

INTRODUÇÃO

A necessidade de fundamentação legal nas decisões judiciais é algo que vem expresso na Constituição¹, porém algo que não se pode olvidar, e portanto, que deve receber maior enfoque de análise, é o que faz o juiz escolher determinado dispositivo normativo no caso concreto? Ainda, até que ponto podemos entender que o juiz ativista deve, ou não, realizar uma postura pró-ativa? Existe uma a ideologia estatal a ser seguida? Em caso positivo, em que medida ela deve ser respeita?

Na tentativa de responder estes questionamentos, tomando-se como base teórica os conceitos de Mirjan Damaska, em especial o de Estado Ativo implementador de políticas, objetiva-se compreender, em apertada síntese, como determinados juízes se posicionam diante preceitos normativos inseridos em determinado sistema processual penal, apresentado-se a relevância da interconexão dos conceitos do referido autor e sua aplicação no modelo estatal constitucional brasileiro.

Para tal, o texto está dividido em três pontos, intitulados, respectivamente: – o juiz ativista no estado ativo; – princípios: a força que julgador hermeneuticamente não pode deixar de ver, e – ideologia estatal: o (des)vendar de Themis.

O método utilizado, longe de perquirir uma pureza metodológica, é o dedutivo. Diante disso, no seu conteúdo teórico a pesquisa tem o aporte doutrinário em livros e artigos nas diferentes disciplinas a serem tratadas, o instrumento para a realização do processo investigatório é a técnica documental, a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos. A pesquisa tem como marcos teóricos o poder e as formas de Estado e decisão judicial.

Justifica-se sua a realização pelo impacto como é exercido o Poder Judicial, sua relação com os parâmetros dos sistemas processuais constitucionais, a consequência no desenvolvimento dos modos de agir dos funcionários estatais.

2. O JUIZ ATIVISTA NO ESTADO ATIVO

¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, Constituição de 1988).

Primordialmente, introduz-se os conceitos dos dois sistemas processuais penais que serão adotados no presente artigo, quais seja, inquisitório e acusatório. Todavia, devido a sua importância, aborda-se, propriamente por primeiro, o que é sistema, levando em consideração suas possíveis identificações, fato que em processo penal, pode ser extraído a partir do conjunto de princípios e características nele inseridos, ou como melhor explica Jacinto Coutinho (2001, p. 16-17):

Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etiológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina².

Neste ponto procura-se introduzir a concepção de Sistema Inquisitório, como cujo o modelo de processo atribui ao juiz poderes máximos para proceder na busca – inquisitorial – da prova, o que poderá ser feito de ofício e em sigilo, originariamente, ou até mesmo sob tortura. Trata-se de um processo denominado como de partes, em que o órgão julgador se confunde com o acusador na busca pela Persecução Condenatória do acusado (FERRAJOLI, 2014, p. 564).

Destarte, sustenta-se ainda, que o conceito de Sistema Acusatório é o modelo de partes em um duelo, arbitradas por um julgador impessoal com forte tendência à imparcialidade (ZILLI, 2003, p. 44) ou, como explica Geraldo Prado, o princípio acusatório tem como característica no núcleo básico a diferenciação dos sujeitos nos papéis que desempenham no processo, ou seja, julgar, defender e acusar (PRADO, 2005, p. 172).

A questão que nos é apresentada, ou que tentamos aqui desvendar, torna-se então: quais são os limites dessa atividade? Em outras palavras, até que ponto se possibilita ver exercido o ativismo judicial para a implementação de políticas, e, talvez, mais importante que isso, se é possível definir que a atividade do juiz seja justificada pela ideologia do Estado?

Antes de tentarmos responder tais questionamentos, necessário se faz, localizarmos nosso discurso, através de delimitações conceituais tendo como referencial teórico Mirjan R. Damaska, as quais, adotamos como parâmetros de fundamentação neste pequeno artigo. Tenta-se esclarecer aqui, que tais assertivas são consideradas elementos

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: (COUTINHO, 2001, p. 16-17).

de escolha, e por conseguinte, podem ser consideradas elementos superficiais para a demonstração da totalidade³, ainda assim, eleger, nesse momento, é apresentar marcas para o leitor previamente poder aderir as suas próprias definições.

