina, sobretudo, no contexto das reformas processuais penais que têm ocorrido em países latino-americanos. A análise merece

ABSTRACT: This article aims to discuss the existing relationships between colonialism and criminal procedural law, highlighting the need to add discussions about decolonialism to the discipline's debates, especially in the context of criminal procedural reforms that have occurred in Latin American countries. The analysis is based on the

é realizada a partir da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, com ênfase em seu livro mais recente, *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. Aponta-se a existência de duas frentes de discussão que ser incorporadas e aprofundadas nos debates processuais penais. De um lado, a frente epistemológica, voltada à construção de um saber marginal e decolonial. De outro, a frente político-criminal, que destaca o colonialismo como fio condutor da história do sistema penal em nossa região. A incorporação de tais discussões aos debates sobre as reformas processuais penais visa a contribuir para a construção de políticas criminais voltadas à redução do hiato historicamente existente entre o ser e o dever ser do processo penal na nossa região e à construção de um modelo de justiça criminal menos seletivo e violento.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialismo – Direito processual penal – América Latina – Reformas processuais penais.

work of Eugenio Raúl Zaffaroni, with an emphasis on his latest book, *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. Two fronts of discussion are pointed out as deserving to be incorporated and deepened in criminal procedural debates. On the one hand, the epistemological front, focused on constructing a marginal and decolonial knowledge. On the other hand, criminal policy front, which highlights colonialism as the guiding thread of the history of the criminal justice system in our region. The incorporation of such discussions into debates about criminal procedural reforms aims to contribute to the construction of criminal policies aimed at reducing the historically existing gap between the being and the ought to be of criminal procedure in our region and to construct a less selective and violent criminal justice model.

KEYWORDS: Colonialism – Criminal procedure law – Latin America – Criminal justice reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ausências narrativas no direito processual penal. 3. Frente epistemológica: por um saber marginal e decolonial. 4. Frente político-criminal: o enfrentamento do colonialismo como fio condutor das reformas processuais penais. 5. O sistema penal multiportas como um possível caminho para a adoção de práticas penais descolonizadoras. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em seus trabalhos sobre verdade, prova e evidência, Rui Cunha Martins afirma que a verdade é apenas um dentre diversos dispositivos processuais, que se constituem em geometrias variáveis, a partir da articulação de seus distintos elementos constitutivos. A verdade, afirma o autor, é sempre uma questão de lugar (MARTINS, 2010, p. 88).

Por certo, Rui Cunha Martins se debruça sobre o *locus* da verdade no encadeamento de atos que forma o processo penal. Neste artigo, porém, pede-se licença ao professor português para a atribuição de sentido diverso à frase, tomando-a como ponto de partida para a discussão proposta. A verdade, reafirma-se, é sempre uma questão de lugar. Porém, a “lugar”, aqui, atribui-se sentido geográfico, ou, ainda, geopolítico.

As matrizes europeias do processo penal brasileiro – e latino-americano – trazem a história das fogueiras e da declaração de direitos do homem. Das trevas medievais seguidas

das luzes renascentistas. O processo penal forjado na modernidade europeia a partir de valores humanistas assume a legitimidade da pena, a confiança nas instituições judiciais e se ocupa de critérios-verdade para que, racionalmente, se alcance um resultado justo, ou seja, que não isente culpados ou puna inocentes. Contudo, a ambição de universalidade e neutralidade dos pressupostos teóricos e racionais do direito, e, por conseguinte, do direito processual penal, é expressão de uma totalidade que ignora os que se situam à margem, que despreza a razão do outro. E, com Dussel, aprende-se que a América Latina é o outro em relação à totalidade europeia (DUSSEL, 1986, p. 186). Por isso, sem desconsiderar as contribuições teóricas advindas de países europeus (e norte-americanos), destaca-se a importância de incorporar novas perspectivas e agendas de investigação, de modo a construir um conhecimento mais diverso, inclusivo e de acordo com a realidade local (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 11).

Sabe-se que a preocupação com um conhecimento penal próprio da América Latina, como projeto teórico e político, não é inédita, sendo possível resgatá-la na criminologia crítica produzida, sobretudo, nas décadas de 70 e 80. Toma-se por exemplo a proposta de uma criminologia crítica latino-americana – ou criminologia da libertação – desenvolvida por Lola Aniyar de Castro (2005) e o importante trabalho jurídico e historiográfico de Rosa del Olmo (1981). Porém, desde e para além das fronteiras da criminologia crítica, com abrangência que alcança o direito penal e processo penal, merece destaque o longo percurso teórico desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni sobre os mecanismos de controle social na realidade marginal latino-americana. É sobretudo o conteúdo de sua obra mais recente que ampara o presente trabalho¹.

Zaffaroni (2022, p. 09) se propõe a elaborar uma história longa dos direitos humanos, apta a suprir o que chama de ausências narrativas. O fio condutor dessa história é o colonialismo, elemento fundante da história mundial e constitutivo de um patrimônio cultural criminal da humanidade. Tal patrimônio cultural peculiar é formado pela experiência de enormes crimes negados ou racionalizados pela humanidade (ZAFFARONI, 2022, p. 12), entre os quais tem lugar privilegiado o genocídio decorrente da conquista da América que resultou em um saldo de dezenas de milhões de mortos (ZAFFARONI, 2022, p. 16).

O colonialismo, neste contexto, não pode ser compreendido como um eco do passado que projeta sombras sobre o presente, mas como um processo contínuo, que pode ser sentido, nos dias atuais, pela persistência de formas extremas de violência, exclusão e discriminação (ITURRALDE, 2023, p. 54).

Na condição de fio condutor de uma história criminal da humanidade e, por conseguinte, matéria-prima da conformação de seus sistemas de controle social, as dimensões e implicações do colonialismo não são indiferentes para o processo penal, seja na sua elaboração teórica, seja na sua operacionalidade concreta. No entanto, são alheias ao discurso processual penal hegemônico, que também padece de importantes ausências narrativas.

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonialismo y derechos humanos* – Apuntes para una historia criminal del mundo. (Spanish Edition). Penguin Random House Grupo Editorial Argentina. Edição do Kindle. A obra ainda não possui tradução para o português ou edição brasileira em língua espanhola.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 199, ano 31. p. 153-175. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008].

Neste sentido, é possível mencionar as reformas dos códigos de processo penal de diversos países da América Latina, que têm ocorrido desde fins da década de 80, com o propósito de substituir os modelos inquisitórios por acusatórios ou adversariais. Ao se avaliar os pressupostos teóricos das reformas, observa-se que a literatura processual penal insiste em passar ao largo da discussão sobre a legitimidade do poder de punir e suas conformações em nosso contexto periférico. Diante disso, se assiste à reprodução de estruturas e saberes moldados em países do norte global, que pouco contribuem para a elaboração de modelos atentos às especificidades do sistema penal latino-americano.

A obra de Eugenio Raúl Zaffaroni (1988), notadamente o último livro publicado, proporciona duas importantes frentes de discussão: uma epistemológica e outra político-criminal. Não é novidade o chamado a pensar desde nossa margem que evoca, aliás, a dimensão política e emancipatória de importantes correntes do pensamento latino-americano. Como proposto por Zaffaroni, é preciso romper com o normativismo jurídico radical que impõe o alheamento do direito da realidade social e com o saber por *inquisitivo*, senhorial, patriarcal e hierarquizante do norte, para construir um saber insurgente, integrado ao que o autor denomina espírito do sul (ZAFFARONI, 2022).

