

Processo Penal Democrático*

Rogério Schietti Machado Cruz

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

I. INTRODUÇÃO

Falar em um congresso concebido como uma homenagem a um dos mais importantes pensadores das ciências criminais, que recentemente nos deixou, é, além de imensa honra, uma grande responsabilidade, sobretudo se a proposta de minha modesta contribuição para o evento se dirige a tratar de temática tão cara ao Prof. Winfried Hassemer. Agradeço ao Professor Doutor Juarez Tavares, Mestre de todos nós, pela generosidade do convite.

Pretendo, em verdade, apenas delinear – a partir de estudo prévio sobre o tema – algumas condições históricas que modelaram o Direito Processual Penal pensado e praticado no Brasil, estabelecer certas premissas para o desenvolvimento de um processo penal “em conformidade com o Estado de Direito” (HASSEMER, 2003-A, p. 74) e finalizar com uma breve análise do comportamento judicial na aplicação das normas que orientam a persecução penal.

Afirmo, de início, ser uma obviedade asserir que **a democracia**, como regime de governo presente, em maior ou menor grau, em quase todos os países do Ocidente, nem sempre encontra correspondência razoável entre seus postulados e sua prática viva, no **funcionamento das instituições e no comportamento dos cidadãos** e, sobretudo, dos **agentes públicos**.

O quadro político criminal das nações ocidentais se mostra crescentemente complexo, com nítida tendência à funcionalização dos direitos pe-

* Palestra proferida na EMERJ, em 21/03/2014, no Seminário de Direito Penal, Criminologia e Processo Penal em Homenagem a WINFRIED HASSEMER.

nal e processual penal, em nome do legítimo propósito de assegurar segurança e liberdade – valores correlatos e indispensáveis para a saúde social de uma coletividade qualquer – a todos os que se sujeitam ao poder estatal.

O problema – alerta-nos o Prof. HASSEMER – é que, sob a vestimenta de um Direito moderno e esclarecido, essa abordagem funcionalista acaba por direcionar as ações estatais a uma intervenção cada vez mais preventivista, incrementando o risco – para usar expressão cediça em um setor desse pensamento – de, a longo prazo, remover “as pedras que se colocam no caminho de uma política do Direito historicamente racional” (HASSEMER, 2008, p. 108).

Sem embargo, e reconhecendo alguns pontuais retrocessos ou desvios tópicos – máxime no manejo expandido e, correntemente, simbólico do Direito Penal, no combate a algumas modalidades de crime mais presentes nas sociedades contemporâneas, bem assim na criação de instrumentos de maior eficiência e pragmatismo do processo penal –, creio que o curso da história indicou, ao menos até nossos dias, uma tendência de substituir modelos de justiça criminal nos quais a preocupação maior do aparato repressivo não fosse tanto o rígido controle social pelo Direito Penal, mas antes a **proteção do indivíduo contra os abusos e os excessos punitivos do Estado** (SUNG, 2006, p. 314).

Em verdade, em nossa sociedade ocidental, o direito penal e o direito procesual penal são “instrumentos o condiciones de democracia **sólo se en la medida en que sirvan para minimizar la violencia punitiva del Estado**, y constituyen por tanto – antes que un conjunto de preceptos destinados a los ciudadanos y de limitaciones impuestas a su *libertas* – un conjunto de preceptos **destinados a los poderes públicos y de limitaciones impuestas a su potestad punitiva**: en otras palabras un conjunto de garantías destinadas a **asegurar los derechos fundamentales del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte del Estado**” (FERRAJOLI, 1988, p. 3).

II. A CRESCENTE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A história das civilizações mostra uma progressiva racionalização do poder punitivo do Estado, **com o propósito de substituir o sentido de vingança pelo sentido de retribuição ou de resposta punitiva do Estado**

ao desvio de comportamento. Em verdade, “o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como **negação da vingança**” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Superada a tradição antiga e medieval – **até então marcada pela crueldade das sanções e pelo autoritarismo, pessoal e institucional**, na condução das investigações, dos processos e dos julgamentos –, inaugura-se, com o Iluminismo, uma **nova era do Direito Criminal**, em que a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, motes da Revolução Francesa, no final do Século XVIII. **A liberdade jurídica assume lugar de destaque na pauta das nações centrais**, sujeitando-se a sacrifício apenas em casos expressamente previstos, e mediante a obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias.