Há que se restringir, primeiramente, levando em consideração o conceito que Damaska nos apresenta o que é Estado Ativo ou Ativista, como sendo o que utiliza sua base ideológica em programa de complemento de melhoria material e moral dos cidadãos. A sua principal característica é a vinculação da sociedade com o Estado, ou como quer Damaska (1986, p. 140): *“Por lo tanto los problemas y las políticas sociales se disuelven em problemas y políticas de Estado”*. O individualismo é colocado a parte, os cidadãos se ocupam de assuntos civis deixando de lado seus privados⁴. Obviamente, sua vontade, tanto em ideias como em ações, é tomada como ato a ser rechaçado, os desejos dos cidadãos são aquilo que o Estado quer que desejem.

Aqui, trazendo este ideário para a sistemática decisória do processo penal, é importante destacar que o sistema está vinculado a administração da justiça, ou melhor, aos funcionários que administram a justiça. Decidir, portanto, passa a ser uma consequência da administração pública, mais do que isso, tanto a razão, como a maneira de decidir estarão vinculadas a ideologia estatal, o que pode ser traduzido, tendo como exemplo no Código de Processo Penal, como o juiz julgará de maneira ativa para implementar as políticas do Estado Ativo (DAMASKA, 1986, p. 153).

O paradigma proposto por Damaska (1986), quando apresenta seu Estado Ativo, é claro ao especificar que a forma de implementação de políticas – próprio deste modelo estatal – impõe ao julgador, como a todos os demais servidores estatais, que o faça de maneira ativa, o que deve ficar vinculado, as suas respectivas competências.

O papel do juiz no modelo de implementação de políticas é o de ser “honrado”, antes que “imparcial” (DAMASKA, 1986, p. 289). O que significa dizer que sua maior tarefa deve ser a de identificar posições e atributos que apoiem uma posição substantiva para resolução do caso penal, como base na expressão definida pelo Estado, e como a mais importante para tal, no exemplo brasileiro, os ideais estatais estão expostos nos valores constitucionais. O problema é que o juiz ao selecionar uma das hipóteses para

³ O direcionamento que o pesquisador pode dar à pesquisa é alertado por Bachelard. Ainda assim, a possibilidade de que as teorias da ciência do Direito, como quaisquer outras científicas, serem essencialmente refutáveis é o que encanta na pesquisa (BACHELARD, 1996).

⁴ Damaska não comete a ingenuidade de ignorar a existência de uma classe favorecida, com quem o governo faz alianças, inclusive emitindo leis que a favorecem. “Una permisiva para ‘nosotros’ y una restrictiva para ‘ellos’, las otras clases. (DAMASKA, 1986, p. 142).

conflito judicial (defesa vs. Acusação), no intuito de melhor servir a jurisdição, pode resultar na implicação de forte traço inquisitivo, auxiliado, e muito, pelo viés punitivas da cultura jurídica.

Em outras palavras, o juiz que se permite ir além do alegado pelas partes, ainda que tenha boas razões é inquisitivo, mas novamente, o que deve-se ter em mente são os fundamentos que o levam a isso: *“el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en resolver su disputa”* (DAMASKA, 1986, p. 193). A postura de mover o timão além dos limites estabelecidos pelas partes está vinculada ao modo ideológico com que o Estado lida com o processo.

Como consequência disso, surge o problema, ainda segundo Damaska, para o qual ele próprio não encontra uma resposta exata, qual seja, não se sabe o quão ativo pode ser o juiz em um processo, que por isso, ele pode-se tornar inquisitório, mas também, não se sabe o quanto de passividade os funcionários da justiça devem ser para que se tenha um processo acusatório.

É correto afirmar que não há certezas claras, o que é certo, também, dizer tratar-se de conceito por exclusão, ou seja, pode-se afirmar quais são as vedações ao agir do juiz penal. O papel da Constituição assume fator determinante nesse contexto, não apenas para entendermos que estamos tratando de Estado Ativo implementador de políticas, mas como regra de hermenêutica quando utilizada como razão de decidir, o julgado está inserido em um sistema, o qual deve buscar obedecer.