Na frente jurídica e político-criminal, destaca-se a centralidade conferida ao colonialismo na constituição das sociedades do Sul Global, com o enraizamento de violências estruturais ligadas ao patriarcado e às discriminações de gênero, racismo e às hierarquias de classe. Se, em obra anterior, Zaffaroni direcionou sua análise para a América Latina, na mais recente, o percurso histórico é mais amplo e a análise se estende a outros continentes. O autor, como já dito, aponta a existência de um patrimônio cultural criminal da humanidade, formado por crimes praticados por agentes do Estado. No entanto, tal história cultural – cujo fio condutor é o colonialismo – é reprimida e encoberta, por meio de variados mecanismos de fuga ideológicos e tecnológicos (ZAFFARONI, 2022, p. 13).

No presente artigo, as duas frentes apontadas serão objeto de análise, a partir do entrelaçamento com discussões processuais penais, com o propósito de suplantar ausências narrativas e insuficiências teóricas que permeiam o processo penal em nossa região e direcionar a elaboração de respostas adequadas aos problemas historicamente vivenciados.

2. AUSÊNCIAS NARRATIVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Ao tratar das relações entre campo jurídico e capital científico, Geraldo Prado afirma que a retórica da modernidade, lastreada nos eixos da racionalidade, humanismo e proceduralismo, perseguiu a construção de um determinado discurso sobre o direito penal (PRADO, 2012, p. 35). De acordo com o autor, o direito penal deveria fundamentar a intervenção do poder punitivo, justificando-a como resposta a comportamentos previstos como lesivos aos interesses vitais de outras pessoas (PRADO, 2012, p. 35). Por sua vez, a apuração do delito haveria de ocorrer em um contexto de responsabilização que demandaria um processo dotado de garantias e comandado pelo princípio da presunção de inocência (PRADO, 2012, p. 35).

Não há dúvidas de que a razão moderna apresentou contribuições importantes à formação do pensamento jurídico que se estende à contemporaneidade. Villey (2005, p. 175) destaca a laicidade e o individualismo. Pela laicidade, o direito moderno se opõe ao direito clerical da alta Idade Média, com a adoção de um procedimento puramente racional, que atribui finalidades ao Direito e ao Estado. O individualismo assenta que o primeiro objeto de conhecimento é o indivíduo, ponto de partida de toda doutrina. Haveria, então, no mundo moderno, certo consenso em torno de algumas teses, todas marcadas por um selo individualista: a existência de “direitos naturais” dos indivíduos; construção artificial do Estado pelo contrato social, para utilidade dos indivíduos; positivismo jurídico; e a noção do direito subjetivo (VILLEY, 2005, p. 177).

Diante do propósito de racionalização do sistema jurídico, a lei configuraria uma garantia abstrata de igualdade e os juízes, responsáveis pela adjudicação das consequências penais aos acusados, atuariam de forma imparcial e descompromissada com as políticas de segurança pública dos Estados (PRADO, 2012, p. 35). O “olho da lei”, aponta Stolleis (2014, p. 13), promete a onipresença do direito, a igualdade perante a lei e o domínio da lei em vez do domínio dos homens e é o símbolo da objetividade do direito em face da dupla subjetividade do poder e da clemência.

Coube aos juristas a tarefa de conceber teses que dessem conta do intento de racionalização e legitimação do poder punitivo, conforme o discurso da modernidade, tarefa assumida a partir de padrões científicos peculiares ao positivismo (BUSATO, 2011, p. 117). O conhecimento é situado em um plano abstrato e idealizado como meio eficaz de se alcançar a verdade e, assim, garantir ordem e estabilidade, o que o distancia do contato com a realidade e do confronto com o tema do Poder (PRADO, 2012, p. 39/40).

Na América Latina, a cultura jurídica, fundamentalmente formalista, está ancorada no Século XIX europeu e em uma interpretação do liberalismo político e jurídico condizente com o período (BONILLA MALDONADO, 2012, p. 111). Apoia-se em uma razão universal e atemporal que, se usada de maneira adequada, geraria produtos jurídicos que são oponíveis a qualquer indivíduo em qualquer período histórico. Além disso, o formalismo sustenta a ideia de que o direito deve ser um sistema fechado, autônomo e composto por um conjunto de normas jurídicas hierarquizadas e abstratas, que “deve depurar-se de qualquer variável que o conecte com a contingência e a confusão que são comuns na vida social” (BONILLA MALDONADO, 2012, p. 112 e 114). Por consequência, depara-se com o distanciamento entre o direito e a realidade social e com a busca por conceitos puros e racionais, o que Zaffaroni (2021, p. 21) chama de “dissociações normativistas”. Diante da impossibilidade de compatibilização entre o conteúdo do “mundo normativo penal” e do mundo real, recorre-se a teorias do conhecimento que permitam dissociar os dados reais dos dados normativos, fazendo do direito um saber científico lógico, alheio a qualquer dado empírico acerca do social e, por conseguinte, imune a qualquer questionamento político democrático (ZAFFARONI, 2021, p. 21 e 104).

Eis a redoma que circunda o direito penal e, no que interessa mais ao propósito deste artigo, o processo penal, e que resulta em um alheamento sobre os efeitos concretos do poder punitivo na vida das pessoas. Com efeito, os valores proclamados nas revoluções liberais

moldaram a formação do Estado Moderno e do direito, dotando-o de conceitos que nos são caros, como igualdade, liberdade e dignidade. Todavia, não se pode ignorar que a modernidade é um processo que, desde o início, se mostrou contraditório e suas promessas estão inseridas nesta complexidade e contradição.

Uma dessas contradições é exposta por Losurdo, ao dispor que as revoluções liberais foram um entrelaçamento de emancipação e desemanipação (LOSURDO, 2006, p. 315). De um lado, a reação ao absolutismo, a demanda por limitação do poder e a luta pela liberdade; de outro, o expansionismo colonial e a prevalência da escravidão. É também o que propõe Mignolo (2017) quando afirma que a colonialidade é o lado oculto da modernidade.

Ao fundar o discurso jurídico em um ideário liberal-moderno dissociado de sua historicidade, perde-se a dimensão social do direito, seu feitiço político, ocultam-se as ideologias, reduz-se a capacidade de crítica e transformação. Operam-se ausências narrativas (ZAFFARONI, 2022), silenciamentos e oclusões.

Este é um espaço que tem sido comodamente ocupado pelo processo penal.

É interessante o argumento apresentado por Langer (2017) sobre o enraizamento e os impactos da centralidade das categorias acusatório-inquisitório no processo penal. De acordo com o pesquisador, os termos acusatório e inquisitório têm longa trajetória no processo penal, mas foi entre a segunda metade do Século XVIII e a primeira metade do Século XIX que passaram a ser utilizados para comparar jurisdições da *civil e common law* (LANGER, 2017, p. 309). Langer aponta que o conteúdo atribuído a tais categorias variou muito – e ainda varia –, sendo possível distinguir diferentes concepções teóricas a elas relacionadas.

Em síntese, a dicotomia acusatório-inquisitório teria contribuído, segundo o autor, para limitar os tipos de temas ou questões a que se dedica o processo penal comparado; para cegar os participantes jurídicos, tornando invisíveis outros temas e perspectivas teóricas alternativas; concentrariam os interesses em um conjunto limitado de instituições e atores, como o papel do juiz e do órgão de acusação, deixando de lado outros que também merecem atenção, tais como as polícias e agências administrativas que desenvolvem algum papel no processo penal (LANGER, 2017, p. 308-309; 326-327).

Outro aspecto relevante são as limitações geográficas perpetuadas a partir do foco nas referidas categorias. Para Langer (2017, p. 326), o processo penal comparado tem concentrado interesses em compreender e explicar as diferenças entre as jurisdições anglo-americanas e as europeias continentais, conferindo papel central à Inglaterra, Estados Unidos, França e Itália. Dessa forma, foram colocados de lado o processo penal de países em desenvolvimento – como os latino-americanos.