A despeito do novo *status* conquistado pelo indivíduo em face do Estado – **de súdito ou vassalo, adquire a condição de cidadão** – ainda há muito a avançar para que se alcance o modelo ideal de um **Estado verdadeiramente promotor dos direitos individuais, sociais e políticos de seus nacionais**.

Na realidade, ainda que quase todos, senão todos, os povos do ocidente se afirmem democráticos – afinal, é simpático assim qualificar-se (SICA, 2009, p. 292) – com frequência se verificam, no tocante aos **sistemas de justiça criminal, alguns gaps entre a estrutura normativa, de viés democrático, e a realidade praticada nos tribunais e nos escaninhos das agências de persecução penal**, onde grassam procedimentos divorciados do paradigma estabelecido nas respectivas constituições e leis de cada país. Ou, como observado por nosso homenageado, Estados cujo direito processual penal, nos textos, é inatacável, porém cujos procedimentos penais “constituem uma ameaça para os direitos humanos” (HASSEMER, 2003-A, p. 100).

No processo penal brasileiro, por exemplo, todos concordam que dispomos de uma **Carta Política progressista**, que incorpora praticamente todos os princípios, direitos e garantias que exalam o aroma de um processo penal moderno e democrático, como veremos mais adiante. Porém, no plano infraconstitucional e, mais ainda, no **terreno da praxe judiciária e da investigação criminal, os odores nem sempre se mostram agradáveis**.

III. A HERANÇA AUTORITÁRIA

O pensamento jurídico dominante na Justiça Criminal brasileira – tanto no mundo das normas e da Academia (*law on the books*) quanto no mundo dos fatos e do Fórum (*law in action*) – ainda se prende a valores, costumes, rotinas e normas características de uma **formação jurídica de origem lusitana**. Estamos a falar, portanto, de “**permanências histórico-culturais** do direito ibérico de um modo geral e do direito português, de modo particular” (NEDER, 2000, 13), as quais deixaram muitas marcas em nosso Código de Processo Penal, principalmente na divisão dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais responsáveis pela persecução penal, ao longo dos **300 anos de regime colonial, quase 70 de regime monárquico (imperial) e 100 anos de regime republicano**, até o advento da Constituição de 1988.

No que diz respeito à **Justiça Criminal, não poderíamos haver trilhado pior começo**: dividido o território nacional em grandes latifúndios, as **Capitanias Hereditárias**, a cujos donatários o Rei de Portugal outorgou **plenos poderes jurisdicionais**, por meio das “cartas de doação”, as quais concediam ao capitão e ao seu ouvidor jurisdição conjunta “com **alçada até pena de morte** inclusive, em escravos, peões, gentios e cristãos e homens livres” (THOMPSON, 1976, p. 76).

Tal poder absoluto dado aos donatários das capitanias certamente forjou, em conjunto com a **prática escravagista** que perduraria até quase o início da República, uma **apropriação do espaço e do poder público pelos grandes senhores de terras**, bem como a consolidação de uma **justiça autoritária, sustentada sobre a burocracia e as relações pessoais**, a favorecerem a **excessiva formalização e cartorialização das funções jurisdicionais**, bem assim o desenvolvimento de uma **cultura jurídica calcada em “relações de parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno”** (WOLKMER, 1988, p. 66).

Também em sede normativa grassavam dispositivos que materializavam a **diferença de tratamento dispensado aos estamentos sociais**. Veja-se, para exemplificar, o item 38 do Livro V das Ordenações Filipinas (DO QUE MATOU SUA MULHER POR A ACHAR EM ADULTÉRIO), que permitia ao homem casado, encontrando sua mulher em adultério, “matar assim a ela como o adúltero, **salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade.**”

Semelhante tratamento diferenciado era, aliás, uma constante nas Ordenações, até mesmo **para autorizar, ou não, o uso dos “tormentos”**, i.e., a tortura, regulados no item 133 do Livro V, onde, após elencar as hipóteses em que a tortura poderia repetir-se, ressaltava que “(...) 3. E os **fidalgos, cavaleiros, doutores em cânones ou em leis, ou medicina**, feitos em universidade por exame, **juizes e vereadores** de alguma cidade **não serão metidos a tormento**, mas em lugar dele lhes será dada outra pena que seja em arbítrio do julgador, salvo em crime de lesa-majestade, aleivosia, falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feitiçaria, sodomia, alcovitaria, furto, porque, segundo o direito, **nestes casos não gozam de privilégio** de fidalguia, cavalaria ou doutorado, mas serão atormentados e punidos como cada um outro do povo.”