Por esta razão, que a tarefa do juiz extrapola, neste tipo de Estado, a vontade das partes, aqui especificamente defesa e acusação. Em uma leitura Damaskiana (1986, p. 148), há processo independente de disputas, o importante é manutenção de políticas estatais, ainda que os cidadãos estejam satisfeitos em suas relações pessoais, o Estado os “protege” inclusive de si mesmos, diante de suas “más consciências”. O juiz, nesse processo, não será neutro, por isso a investigação tem papel fundamental, e ela “irá” até onde for necessário para o Estado por em vigor sua política estatal, aqui há clara alusão ao inquisitorial, ou “processo dominado oficialmente”.

O julgador é obrigado a sentenciar, mesmo quando há dúvida acerca de qual seja a solução correta ao caso concreto – qual a decisão que mais e melhor implementa as políticas estatais – ele não pode eximir-se de decidir. Diante de sua incerteza, nesse momento, ele pode utilizar-se de uma solução que implique em efetivar políticas secundárias. Em uma primeira leitura, poder-se-ia chegar a falácia de que os fins justificariam os meios, e portanto, que para uma democracia estar travestida de ditadura

é simplesmente uma questão legal. De fato, a lei cria tiranos e tiranizados, e a exceção a legalidade democrática é um resultado para além da validade, e sim da facticidade (AGAMBEN, 2004).

Contudo, diante da teoria apresentada por Damaska, esta é uma interpretação falaciosa, por isso, a proposta ofertada no título deste texto. É que um dos possíveis erros do julgador sem limites para a busca da ideologia estatal está na maneira como é lida a norma. Ou seja, e para dizer o mínimo, a premissa é falsa. Quando aplicada a lei – sem limites principiológicos – a teoria do referido autor é esquecida, pois para ele, ideológica e legalmente todos os funcionários estatais seguem limites do ideal estatal (DAMASKA, 1986).

3. PRINCÍPIOS: A FORÇA QUE JULGADOR HERMENEUTICAMENTE NÃO PODE DEIXAR DE VER

O significado de princípio implica em dizer que se trata de mandamento nuclear unificador (CASARA, 2013, p. 86), logo, diz-se que é em razão dele, e por ele, que se unificam as práticas estatais. Desta forma o sistema se torna coerentemente – e propositalmente – a ordem que vincula as ações do ente político. Como por exemplo, de que jeito procedem nas práticas punitivas, as quais, inseridas em um modelo processual penal próprio de cada Estado, traduzem sua maneira de ser (IHERING, 2012, p. 91). Os atos estatais advêm do princípio fundador e para ele caminham, no sentido fático, na busca de implementação de seus mandamentos significantes (BOURDIEU, 1980).

Compreende-se que a conceituação de princípio como espécie de força gravitacional com a qual uma série de temas são relacionados ao princípio unificador (COUTINHO, 1998), no sentido de destinar o processo para determinada finalidade. A analogia ao fenômeno físico é conveniente porque ainda que se distancie, tratando de assunto processual específico, o princípio é uma espécie de limite, que mantém em órbita pré-definida todos os planetas daquele determinado sistema planetário, ou impede que juiz se distancie de decidir no sentido constitucional imposto pela sistemática processual, advinda da ideologia do Ente.

Damaska (1986), ao se referir ao Estado ideologicamente Ativo, especialmente no aspecto da implementação de políticas, aponta o procedimento correto para tentar maximizar a probabilidade de incorporação da política de Estado no caso prático. Para o autor, fazer justiça é implementar um processo penal acusatório, seria um com menos

possibilidade de ação das partes – defesa e acusação – e maiores poderes discricionários do Estado/juiz para que esse funcionário estatal busque a efetivação da referida ideologia de implementação políticas, e aqui, identifica-se a função ativa do julgador.

Porém, ele afirma, também, que no Estado Ativo, o exercício desse controle sobre o processo não é tão discricionário, pois é evidente que a carga axiológica, inerente ao julgador, é o que verdadeiramente o impulsiona para a tomada de decisões. Dessa forma, esse pressuposto não pode ser antidemocrático, eis que, nos exemplos damaskianos, todos são advindos de uma democracia, portanto, tem-se a necessidade de respeitar a diagramação do processo. Destarte, a norma fundante do Estado – democrático – elege parâmetros mínimos, aqui entendidos como justificativas políticas escolhidas pelo constituinte originário, observados na Constituição, como a da República Brasileira – que devem, mais do que a busca da implementação de políticas, serem aplicados sempre.