Por certo, não se despreza a discussão sobre os sistemas processuais penais e sua relevância para o processo penal. Vale lembrar que, conforme Zaffaroni (2013, p. 28-29), foi o momento inquisitorial que deu origem ao poder punitivo descontrolado e emergencial que ainda sobrevive em nosso tempo. No entanto, a multiplicidade das características associadas a um ou outro sistema acaba por esvaziá-los de substância, reduzindo-os a molduras que servem para enquadrar as jurisdições penais, sobretudo quando a categorização é limitada a aspectos insuficientes – quicá formais –, como a mera existência ou não de partes, como apregoa a parcela majoritária da doutrina brasileira.

Langer (2017, p. 308) defende, com razão, que é preciso “transcender a grande sombra teórica e temática das categorias acusatório e inquisitório” para que se possa alargar e aprofundar o conhecimento e compreensões que o processo penal comparado pode produzir. Uma das estratégias propostas é o comprometimento com uma maior variedade de literaturas teóricas, como direito e economia, ciência política, criminologia e sociologia (LANGER, 2017, p. 331).

Na esteira da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018), contudo, esse “transcender” – ainda que deva se constituir em reflexão crítica, filosófica e pluridisciplinar, como o autor tem defendido há mais de três décadas – não pode representar a aniquilação de categorias jurídicas que se prestam a revelar os excessos punitivos encalacrados nas estruturas processuais penais, excessos que quase sempre atingem aqueles mais vulneráveis.

Com efeito, o discurso da superação da dicotomia inquisitório-acusatório, ainda que o pretexto seja a alargar o escopo dos debates sobre a justiça criminal, tende a (re)produzir um espaço pragmatista de discussão sobre a reforma do CPP, mais sujeito a influências ideológicas, de matriz economicista, que se dirigem a debates sobre eficientismo, reserva do possível, entre outros, sempre afastados dos pilares básicos daquilo que deve ser um processo penal democrático. No contexto brasileiro, embora tais expressões não sejam sinônimas, a natureza inquisitiva do processo penal é indissociável de sua origem autoritária e seu viés punitivo.

Nesse contexto, o que se sustenta no presente artigo – e de onde emerge a relevância de se valer da obra de Zaffaroni – é a urgência de se alargar os limites geográficos da compreensão do processo penal. Assim, entende-se que é necessário ter acesso a diversificadas ferramentas teóricas que possam contribuir para a construção de um processo penal acusatório, atento aos direitos humanos e guiado por uma política criminal voltada à contenção de autoritarismos e redução do sofrimento causado pelo poder punitivo.

São muitas as ausências perceptíveis no processo penal. A experiência brasileira revela uma grande dissociação entre o ser e o dever ser, entre a estruturação constitucional do processo penal – e não só do processo penal – e a operacionalidade concreta do sistema de justiça criminal. Por exemplo, a entrada em vigor de leis cujo propósito era a redução do uso da prisão preventiva, como a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão (Lei 12.403/2011) e da audiência de custódia não impactaram concretamente os dados sobre o número de presos sem condenação.

Há outras questões latentes que, embora centrais no sistema de justiça criminal brasileiro, são consideradas alheias ao processo penal. O alto índice de violência e letalidade policial, o nítido recorte racial da população submetida à persecução penal e encarcerada²,

2. Segundo dados divulgados pelo Departamento Penitenciário referentes ao período de janeiro a junho de 2022, 51,02% da população carcerária é parda e 16,79% preta. Dados disponíveis em: [https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojY2Q3MmZINTYtODY4Yi00Y2Q4LWFlZDUtZTcwOWI3YmUwY2IyIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9]. Acesso em: 13.11.2022.

a prevalência de determinados crimes entre os presos provisórios e sentenciados³, a revitização de mulheres que sofrem violência de gênero e a abordagem machista dos sujeitos que atuam nestes casos⁴, as vulnerabilidades sociais que impactam na seleção dos sujeitos que serão submetidos ao sistema penal e, ao mesmo tempo, silencia vítimas, entre outras. Há, sim, vozes dissonantes e esforços para introduzir tais discussões no âmbito do processo penal, mas a resistência é grande.

No cenário latino-americano, as reformas processuais penais lograram êxito em alcançar mudanças importantes, centradas na superação do modelo inquisitório e consolidação de um sistema acusatório ou adversarial. No entanto, o “pacote acusatório” inclui institutos negociais importados de sistemas jurídicos distintos e cuja análise demanda ferramentas teóricas que transcendam a seara do dever ser, pois tais institutos interagem com

3. Ainda, de acordo com os dados mencionados na nota anterior, tem-se que 40,38% dos presos são acusados ou condenados por crimes contra o patrimônio e 28,74% por crimes previstos na lei de drogas. Se analisarmos apenas os dados relacionados ao encarceramento feminino, o índice de presas por crimes relacionados a drogas é de 54%.

4. É importante ressaltar que não se questiona a inviolabilidade das garantias processuais penais, notadamente, o direito de defesa, que é de praxe ser desprezado no Brasil. No entanto, observa-se que, a pretexto de salvaguardar tais garantias, há uma enorme resistência em se abordar determinados temas que atravessam a justiça criminal. Um exemplo bem atual é a questão de gênero. O Brasil possui números alarmantes de violência contra a mulher. Como observam Ana Lucia Sabadell e Paloma Engelke Muniz, o sistema jurídico brasileiro reflete uma suposta “forma masculina” de ver e relacionar-se com o mundo, sendo possível identificar elementos que reproduzem a discriminação da mulher em todos os níveis da atividade jurídica (SABADELL; MUNIZ, 2020, p. 28/29). As autoras invocam o conceito de patriarcalismo jurídico para indicar como a violência de gênero se perpetua por meio da norma, da doutrina e da prática jurídica. Neste contexto, não causa estranheza que debates sobre a justificabilidade de se sustentar a “legítima defesa da honra” em casos de feminicídio ou a desmoralização e humilhação da vítima de crimes sexuais sejam ainda atuais e acalorados. Convém destacar o “caso Mariana Ferrer”, que ganhou repercussão depois de ter circulado na internet vídeos da audiência de instrução da ação penal na qual Mariana consta como vítima de estupro. O nível de desrespeito e humilhação sofridos ensejou reações que culminaram na aprovação da Lei 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), que tem por escopo coibir a prática de violência institucional contra a vítima, notadamente, em casos de apuração de crimes contra a dignidade sexual. Há também a ADPF 779, na qual se questiona a constitucionalidade da arguição da “legítima defesa da honra”. Foi deferida medida cautelar para firmar o entendimento sobre a inconstitucionalidade da tese – o mérito ainda está pendente de julgamento. Embora esta autora não esteja de acordo com a estratégia adotada para se coibir o uso do argumento notoriamente machista, as reações à medida são ainda mais inquietantes. Observa-se uma recusa absoluta à incorporação de questões relacionadas a gênero no âmbito da justiça criminal, sob o pretexto de se tratar de tema social ou cultural, alheio aos conteúdos afeitos ao processo penal. Sustenta-se a violação da garantia da ampla defesa, pois se estaria restringindo as possibilidades de defesa dos acusados de violências contra mulheres, sem dimensionar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República brasileira, que também é signatária de pactos internacionais voltados ao combate da discriminação e violência de gênero. Em síntese, verifica-se um contraponto entre direitos da vítima e do acusado, com uma compreensão – evidentemente rasa – de que é impossível atuar nas duas frentes, ou seja, reclamar a máxima efetividade dos direitos e das garantias constitucionais do investigado/acusado e o respeito à integridade psíquica e da dignidade da vítima.

características muito próprias de nossa região, como o “violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 173)⁵.