IV. O OBSCURO BRASIL NO SÉCULO DAS LUZES

Éramos, ao cabo do Século XVIII e na primeira metade do Século XIX, um país ainda rudimentar. Basta dizer que **somente em 1792 foi criada a primeira faculdade superior, a Real Academia Militar** (nomenclatura posterior), enquanto, desde meados do Século XVI, várias universidades já funcionavam regularmente nas Américas: Universidade de **Santo Domingo (1538)**, na atual República Dominicana, **Universidade de Michoacán (1540)** no México, **Universidade de São Marcos de Lima**, no Peru, fundada em **1551** (a primeira da América do Sul), além das tradicionais Universidades de **Harvard (1636)** e **Yale (1701)**, nos EUA.

Não havia na Colônia liberdade de empreender; era vedado estabelecer tipografias e importar livros e não existia ensino superior. Além disso, “o comércio e a venda de livros foi severamente controlado ao longo dos três séculos de colonização portuguesa.

Com toda a carga cognitiva e cultural, formada, saliente-se, nos traços característicos da “**pedagogia jesuítica**” (HOLANDA, 1995, p. 38), em que se dava “**demasiada ênfase à retórica**” (KOZIMA, 2010, p. 425), pouco se poderia esperar do magistrado brasileiro formado na Metrópole, alheio à realidade e às necessidades dos habitantes da Colônia. Forjou-se, assim, uma classe de profissionais marcada pela **estéril erudição, pela prepotência nas relações de poder, unida por um sentimento comum de corporativismo e superioridade intelectual, distante da população,**

preparada, mais do que para fazer justiça, “para servir aos interesses da administração colonial.” (WOLKMER, 1998, p. 91).

A agravar esse quadro e manchar a nação ainda se colocava a **escravidão** – chaga social que nos acompanhou até os esterortes do governo imperial, pois fomos o último país das Américas a abolir a escravatura – adaptada a **uma elite que sempre identificou o trabalho manual como uma atividade indigna para as mãos de um nobre** (NEQUETE, 2000, p. 100).

V. PRIMEIROS ARES DEMOCRÁTICOS

Mesmo sob esse cenário adverso, ventos renovadores provenientes da Europa começaram a soprar em terras brasileiras a partir da Independência, com a outorga da **Constituição de 1824, cujo artigo 179** simboliza a mudança de rumos de nossa justiça criminal, ao menos no âmbito normativo, ao prever, entre outros dispositivos, que:

“11- Ninguém será sentenciado sendo pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita. (...) 19 - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis. 20 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja. 21 - As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (...).

A independência jurídica tardou alguns anos e veio com a **substituição do então bicentenário Livro V das Ordenações Filipinas por dois códigos nacionais, o Código Criminal, de 1830, e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832**. Aquele buscou referências nos códigos criminais da França, da Louisiana e da Baviera, e inspirou, por sua vez, a feitura de outros diplomas penais, entre os quais os códigos da Rússia, da Espanha e de vários países da América Latina, tendo sido considerado até mesmo superior ao diploma punitivo republicano, que se produziria 59 anos depois. À sua vez, o Código de Processo Criminal do Império, também fortemente influenciado pelo pensamento iluminista,

apresentou-se como um código liberal, deixando-se permear por institutos ingleses como o Tribunal do Júri, o Juiz de Paz e o Habeas Corpus.

No entanto, **as mudanças no terreno das leis não significaram igual ruptura nas irracionais práticas punitivas e na mentalidade da elite** que governava e conduzia os destinos do novo país, ainda portadora dos mesmos ranços do **mandonismo, do patrimonialismo e do clientelismo** cultivados no período colonial.