Em face deste cenário, as discussões sobre colonialismo e seus reflexos no sistema de justiça criminal apresentam um potencial a ser explorado, de modo a subsidiar a incorporação de novas e necessárias discussões ao campo processual penal. Como já exposto na introdução, neste artigo destacam-se as frentes epistemológica e jurídico-penal, que serão tratadas nos tópicos seguintes.

3. FRENTE EPISTEMOLÓGICA: POR UM SABER MARGINAL E DECOLONIAL

A demanda por um pensamento social e político próprio da América Latina não é recente, embora haja ainda um longo caminho a ser percorrido. Desde seus primórdios, a filosofia latino-americana carrega uma vocação política, que ainda subsiste diante do reconhecimento de que a ciência, enquanto saber universal, exclui os países periféricos e da necessidade de emancipação em face dos saberes eurocêntricos.

Um dos momentos marcantes da trajetória de construção do pensamento filosófico e social latino-americano é o debate estabelecido entre Leopoldo Zea, filósofo mexicano, e o peruano Augusto Salazar Bondy, a partir da publicação, em 1968, da obra *¿Existe una filosofía de nuestra América?* por Bondy.

O filósofo peruano questiona se existiu ou não uma filosofia de nossa América e, caso negativo, se poderia haver e em quais condições. Mediante uma reflexão sobre os termos originalidade, autenticidade e peculiaridade, Bondy conclui que a filosofia produzida por autores latino-americanos deriva de mera recepção e repetição de ondas do pensamento europeu, sem nenhuma evolução interna ou reelaboração (PINTO, 2012, p. 340). Neste contexto, o papel da filosofia latino-americana seria promover a consciência e negação da condição de dominação e subdesenvolvimento e, assim, superar o estado de alienação (PINTO, 2012, p. 341). Só então seria possível se falar em uma filosofia original e autêntica em nossa região.

Leopoldo Zea contrapõe este argumento ao afirmar que há uma tradição de pensamento autenticamente latino-americano e questiona o próprio questionamento sobre a possibilidade de uma filosofia latino-americana, levantado por Bondy. Zea critica o universalismo hegemônico e abstrato da filosofia ocidental, afirmando que é necessário filosofar sobre os problemas emergidos das circunstâncias latino-americanas como expressão

5. No mesmo sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 77), ao tratar dos modelos de justiça negociada que têm sido importados em algumas das reformas latino-americanas, afirma que “não bastasse tudo, em países periféricos, nos quais a modernidade ainda não se fez em boa dose, a jurisdição segue sendo – pelo controle, bem ou mal, que se propicia dela – melhor que a liberdade plena individual, muito ao gosto das posturas neoliberais, pelas quais as diferenças se superam pelo manejo retórico, em geral de modo muito favorável (mesmo aos que têm boas intenções) aos senhores do poder e contra a massa menos favorecida. Posturas assim, por elementar, servem para debilitar a já carcomida cidadania do brasileiro; e se prega em nome de deuses menores como o mercado”.

histórico-cultural concreta (PINTO, 2012, p. 344). Sustenta que, para ser original e autêntica, a filosofia latino-americana não precisa ser inovadora, pois pode beber em outras fontes e adaptar os cânones da filosofia ocidentais à sua realidade. Propõe uma filosofia como instrumento de transformação da realidade, capaz de buscar soluções para os problemas da dominação e dependência a que estão submetidos os países latino-americanos (PINTO, 2012, p. 344). Sobre a primeira pergunta formulada por Bondy, Zea (1989, p. 48) afirma que só cabe uma resposta: não só é possível falar de uma filosofia latino-americana, como esta se fez e se faz presente, independentemente da forma assumida, da sua autenticidade ou inautenticidade.

O percurso do pensamento filosófico-social-econômico da América Latina passa por muitas e importantes teorias e pensadores, que não serão aqui detalhados por fugir do propósito específico deste artigo. O intento é ressaltar a riqueza da tradição crítica em nossa região que, em diferentes campos do saber e abordagens, denuncia um projeto eurocêntrico e propõe que o olhar dos pensadores latino-americanos se volte para a própria América Latina.

Em um contexto mais recente, têm ganhado espaço as teorias decoloniais, desenvolvidas pelo Grupo Modernidade/Colonialidade. Trata-se de uma virada epistêmica fundamental para a renovação crítica das ciências sociais latino-americanas no século XXI, ao desafiar os “paradigmas eurocêtricos hegemônicos” e defender a construção de um saber que seja demarcado espacial e temporalmente, além de geopoliticamente localizado (CARVALHO, 2021, p. 19). Compreende-se que a colonialidade é uma matriz de poder que sobreviveu à independência das colônias originárias nas Américas e se desdobra em três dimensões: a colonialidade do poder, do saber e do ser (CARVALHO, 2021, p. 31).

Apesar da pluralidade do pensamento decolonial, é possível apontar alguns pontos comuns, sobretudo nas elaborações de Quijano, Wallerstein, Dussel e Mignolo: a percepção de que a modernidade possui uma face oculta e violenta, a colonialidade; de que só é possível compreender adequadamente a modernidade à luz da colonialidade; que somente foi possível o desenvolvimento da economia capitalista e a construção de uma história mundial a partir de 1492, com a invasão e colonização das Américas; o colonialismo originário resultou na criação de um sistema-mundo moderno/colonial e capitalista e na ideia de uma divisão entre centro e periferia (CARVALHO, 2021, p. 30).

Por certo, o saber jurídico não é imune à dimensão do colonialismo e à geopolítica do conhecimento constituída a partir das relações de dominação entre centro e periferia. O sujeito de conhecimento jurídico do modelo colonial é dual (BONILLA MALDONADO, 2015). De um lado, o sujeito metrópole, de outro, o colonial, sendo certo que um não pode existir sem o outro. O primeiro tem a capacidade de criar conhecimento jurídico original. O segundo, é um “bárbaro” jurídico, restrito a imitar e divulgar o conhecimento produzido na metrópole. É uma figura menor, marginal, receptor da história jurídica que outros produzem, com sua identidade determinada em função de sua raça e território (BONILLA MALDONADO, 2015).

Este modelo colonial de saber jurídico promove a superioridade do conhecimento produzido no Norte Global, que teria um valor universal, ao passo que o do Sul Global teria

um valor apenas regional. Por sua vez, a América Latina seria um espaço onde apenas se reproduz, difunde ou se aplica o conhecimento original produzido nos países do Norte, especialmente Estados Unidos e Europa Ocidental. O direito latino-americano é tido “como uma reprodução menor da tradição romano-germânica, a que se soma um número gigantesco de transplantes jurídicos de origem estadunidense importados desde a segunda metade do século XX” (BONILLA MALDONADO, 2015). Neste sentido, Zaffaroni (2021, p. 111) afirma a existência de uma armadilha que nos é posta pela colonialidade: a arrogância epistemológica do Norte nos instiga a considerar nossa narrativa como uma imagem especular do eurocentrismo.

A constatação condiz com o que foi exposto no tópico anterior, ao menos no que se refere ao direito processual penal. O Código de Processo Penal de 1941 que, apesar de variadas reformas, ainda é o vigente no Brasil, foi assumidamente inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, o Código Rocco (MIRANDA COUTINHO, 2009, p. 103 e ss.). Incorporou o tecnicismo jurídico que encontrou largo espaço para se desenvolver no Brasil, ao apregoar a universalidade dos institutos somada à “auto declarada imunidade política” a despeito de quaisquer orientações extra ou meta processuais” (GLOECKNER, 2018, p. 335 e 359). Em contexto mais recente, não faltam questionamentos sobre possível “americanização” do processo penal brasileiro, ante a incorporação de mecanismos negociais alheios à tradição jurídica pátria⁶.

No cenário regional, vale apontar que há autores que sustentam que o projeto de reformas da justiça criminal na América Latina para implementação de um modelo adversarial consagra a difusão de uma política neoliberal e eficientista, que tem por escopo afastar entraves para investimentos estrangeiros e acaba por reforçar a dependência política e econômica dos países da região.

Para Cárdenas Gracia (2015), a nova realidade neoliberal e globalizada tem produzido uma verdadeira “revolução jurídica” que repercute no reforço do poder das grandes potências, corporações e instituições supranacionais por sobre os interesses dos Estados-nação e seus habitantes. Segundo o pesquisador mexicano, o sistema jurídico nacional se assemelha cada vez mais ao estrangeiro, em especial, o anglo-saxão, sem se levar em conta as distintas tradições jurídicas. Um exemplo são as reformas em matéria penal, com implantação de um novo sistema penal acusatório e juízos orais, que foram consequência das recomendações do Banco Mundial, “para que México e outros países da América Latina assimilassem em seus ordenamentos o direito dos Estados Unidos” (GRACIA, 2015).

6. Entre outros, ver: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, v. 317, abr. 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado]; PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti. *Decisão judicial: a cultura jurídica na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 11-69; LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *Boletim do IBCCRIM*, v. 344, jul. 2021. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/749/8570].

Desponta, assim, a pertinência – e urgência – da incorporação de uma epistemologia decolonial, atenta às especificidades do poder penal em nossa região. Isso porque o colonialismo não é apenas eco de um passado distante.

A premissa dialoga com a proposta formulada por Zaffaroni (1988; 1991), de construção de um saber penal e criminológico próprio de nossa região, uma resposta marginal, e com o projeto de Carrington, Hogg e Sozzo (2018) de construção de uma Criminologia do Sul. Em ambos os casos, atenta-se para a geopolítica do conhecimento e as relações de poder a ela subjacentes e se propõe a desafiar o domínio epistemológico do pensamento metropolitano (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 12), descolonizar os saberes e voltar a atenção às demandas próprias de nossa região. Como esclarecem os autores, a categoria “Sul” não se refere apenas à divisão geográfica do mundo, mas constitui também uma metáfora das relações de poder enraizadas nas relações entre centro e periferia na esfera do conhecimento (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 11). Em sintonia com as ideias de Enrique Dussel⁷ e de Zaffaroni⁸, o Sul representa ainda uma metáfora do outro, do invisível, do subalterno, do marginal e do excluído (CARRINGTON; HOGG; SOZZO, 2018, p. 15), invisibilizados em face da hegemonia metropolitana sobre o pensamento criminológico.

Não se trata, também, de desconsiderar todo o conhecimento produzido no norte global e pretender refundar, do zero, os saberes relacionados à questão criminal. Parafraseando Zea (1989, p. 9), ser original significa partir de si mesmo, do que se é e de sua própria realidade, o que não impede de se beber em outras fontes e adaptar certos cânones do saber jurídico ocidental ao seu próprio contexto. Zaffaroni (2022, p. 226 e 228), por sua vez, aponta que o “espírito do sul” se integra com diferentes saberes em um diálogo horizontal e, neste movimento, se apropria também dos saberes do norte que resultam úteis para sua resistência.

Dessa forma, a proposta epistemológica decolonial precisa ser prontamente incorporada às discussões processuais penais, sobretudo em um contexto de reformas dos códigos e das estruturas judiciais. O primeiro passo é descolonizar a produção do conhecimento, para, então, construir um saber processual penal próprio de nossa margem, que não ignore as dimensões do colonialismo e sua relação com a operacionalidade concreta dos sistemas penais latino-americanos.

7. Dussel (1995, p. 49) conceitua “o outro” como aquele que se situa além da “razão eurocêntrica machista, pedagogicamente dominadora, culturalmente manipuladora, religiosamente fetichista”. Sustenta, então, uma Filosofia da Libertação do Outro, que seria aquele que está fora e distante dos horizontes do mundo de hegemonias, como o econômico político, da comunidade de comunicação real eurocêntrica, da erotividade fálica e castradora da mulher e do indivíduo que considera a natureza como mediação explorável para a valorização do valor capital (DUSSEL, 1995, p. 48).

8. Zaffaroni apresenta três sentidos para a expressão marginal: a) nossa localização na periferia do poder planetário, em cujo vértice encontram-se os chamados países centrais; b) a necessidade de se adotar a perspectiva de nossos fatos de poder na relação de dependência com o poder central; c) a grande maioria da população latino-americana, marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 164-165).

4. FRENTE POLÍTICO-CRIMINAL: O ENFRENTAMENTO DO COLONIALISMO COMO FIO CONDUTOR DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como já exposto ao longo deste artigo, dois temas precisam ser incorporados às discussões sobre processo penal: o colonialismo e a operacionalidade real dos sistemas penais latino-americanos, sendo certo que um está intimamente relacionado ao outro.

Zaffaroni (2022, p. 13) aponta que a construção da história (breve ou ideológica) dos direitos humanos ocorre a partir da negação ou racionalização dos “ferozes crimes de massa” que se acumulam lenta e silenciosamente e constituem, assim, um “patrimônio cultural criminal da humanidade”. Este patrimônio foi amplamente nutrido por homicídios massivos – que hoje o direito classifica como genocídios – e outros crimes resultantes da chamada conquista da América, que, como se sabe, consistiu em uma violenta invasão. Afirma o autor:

“O mundo surgiu simultaneamente à sua cultura criminal, porque irrompeu junto com o colonialismo originário, que massacrou, contaminou, psicotizou, humilhou, reduziu à servidão, violou mulheres, destruiu economias, desintegrou culturas, satanizou e perseguiu religiões, rolou propriedades e explorou a escravidão, que matou milhões de pessoas em uma empresa genocida de altíssima letalidade. A conquista inaugurou o mundo sem se privar e nenhum crime, que não só são condenados agora pelo direito internacional, mas também o eram em seu tempo pelas leis dos próprios colonizadores.” (ZAFFARONI, 2022, p. 16.)

Diante disso, não causa estranheza que Zaffaroni aponte o colonialismo como fio condutor de uma história longa dos direitos humanos, que não ignora as violências constitutivas do chamado sistema-mundo e os reflexos que se estendem à contemporaneidade. A colonialidade, afirma o autor, ainda nos atordoa para evitar que percebamos claramente as vitimizações culturais (ZAFFARONI, 2022, p. 221). Para evitar que percebamos e nos insurjamos contra o eurocentrismo, o racismo, o patriarcado, a violência contra os povos originários e contra a natureza, os genocídios por gotejamento; contra as administrações fraudulentas decorrentes do endividamento astronômico dos Estados, o ecocídio, a exploração desumana do trabalho a partir da terceirização da produção central para países periféricos, subtração do patrimônio estatal, *fake news*, *lawfare*, entre outros desdobramentos do chamado tardocolonialismo (ZAFFARONI, 2022, p. 158). Para evitar, enfim, que denunciemos e contestemos um sistema penal que semeia dor e morte e cujo discurso se desarma ao mais leve confronto com a realidade (ZAFFARONI, 2001, p. 12).

Sabe-se que o sistema penal espelha e amplifica as violências sociais, operando, em nossa região, como “um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 173). Dessa forma, contribui largamente para o projeto genocida em marcha, seja por ação, pela violência praticada por instituições ainda não habituadas à democracia, como as polícias militares no Brasil; ou por omissão, pelas condições sub-humanas comuns nos cárceres e a inércia diante de crimes praticados nos altos escalões do poder ou das classes sociais.

Ainda, de acordo com Zaffaroni (2001, p. 15), todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que anulam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 15). Cita, como exemplo, a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder, verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias. Neste cenário, o discurso jurídico precisa se desenvolver como instrumento de resistência e contenção do poder penal, e, para tanto, deve se atentar à realidade operativa do sistema, seus traços estruturais e conjunturais, de modo a identificar os obstáculos que impedem ou limitam a passagem do dever ser ao ser.