A par disso, a **falta de cientificidade e de uma clara linha sistêmica do nosso então incipiente direito processual** gerou nefasta **confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais desempenhavam na persecução penal**, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante **policialismo judiciário**, a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais se outorgasse a função de acusar e julgar.¹

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da **Lei 2.033, de 20/9/1871**, diploma de grande amplitude, cujo objetivo-mor foi o de **instituir o Inquérito Policial**, conferindo à Polícia enormes poderes e reforçando sua atividade essencialmente cartorária, o que resultou na **consolidação do modelo burocrático e cartorialista até hoje existente** (LIMA LOPES, 1998, p. 494).²

VI. NOVO GOVERNO, VELHAS PRÁTICAS

A nova ordem política iniciada com a mudança da forma de governo, mercê da proclamação da República no final do Século XIX, não

1 Citem-se, para exemplificar, os seguintes textos normativos: Lei nº 261, DE 3/12/1841 - Art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaisquer juizes e cidadãos: serão todos amovíveis e obrigados a aceitar. Art. 3º Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao Trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro; Regulamento nº 120, DE 31/01/1842 - Art. 58. Aos Chefes de Polícia na Corte e em toda a Província, a quem pertencerem, compete as seguintes atribuições policiais: (...) § 6º Julgar as contravenções às Posturas das Câmaras Municipais e os crimes a que não seja imposta pena maior que ... prisão, degredo ou desterro até seis meses..." Art. 64. Aos Juizes Municipais, como Auctoridades policiais, competem as mesmas atribuições que pertencem aos Delegados..."

2 Recentemente a Câmara dos Deputados rejeitou proposta de Emenda Constitucional (PEC 37) que objetivava atribuir às polícias federal e civil a exclusividade do poder de investigar práticas criminosas. Se aprovada a PEC, o Ministério Público – incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF) – estaria proibido de, por investigação própria, com independência e sem peias, exercer suas funções institucionais elencadas na Constituição, entre as quais a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” e a de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”;

alterou substancialmente a situação da prática judiciária brasileira. Antes, trouxe até uma invencível dificuldade de realizar-se um diagnóstico do processo penal praticado nestas terras, haja vista a opção por um **federalismo à moda norte-americana**, em que cada estado-membro tinha autonomia para legislar também em matéria processual, do que resultou a edição de vários Códigos de Processo (Civil e Penal) pelo Brasil afora, modelo descartado no início da década de 40, com a promulgação do Código de Processo Penal.³

A agravar o quadro normativo, o primeiro quartel do Século XX, com a profusão mundial de governos e líderes políticos de viés autoritário, incrementou a sedimentação de **ideias centradas no predomínio do Estado**, ou, sob outra angulação, da **anulação do indivíduo em prol do coletivo**.

Vivia-se, naqueles tempos, uma *Era de Extremos* (HOBBSAWM, 1996), estereotipada no Brasil especialmente pela bipolarização política que marcou a década de 30 do Século XX.

Na trilha do movimento europeu, a ditadura de Getúlio Vargas construiu um **Estado corporativo**, baseado numa **concepção hierárquica, orgânica, da sociedade** (SKIDMORE, 1998, p. 138). Nessa ambiência política, infensa a ares democráticos – somente retomados, por breve período, após o término da II Guerra Mundial – foi outorgado o Código de Processo Penal de 1941, inspirado no homólogo código italiano.⁴

Um quarto de século depois, com a Ditadura Militar implantada em 1964, renovavam-se práticas autoritárias, como a censura política, ideológica e cultural, a intolerância com ideias e minorias contrárias aos interesses do regime de exceção, as restrições à liberdade de ir e vir, à liberdade de opinião e de reunião, o uso corrente de ações policiaiscasas e de métodos de investigação contrários à dignidade do homem, tratado como mero componente do corpo social.

3 De observar, contudo, que algumas unidades da Federação, como São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Pará e Goiás, não abandonaram o Código Imperial, e mesmo aqueles que editaram códigos próprios não destoaram do modelo de persecução penal até então utilizado.

4 Nas palavras do Ministro da Justiça italiano e responsável pelo código, Alfredo Rocco, o direito de punir no fascismo se diferenciava da cultura penal iluminista e da Escola Clássica, não sendo "(...) uma graciosa concessão feita pelos indivíduos ao Estado, por si sempre mutável e revogável, tendo como próprio limite a barreira insuperável do direito natural de liberdade do indivíduo (...)", mas "(...) um direito de conservação e de defesa do Estado, que nasce com o próprio, análogo ao direito de defesa do indivíduo, embora possua em relação a este substanciais diferenças, e com escopo de assegurar e garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum" (*apud* DAL RI JR, 2006, p. 231).