O discurso processual-penal, no entanto, tem sido construído a partir de ausências narrativas, como já dito anteriormente. Pouco se alimenta de dados da realidade para a construção de diretrizes aptas a enfrentar problemas que assolam o sistema penal, de modo geral, e a justiça criminal, em particular. Sustenta-se, como aponta Binder (2014, p. 101), em concepções meramente instrumentais do processo penal, ou nas visões aparentemente óbvias do que nos ensinam as normas procedimentais ou, ainda, em um direito processual penal que se dissocia das consequências políticas de suas normas se apresenta como “o pequeno saber da burocracia judicial, a mais poderosa ideologia estatal de nossos dias” (BINDER, 2014, p. 101).

Veja-se, por exemplo, a contradição existente entre a proclamação de um modelo que tem no julgamento oral o “eixo de estruturação política e técnica do processo penal” (BINDER, 2017, p. 33), mas cujas sentenças são predominantemente proferidas em sede de um procedimento que se traduz em um mecanismo de imposição de condenações que justamente evita o julgamento oral e público. Trata-se da realidade de muitos países (e províncias) latino-americanos que experimentaram amplos processos de reforma de seus sistemas de justiça penal⁹.

O procedimento abreviado, previsto inicialmente no Projeto de Código de Processo Penal da Nação Argentina de 1986, de Julio Maier (2205, p. II), era antevisto como um “modo de simplificação excepcional do processo penal”, um procedimento residual, que não

9. Sobre a Argentina, especialmente a província de Santa Fé, ver SOZZO, Máximo. Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia y modo dominante de imposición de condenas. *Cuestiones Criminales*, n. 03, 2020, p. 450-576. Sobre o Chile, ver FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Juicio abreviado e eficiencia punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do *plea bargaining* no processo penal chileno (versão ampliada). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil – Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1, p. 133-157. Sobre o Uruguai, ver FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. Breves considerações sobre o processo abreviado e sua utilização no primeiro ano do novo Código de Processo Penal uruguaio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; POSTIGO, Leonel Gonzáles; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes (Orgs.). *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. 1. ed. Santiago: CEJA/OMI, 2019. v. 1, p. 307-314.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Interseções entre colonialismo e processo penal na América Latina: uma proposta epistemológica e político-criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 199, ano 31, p. 153-175. São Paulo: Ed. RT, nov/dez. 2023. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.8381008].

poderia substituir o julgamento público como forma de legitimar uma condenação penal (MAIER, 2005, p. II). O projeto em questão não foi aprovado, mas influenciou outras legislações que ampliaram significativamente a abrangência do procedimento abreviado, a contragosto do autor do projeto originário.

Por certo, as características próprias do exercício do poder penal e das instituições judiciais em nossa região são determinantes para compreender o uso alargado, até mesmo abusivo, dos procedimentos abreviados. Basta ver as principais críticas apresentadas pela literatura atenta ao tema¹⁰. Trata-se de dificuldades que persistem ao longo da história do processo penal na região e que são intimamente relacionadas às dimensões do colonialismo, como o apego ao punitivismo, que privilegia os órgãos acusadores em detrimento da defesa e sobrecarrega os aparatos policiais e judiciais com uma demanda incontrolável, o uso do sistema penal como instrumento de controle de classes subalternas, a falta de controle democrático sobre a atuação da elite burocrática estatal, o exercício de poder à margem da lei, só para citar alguns exemplos.

Não por acaso, em pesquisa sobre a instrução criminal nos países latino-americanos publicada em 2007, Zaffaroni (2007, p. 46) alertou sobre o perigo envolvido na pretensão de implementar formas rápidas de condenação, que ultrapassam as formas processuais mais elementares e podem criar a ilusão de uma justiça eficiente e pragmática. Estas propostas, completa o autor, “dadas as características da região, não levariam a mais que um processo penal destinado à rápida e barata condenação de pobres” (ZAFFARONI, 2007, p. 46), compatível com um modelo economicista que é incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Ainda, sobre os procedimentos abreviados, convém destacar pesquisa sobre os impactos de gênero deste procedimento no sistema penal federal mexicano (FAIR TRIALS, 2022). Concluiu-se que a dinâmica do procedimento abreviado impede a análise das conotações de gênero relacionadas à prática de delitos ou acusações contra mulheres, além de inviabilizar a implementação de estratégias de defesa com perspectiva de gênero (FAIR TRIALS, 2022, p. 46).

Além disso, em pesquisa teórica e empírica, conduzida a partir de observação de audiências de custódia e entrevistas realizadas com operadores jurídicos da cidade do Rio de Janeiro em 2019¹¹, Omar Kahn (2023, p. 175-177) concluiu que o legado das construções coloniais continua a influenciar a tomada de decisões nas audiências de custódia e facilitar uma assimetria de poder na fase pré-processual. O pesquisador destacou a hierarquia social racializada e

10. Destacam-se as seguintes: grave vulneração do direito de defesa (BOVINO, 2005, p. 80); grande desigualdade material entre as partes na celebração do acordo (ANITUA, 2005, p. 145); aumento da seletividade, na medida em que a grande transferência de poder aos promotores de justiça permite processar – e condenar – mais rápido justamente os casos de baixa complexidade (GUTIÉRREZ, 2014, p. 81); “paradoxal reintrodução de elementos típicos de um modelo inquisitorial” (SOZZO, 2020, p. 568), como o sigilo, a confissão e a existência de um ator com capacidade preponderante de impor decisões, o Ministério Público.

11. Foram realizadas 26 entrevistas semiestruturadas com sete juízes, quatro promotores, oito defensores públicos e sete especialistas no assunto, como profissionais de ONGs e acadêmicos (KAHN, 2023, p. 167).

a priorização da propriedade dos privilegiados em detrimento da vida de pessoas marginalizados como exemplos da persistência da colonialidade na justiça penal brasileira.

Os casos mencionados refletem a persistência de dimensões coloniais em legislações processuais penais reformadas (ainda que parcialmente, como a introdução das audiências de custódia no Código de Processo Penal brasileiro). Neste contexto, é inegável a necessidade de elaboração de diretrizes político-criminais que devem orientar a produção teórica e legislativa, reconhecendo o papel exercido pelo processo penal na manutenção ou mesmo incremento das violências constitutivas do sistema penal de nossa região e criando mecanismos para minimizá-las. Somente a partir deste alinhamento entre teoria crítica e prática, se torna possível construir um projeto de reforma que propicie respostas mais adequadas à questão penal em nossa margem.

5. O SISTEMA PENAL MULTIPORTAS COMO UM POSSÍVEL CAMINHO PARA A ADOÇÃO DE PRÁTICAS PENAS DESCOLONIZADORAS

A partir de tudo o que se expôs, encaminha-se à conclusão de que, concretamente, os esforços de construção da reforma do Código de Processo Penal devem partir da premissa de que as demandas político-criminais europeias e estadunidenses são diversas daquelas que se pode verificar na América Latina, razão pela qual o intercâmbio entre o Brasil e os demais países da região, naquilo que diz com o funcionamento da justiça criminal, necessita ser tratado como prioritário.

Para além disso, há que se reconhecer, como consequência direta dos processos de colonização vigentes ao tempo da formação do sistema penal brasileiro (no Século XIX), a consolidação da racionalidade preventiva do direito penal (ainda hegemônica nos campos jurídico, político e social pátrios), que aposta na punição como mecanismo de pacificação das relações sociais e direciona o sistema penal para o binômio prisão-liberdade.

Aqui, a atual contribuição dos sistemas de justiça criminal dos países do Norte Global tende a fortalecer a sanha punitiva já existente. Por um lado, pelo foco na gestão penal da pobreza (DE GIORGI, 2006; WACQUANT, 2015), que sempre foi praticada no Brasil, mas que ganha força, nos chamados países desenvolvidos, como resultado dos “novos” riscos sociais, a exemplo do incremento de fenômenos como a imigração ilegal e o terrorismo; por outro, na Europa, a falência dos projetos políticos de bem-estar social (HABERMAS, 1987, p. 103-114) deu lugar a discursos econômicos eficientistas, que tendem a vulnerar a jurisdição como garantia do indivíduo e promover o uso excessivo da barganha processual, com finalidades punitivas¹², fenômeno que também se observa, por outras razões, nos Estados Unidos da América¹³.

12. A título de exemplo, vale mencionar que Simona Garbatavičiūtė (2020, p. 61), em sua tese doutoral, defendida em 2020, registrou que, nos últimos anos, observou-se uma “rápida e incontável disseminação do *plea bargaining* na Europa”, fato que tem recebido, segundo a autora, pouca atenção da União Europeia.

Por sua vez, o contexto das reformas latino-americanas observa, não apenas no campo jurídico, mas sobretudo no político, um profícuo debate acerca da necessidade de ressignificar o papel do sistema penal na sociedade, pela priorização de mecanismos não punitivos de *gestão de conflitividade penal*, para utilizar a expressão adotada por Alberto Binder (2012, p. 363-364), proposta que tem ferrenhos críticos e obstinados defensores.

Na essência, com viés político-criminal e grande influência da obra de Alberto Binder, a proposta é dotar o sistema penal (e todos os seus agentes, da polícia às Defensorias Públicas, sem olvidar dos juízes e membros do Ministério Público) da finalidade precípua de lidar, de forma resolutiva, com as consequências sociais concretas decorrentes do fato criminoso, inclusive, mas não apenas, pelo atendimento às necessidades reais da vítima. Nesse sentido, a solução punitiva para o caso penal seria a menos preferida, a ser aplicada de forma residual, isto é, apenas nos casos em que soluções não punitivas, na perspectiva das pessoas envolvidas (ofendido, imputado, familiares e comunidade envolvida), sejam inócuas.

Essa finalidade restaurativa do sistema penal, caracterizada como precedente às finalidades preventiva e retributiva, exige a implementação de um sistema penal multiportas, que ofereça a seus agentes diferentes possíveis caminhos para a solução de um caso penal, entre os quais seriam preferidos os caminhos não punitivos (a exemplo dos acordos reparatórios, suspensão condicional do processo, justiça restaurativa etc.) aos punitivos (procedimentos voltados à aplicação de sanções privativas de liberdade, o que inclui a barganha).

Embora seja certo que discursos dessa natureza não são novos e, vale ressaltar, que tenham nascido no âmbito da reflexão criminológica europeia¹⁴, o contexto das reformas latino-americanas tem demonstrado experiências reais, positivas e negativas, relacionadas à implementação do sistema penal multiportas.

Em linhas estritamente normativas, todos os modelos reformados dos países hispanofalantes das Américas preveem, em maior ou menor medida, um sistema multiportas de justiça criminal, a partir da substituição do princípio da obrigatoriedade da ação penal pela lógica da

13. Nos Estados Unidos da América, em relação ao sistema federal de justiça criminal, entre 2013 e 2017, o índice de condenações por *plea bargaining* superou a cifra dos 95%. Os dados estão compilados em: *Sourcebook of Federal Sentencing Statistics*, 2017. Disponível em: [https://ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2017/2017SB_Full.pdf]. Em 2022, o índice atingiu a marca de 97,5%, isto é, apenas 2,5% dos casos contaram com investigação, instrução e julgamento de forma plena (*Sourcebook of Federal Sentencing Statistics*, 2022. Disponível em: [https://ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2022/2022-Annual-Report-and-Sourcebook.pdf]. No que diz respeito aos sistemas estaduais de justiça criminal, embora os dados estatísticos não estejam disponíveis de forma consolidada, para que se tenha uma referência, no caso *Missouri v. Frye* (566, U.S. 134, 2012), na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o juiz Anthony Kennedy, que relatou o voto vencedor, afirmou que, em 2011, 94% dos casos penais nos Estados foram resolvidos por meio da barganha. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-444/case.pdf].

14. Por todos os demais, vale citar a célebre obra *Penas perdidas* (1982), de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Célis (HULSMAN; DE CÉLIS, 1997), originalmente publicada na França, como um dos textos pioneiros do discurso abolicionista, que serviu de base para o livro *Em busca das penas perdidas*, de Zaffaroni, de 1989, cujo intento foi o de enquadrar o tema em perspectiva latino-americana.

oportunidade ou discricionariedade. Contudo, do ponto de vista da realização concreta de tais diplomas normativos, considerando que se está falando de mais de duas dezenas de códigos processuais penais, observa-se uma grande diversidade de soluções e problemas.

Há casos em que a barganha tem sido adotada de forma indiscriminada, como o Uruguai, com parca utilização de soluções alternativas à pena, mas também há exemplos que podem ser considerados bem-sucedidos na direção da adoção de práticas penais não punitivas, como as províncias argentinas de Chubut, Neuquén e Río Negro (RUA; GONZÁLEZ, 2017, p. 104).¹⁵

Em relação a Chubut, Roberto Adrian Barrios, a partir de estudo quantitativo e qualitativo, conclui, em relação ao sistema de saídas alternativas da província, implementado em 2006, que, apesar dos problemas e das resistências verificados, os resultados obtidos por meio das soluções não punitivas são de melhor qualidade do que a pena tradicional, além de ter identificado, em juízes e *fiscales*, uma mudança de mentalidade em relação à necessidade de se adotar uma visão moderna de solução alternativa na gestão dos casos penais (BARRIOS, 2009, p. 18-19).

Já, agora, no caso da província de Río Negro, pode-se considerar um importante avanço (ainda que limitado ao aspecto normativo) a previsão, no Código de Processo Penal da província, promulgado em 2014 e vigente desde 2017, de dispositivo que impõe a priorização da resolução dos efeitos sociais e pessoais concretos decorrentes do crime (“conflito primário”, no texto legal) como um dos princípios jurídicos fundamentais do processo penal. É uma das primeiras legislações regionais a adotar, de forma expressa o princípio restaurativo como regente prioritário do sistema de justiça criminal, voltado mais à mediação de problemas sociais e menos ao encarceramento. Em seus próprios termos, o artigo 14 do CPP de Río Negro: “Artículo 14. Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.”

Segundo declaração do então Procurador-Geral da Província de Río Negro, proferida em 2019, o novo modelo de justiça penal demandaria uma readequação dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais, no bojo da qual a resolução dos conflitos sociais – para além da decisão sobre aplicar ou não uma pena – emerge como o fim primordial da justiça penal (CRESPO, 2019). Tal declaração, proferida alguns anos depois da entrada em vigor da nova legislação, pelo mais alto representante do Ministério Público local, indica, no mínimo, que o discurso restaurativo foi efetivamente incorporado à agenda de debates relacionados ao sistema penal.

Vale ressaltar, contudo, que a Argentina vive, atualmente, o processo de unificação da legislação processual penal, pela implementação do *Código Procesal Penal Federal*, que substituirá, gradualmente, todos os códigos provinciais.

15. Para uma visão geral e recente da situação das saídas alternativas no âmbito das reformas processuais latino-americanas, recomenda-se a leitura de: RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. In: *Sistemas Judiciales*, Santiago, año 16, n. 20, 2017.