VII. A SEDIMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Os direitos civis e as liberdades públicas somente lograram afirmação concreta com a Constituição de 1988, momento em que, definitivamente e com um século de atraso, **o nacional deixa de ser súdito** – “simple sujeito de deveres e destinatário passivo de comandos” (BOTELHO & SCHWARCZ, 2012, p. 19) – e **passa** a ostentar o título de **cidadão**, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no *Bill of Rights* (art. 5º) da Carta de 1988, não por acaso conhecida, desde a referência feita por um de seus próceres, o Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, como a **Constituição Cidadã**.

Seria ilusão, no entanto, acreditar que essa pletora de direitos positivados nos 78 (setenta e oito) incisos do art. 5º da Constituição da República de 1988 – boa parte dos quais endereçados a quem é sujeito passivo da persecução penal – encontrasse plena ressonância no plano prático, é dizer, no cotidiano forense.

Mas **não é otimismo ingênuo** acrescer que ao longo dos últimos 25 anos a **Carta** de Direitos da Constituição da República **tem avançado em efetividade, sobretudo na jurisprudência dos tribunais superiores**, bastando, para comprovar tal assertiva – o que não farei aqui por falta de tempo – folhear o repertório da jurisprudência dessas cortes no início da década de 90 do século passado e compará-la com a que hoje ali se encontra.

VIII. REGRAS MÍNIMAS PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A “modernização” das ciências criminais tem suscitado uma preocupação, em alguns setores da doutrina, com as consequências futuras da opção, cada vez mais perceptível, por um direito penal mais eficiente, que, segundo HASSEMER (2003-B, p. 146), afasta-se, com velocidade crescente, das concepções e tradições que caracterizam o núcleo central do Direito Penal “clássico”.

Sob essa “dialética da modernidade” se otimiza uma tendência a instituir um Direito mais intervencionista, um “Direito Penal de resultados” (HASSEMER, 2008, p. 295) e corre-se o risco de vermos o Direito Penal “não mais como *ultima*, mas como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas sociais” (HASSEMER, 2003-B, p. 149).

Daí a importância, creio, de mantermos o Direito Processual Penal atento a esse movimento “moderno” do Direito Penal.

Sem embargo, são justos e legítimos os anseios por um sistema de justiça criminal eficiente, célere, que cumpra sua função dúplice de proteção das liberdades públicas (de inocentes e culpados) e de responsabilização e punição apenas dos culpados. Um sistema que consiga a conciliação entre eficiência e garantismo, sob a premissa de que é eficiente o sistema que, sem sacrificar o exercício dos direitos e garantias individuais, consiga atender aos interesses sociais reproduzidos em um processo penal.

Para que, então, se tenha como minimamente democrático e fiel aos valores jurídicos que, “embora historicamente mutáveis, são hoje irrenunciáveis para nós”, e que, portanto, densificam, em um plano aperfeiçoado, nossas “experiências históricas” e “nossas tradições a respeito da noção de Direito justo” (HASSEMER, 2008, p. 120), é possível delinear, para um certo modelo de processo penal, a presença, *inter alia*, das seguintes regras e princípios:

(a) a **acusação** contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que irá julgar o acusado;

(b) o órgão julgador deve ter sua **competência** previamente definida em lei e deverá cercar-se de garantias que assegurem sua **imparcialidade** e sua **independência**, jurídica e política;

(c) o acusado deve ser **tratado como inocente** até sentença em sentido contrário;

(d) o acusado deve ser prontamente **comunicado sobre o conteúdo da acusação** formulada contra ele;

(e) ao acusado deve ser garantido o direito de exercer sua **defesa**, tanto pessoalmente quanto por meio de advogado, sem limitações ou restrições irrazoáveis;

(f) ao acusado, ao longo do processo penal, devem assegurar-se **iguais oportunidades** em relação ao acusador;

(g) tanto o acusado quanto o órgão de acusação têm o direito ao **contraditório**, ou seja, de ser informados sobre petições ou documentos juntados pela parte contrária, de reagir em igualdade de condições, bem assim têm o direito de influir nas decisões judiciais, apresentando argumentos e provas que considerem relevantes para a demonstração de suas teses e de seus direitos;

(h) ao acusado deve assegurar-se o **direito de recorrer** a outro órgão judicial das decisões finais que lhes sejam desfavoráveis e das decisões que afetem sua liberdade;

(i) os atos processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à **publicidade**, interna e externa;

(j) as decisões judiciais devem ser suficientemente **motivadas**.

A essas se poderiam somar outras regras e garantias que, a depender das opções de **política criminal de cada país**, integram o **rol mínimo de um devido processo legal**, tanto em sua faceta procedimental (*procedural due process*) quanto em sua configuração material (*substantive due process*), esta última a denotar a **razoabilidade** (*reasonableness*) e a **racionalidade** (*rationality*) dos atos estatais (SIQUEIRA CASTRO, p; 383).

IX. A CONTRIBUIÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: O JUIZ EM ESPECIAL

Uma das questões ainda pendentes de melhor definição no processo penal brasileiro diz respeito ao papel que cada um dos atores da persecução penal deve desempenhar para que se tenha um sistema de justiça criminal efetivamente moderno e democrático.

Reclama-se do julgador manejar a lei com o auxílio dos vários métodos de hermenêutica que a ciência do Direito disponibiliza – certo de que **a interpretação é fruto de uma “escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas”** (FERRAJOLI, 2002, p. 33) – de modo tal a lhe permitir extrair o sentido concreto, atual e justo para o caso julgado, em verdadeiro processo de densificação de normas e *princípios constitucionais* (CANOTILHO, 1989, p. 144). Isso por levar-se em conta que a **lei é um “produto semiacabado”**, e que, portanto, **o juiz “atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente”** (GARA-PON, 1996, p. 41), mais cioso por perceber, na concretude de sua atuação, que uma equivocada compreensão da norma pode trazer “consequências dolorosas para outras pessoas” (HASSEMER, 2008, p. 95).

Nessa tarefa o juiz há, por conseguinte, de efetuar uma **“dinámica interpretación, evolutiva y decididamente creadora**, que, atenuando los elementos de una sociedad superada, amplie los elementos de una sociedad nueva, basada em líneas programáticas trazadas por la Constitución” (CAPPELLETTI, 1974, p. 114).

Um juiz que se pautar pelo agir democrático não se curva, assim, a quem o critica por assumir um papel mais ativo na atuação jurisdicional – comportamento pejorativamente alcunhado de “ativismo judiciário” – pois sabe que nada mais faz do que exercer o **controle incidental de constitucionalidade das leis** que o Parlamento edita e que ele interpreta e aplica.

Daí a importância de se ter, não apenas o juiz mas também o responsável pela persecução penal, uma preocupação permanente de **buscar o equilíbrio** entre, de um lado, o **dever de manter a ordem e a segurança sociais**, de que resulta o interesse punitivo do Estado (e, antes, da sociedade) e, de outro lado, o **dever de proteção da liberdade do indivíduo** (que também é de interesse de todos).

X. O HOMEM COMO PROTAGONISTA NO PROCESSO PENAL

“**Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu**” é um slogan que, segundo FIGUEIREDO DIAS (1984, p. 428), confere a dimensão do tema relativo ao papel do acusado no processo penal.

Sem dúvida alguma, falar de democracia no processo penal reclama a elevação do acusado à condição de **protagonista da atividade processual**; sua “**personalização**” é condição para que, tratado como um sujeito processual com voz ativa perante o órgão julgador (BIDART, 1996, p. 25), **participe da produção de seu caso** (HASSEMER, 1984, p. 173). O acusado é, portanto, sempre **um “sujeito” do processo penal, e não mero objeto de uma “inquirição” oficial**.

Em verdade, jamais poderá o julgador desconsiderar que **se o processo** é para ele mero *assunto cotidiano*, **para o acusado é um assunto vital**, pois nele estão sempre em jogo valores pessoais fundamentais, como a vida, a liberdade, a honra etc (BERTOLINO, 1986, p. 110).

O processo deve, então, ser **conduzido pelo juiz com estilo humano**, é dizer, interpretando-se as normas de modo a **valorizar não o homem abstrato, mas o homem real, de carne e osso** (RIVERO SANCHEZ, 1997, p. 75).

XI. CONCLUSÃO

Vivemos, desde o fim do último regime de exceção, o maior período de democracia ininterrupta na história da nação. Pode-se afirmar que estamos em pleno processo de amadurecimento de nossas instituições e, também, de nossa percepção do que a ideia de democracia implica no cotidiano das relações intersubjetivas e, mais ainda, das relações entre o Estado (por seus agentes) e os indivíduos.