Apesar disso, o Código de Río Negro apresenta, ao menos em seu texto normativo (o que já é algo de grande relevância), um exemplo concreto da espécie de prática penal emancipadora, fundada na ideia de descolonização do direito latino-americano, que aqui se propõe.

Como ensina Alberto Binder (2004, p. 462), em sociedades altamente desiguais, como é o caso dos países latino-americanos, nas quais o sistema penal é um espelho das lutas sociais em geral, é fundamental que os sistemas judiciais disponham de recursos institucionais capazes de reduzir – quando não for possível anular – os efeitos dos conflitos sociais. Assim, o sistema penal deve ser pensado a partir do reconhecimento das lutas sociais constitutivas da própria sociedade e da necessidade de reduzir a violência estatal em sua atuação (RUA; GONZÁLEZ, 2017, p. 100). Portanto, em última análise, a priorização dos mecanismos não punitivos (saídas “alternativas”) representa o principal daqueles recursos institucionais apregoados por Binder, que também deveriam estar no centro das discussões sobre a reforma processual penal brasileira.

É certo que a reforma processual penal aqui delineada ainda demandará um longo caminho a ser percorrido – em pesquisas, publicações, debates e esforços de convencimento, que precisam envolver os mais diversos campos sociais, do acadêmico ao político, sem olvidar do jurídico e do econômico –, mas, a partir de tudo o que aqui se expôs, também parece certo que esse caminho não pode ser outro senão aquele que é direcionado à descolonização da produção do conhecimento jurídico, como quer Zaffaroni.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, partiu-se da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni para desenvolver uma crítica ao discurso formalista e dissociado da concretude do sistema penal que permeia a literatura e a prática processual penal.

Destacou-se duas frentes de discussão. Em um primeiro momento, discutiu-se as ausências narrativas que permeiam as discussões sobre o processo penal, amparadas em uma pretensão moderna de criar conceitos universais e atemporais. Neste contexto, o direito deveria ocupar-se apenas do dever ser e se distanciar da dimensão do ser.

Pretendeu-se demonstrar que os debates processuais penais, na América Latina, devem se desprender de um padrão hegemônico de conhecimento produzido no Norte Global e ser pensado desde nossa margem. Como exposto, a busca por um conhecimento original e a tradição crítica não são novidades na América Latina, que, no entanto, ainda segue marcada por uma trajetória de colonialidade.

Por fim, atenta-se para a dimensão do colonialismo e da violência fundante de nossa região. O colonialismo é o fio condutor de uma história ampla dos direitos humanos com reflexos ainda atuais e, por isso, deve ser considerado ao se pensar o processo penal latino-americano. Ressalta-se, também, a urgência de se romper a redoma que distancia o processo penal da realidade operativa do sistema penal, moldando-o a partir de diretrizes político-criminais aptas a contribuir para a redução das violências constitutivas do sistema penal em nossa margem.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio-ago. 2013.
- BARRIOS, Roberto Adrian. Salidas alternativas como forma de resolución de conflicto. ¿Una nueva función del derecho penal? In: CEJA/JSCA. Instrumentos para la implementación de un sistema acusatorio oral. VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, 2009. Disponível em: [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3382/8_salidasalternativas_Barrios_argentina.pdf?sequence=1&isAllowed=y].
- BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012.
- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BINDER, Alberto. Tensiones político-criminales en el proceso penal. In: BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- BINDER, Alberto; OBANDO, Jorge. *De las “repúblicas aéreas” al Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo (Comp.). *Geopolítica del conocimiento jurídico* (Spanish Edition). Universidad de los Andes. Edição do Kindle.
- BONILLA MALDONADO, Daniel Eduardo. O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do direito na América Latina. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 36, n. 02, p. 101-134, jul.-dez. 2012.
- BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: del Puerto, 2005.
- BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Criminologia del Sur. *Revista Delito y Sociedad*, año 27, p. 9-33, 1º sem. 2018.
- CARVALHO, Rayann Kettuly Massahud de. *Colonialidade, decolonialidade e transmodernidade: para um direito situado na periferia*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CRESPO, Jorge. *Reforma procesal penal: los rionegrinos, en el centro de una nueva Justicia*. Disponível em: [<https://rionegro.com.ar/reforma-procesal-penal-los-rionegrinos-en-el-centro-de-una-nueva-justicia-1074064/>].

- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1981.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. Trad. Jandir João Zano-telli. São Paulo: Loyola, 1986.
- FAIR TRIALS. *Condena sin juicio: procedimiento abreviado e impactos de género en el sistema penal federal mexicano*, 2022. Disponível em: [<https://fairtrials.org/articles/publications/condena-sin-juicio/>]. Acesso em: 05.06.2023.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GARBATAVIČIŪTĖ, Simona. *Reshaping Plea Bargaining in European Criminal Justice*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Liubliana, 2020.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GRACIA, Jaime Cárdenas. Las características jurídicas del neoliberalismo. In: Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 32, ene.-jun. 2015. Disponível em: [<http://scielo.org.mx/pdf/cconst/n32/n32a1.pdf>].
- GUTIERREZ, Mariano H. Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (parte 2). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n. 09, p. 75/88, out. 2014.
- HULSMAN, Louk; DE CÉLIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- ITURRALDE, Manuel. The weight of empire: crime, violence, and social control in Latin America and the promise of southern criminology. In: ALIVERTI, Ana et al. (Ed.). *Decolonizing the criminal question: colonial legacies, contemporary problems*. Oxford: University Press, 2023.
- LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul.- dez. 2017.
- LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. Aparecida/SP: Editora Ideias e Letras, 2006.
- MAIER, Julio B. J. Prólogo. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 83-90, jan.-jun. 2010.

- MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. In: *RBCS*, v. 32, n. 94, p. 1-18, jun. 2017.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, p. 103-116, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Os sistemas processuais agonizam? In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, v. 317, abr. 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado].
- PINTO, Simone Rodrigues. O pensamento social e político latino-americano: etapas de seu desenvolvimento. *Revista Sociedade e Estado*, v. 27, n. 2, p. 337-359, maio/agosto de 2012.
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. In: *Sistemas Judiciales*, Santiago, año 16, n. 20, 2017.
- SABADELL, Ana Lúcia; MUNIZ, Paloma Engelke. Uma análise da violência institucional contra meninas e mulheres vítimas de estupro pelo sistema de justiça criminal. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 20, p. 25-44, jun.-jul. 2020.
- SOZZO, Máximo. Justicia abreviada. Reforma de la justicia penal, promesa de eficiencia y eficacia y modo dominante de imposición de condenas. *Cuestiones Criminales*, n. 03, p. 450-576, 2020.
- STOLLEIS, Michael. *O olho da lei – História de uma metáfora*. Trad. Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Doyen, 2014.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WACQUANT, Lôic. *Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Renan, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonialismo y derechos humanos – Apuntes para una historia criminal del mundo*. (Spanish Edition). Penguin Random House Grupo Editorial Argentina. Edição do Kindle.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro – A criminologia do ser-aqui*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminologia* – Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas* – A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CARRANZA, Elias. *Derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007.

ZEA, Leopold. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México: Editorial Siglo 21, 1989.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminologia cultural e estudos culturais em educação: uma aliança político-epistemológica contra o populismo autoritário, de Moysés da Fontoura Pinto Neto – *RBCCrim* 195/321-335;
- Denúncia criminológica do discurso de justificação do genocídio negro e indígena difundido pela historiografia brasileira do século XIX, de Salah Hassan Khaled Junior e Luciano Góes – *RBCCrim* 198/323-348;
- Retos del derecho penal global, de Fernando Navarro Cardoso – *RDPeC* 9/83-116; e
- Uma leitura anticolonial do positivismo criminológico: entre a crítica criminológica e a resistência na diáspora negra, de Vinícius de Assis Romão – *RBCCrim* 196/297-333.