Com toda a carga autoritária de nosso passado, permeado por uma formação bacharelesca pouco arejada, e por práticas típicas de um povo dado a relações de mandonismo, de patrimonialismo e de clientelismo, nada mais inevitável do que um Poder Judiciário burocratizado e inclinado à formalização e cartorialização das funções jurisdicionais.

Nada obstante, as duas últimas décadas aportaram significativas alterações nesse quadro – ainda longe do ideal –, quer pela mudança de algumas estruturas, com a **criação de órgãos e mecanismos que maximizaram o controle das instituições, quer pela intensa reforma das leis processuais.**

No âmbito do sistema de justiça criminal são inegáveis os **avanços normativos e funcionais**, com as reformas promovidas no Código de Processo Penal e com as constantes exigências de uma atuação, por parte sobretudo de juízes e membros do Ministério Público, cada vez mais transparente, objetiva e racional, em que pese a forte pressão da sociedade e de alguns setores da mídia por uma aplicação mais rigorosa e inflexível das leis penais.

Sob tais condicionamentos, é intuitivo deduzir que, mesmo se tivéssemos o melhor código de processo penal do mundo e as melhores e mais aparelhadas instituições, nenhum resultado concreto e efetivo se alcançaria sem a necessária **mudança de mentalidade** por parte dos operadores do Direito. Afinal, **“não se pode reformar as instituições sem uma prévia reforma das mentes, mas não se pode reformar as mentes sem uma prévia reforma das instituições.”** (MORIN 2000, p. 99).

Cada vez mais se consolida a ideia de que **uma justiça criminal democrática reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspersão**

de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam tal agir como formal e substancialmente legítimo.

E, na perspectiva de um otimista racional (MATT RIDLEY, 2010), é de esperar-se que, da mesma forma que nos espantamos ao olhar para o passado e perceber o quanto se avançou até o presente, creiamos na **crecente qualificação da justiça criminal**, como consequência natural do aperfeiçoamento do homem e de suas instituições.

“Porque a ideia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação” (IHERING, 1998, p. 7) ... ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADA PELEGRINI GRINOVER. **Liberdades públicas e processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BERTOLINO, Pedro. **El debido proceso penal**. La Plata: LEP, 1986.

BIDART, Adolfo Gelsi. **Proceso penal: aproximacion a los fundamentos**. MonteVero: FCU, 1996.

BOTELHO, André & SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Cidadania, um projeto em construção. Minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: EJE, 1974.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1.

FISCHER, Douglas. "O que é o garantismo penal (integral)?" *In: Garantismo penal integral*. Org. Calabrich, Bruno; Fischer, Douglas e Perella, Eduardo. Salvador: JusPodium, 2010.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas.** Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, julho-setembro/1995.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

_____. **Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva.** Trad. Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____. "Características e crises do moderno direito penal". *In* **Revista Síntese de Direito Processual Penal**. Ano III, n. 18, fev-mar 2003, p. 144-157.

_____. **Direito Penal – fundamentos, estrutura, política.** Org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana B. Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito.** 16ª ed. Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KOZIMA, José Wanderley. "Instituição, retórica e o bacharelismo no Brasil". *In* Antonio Carlos Wolkmer (Org.) **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA LOPES, José Reinaldo. "Uma introdução à história social e política do processo". *In* ANTONIO CARLOS WOLKMER. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDEIROS, Josineide Gadelha Pamplona & SILVA NETO, Nirson Medeiros da. **Democratização da justiça penal: A política criminal no estado democrático de direito.** Fortaleza: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Junho de 2010.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.** Trad. de E Jacobina. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro. Obediência e submissão.** Coleção Pensamento Criminológico 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil. Crônica dos Tempos Coloniais**. 2 vls. Brasília: STF, 2000.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist. Sow prosperity evolves**. New York: Harper Collins Publishers, 2010.

RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. "Proceso, democracia y humanización", **Revista de Ciências Penales de Costa Rica**, ano 9 nº 13, Ago/1997.

SCHIETTI M. CRUZ, Rogerio. **Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, Leonardo. "Mediação, processo penal e democracia". In **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 289-319.

SIQUEIRA CASTRO. Carlos Roberto de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SUNG, Hung-Em. "Democracy and Criminal Justice in Cross-National Perspective: From Crime Control to Due Process". **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. 2006, 605:311., <http://ann.sagepub.com/content/605/1/311.refs.html>.

THOMPSON, Augusto. **Esorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.