É o caso da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* quando não houverem provas produzidas pelo réu para a sua absolvição, e as acusações forem passíveis de dúvida. Sob este aspecto, tem-se como procedimento correto aquele que maximiza ou aumenta a probabilidade de incorporação da política de Estado no caso contingente, cujo modelo ideológico ocorrerá na medida em que a política de Estado seguir os limites constitucionais. Ou seja, deve o julgador quando da interpretação da norma processual entender que a dúvida, ainda que não suscitada pela defesa, deve ser resolvida a favor do acusado. Ver, nesse sentido, implica em dizer que a tarefa do juiz é promover o exercício estatal para implementar a sua política de priorizar condenações exclusivamente a partir de provas irrefutáveis, mais do que isso, as quais somente podem ser apresentadas pela acusação, por isso que cada ator processual, no Sistema Acusatório, tem tarefas definidas que não podem ser cumpridas por quem não é legalmente competente para tal.

A lógica, aqui tratada como procedimento processual, não está na ação em si, mas sim na maneira de como essa ação é regida. Ou seja, o juiz ativo não é a pauta que legitima o estado de exceção, o juiz damaskiano deve agir, mas isso não lhe concede a possibilidade de um agir irrestrito, ainda que sob o fundamento, ou com argumento da ideológico.

Não é uma questão de *ver* uma nova interpretação da lei, como explica Jacinto (COUTINHO, 2016, p. 67/68), o ponto é não ver os parâmetros constitucionais que deveriam ser aplicados a ela. A hermenêutica do julgador, nesses casos, é cega para o princípio fundador, por isso o problema não está no *agir* e sim no *porquê* do agir. A decisão pode perpassar por interesses pessoais afastados da norma processual, travestidos

de boas intenções, vulgarmente conhecidas no senso comum como exterminadores da corrupção, é possível termos o descumprimento do Código de Processo Penal sob a alegação de justiça social, o que a fim e ao cabo, seria a voz do Estado através de seus funcionários na implementação de políticas. Explica melhor o supra citado o autor:

O problema maior, não obstante, é que se não conhece a regra, e assim, os intérpretes – e por todos os *juízes*, pelo *poder* que detém, repita-se – acabam por se permitir realizar as mais absurdas, inconstitucionais e ilegais construções interpretativas, inclusive, escancaradamente *contra legem*. Isso se dá não por aquilo que Aristóteles chamava de *equidade*, ou seja, uma *retificação da lei quando ela é deficiente por sua universalidade*; e sim por interesses pessoais (ou de terceiros) e não raro com ‘boas intenções’, mas *contra legem* e, muitas vezes, contra a Constituição, a qual acaba manipulada retoricamente para permitir a violação que diga-se *em passant*, é intragável. (Grifo no original).

O que se olvidam, esse tipo de julgadores, é que as proteções individuais são muito mais importantes do que as coletivas, mesmo, e principalmente contra o poder do Estado. O processo serve para o cidadão se defender do Leviatã, ele é a garantia de que o ente estatal não agirá em detrimento do réu em busca de seus interesses, o que aqui pode ser entendido como barreira diante da pessoalidade do juiz, por isso a noção de sistema jurídico torna-se tão relevante.

No entendimento de Dworkin (2007), a partir da compreensão de Direito como um sistema em si, que estabelece proteção à ameaça das individualidades com base nas políticas públicas de promoção do bem-estar, as liberdades individuais não deveriam ser restringidas, a não ser diante da possibilidade de ameaças do Estado ou das maiorias, o que fica limitado sempre para priorizar proteção das individualidades. Estas últimas prevalecem, o que deve ser efetivado, no Estado Democrático de Direito, por meio dos princípios individuais consagrados pela Constituição, mesmo que em detrimento da política.⁵

Para autores como Goldschmidt (1936a), referindo-se ao Processo Penal propriamente dito, deve ser preconizado a existência de princípios processuais que expressam significado e limite mínimo de individualidades a serem protegidas. Sim, ele afirma que mais democrático será o Processo Penal quanto maior for a ação das partes e menor o exercício do poder dos juízes no processo. Todavia, deixa claro, também, que o

⁵ Mesmo sendo o objeto de estudo de Ronald Dworkin o direito norte americano, o processo constitucional penal brasileiro, também, é baseado em princípios. Com mais sagacidade aplicação de suas lições a esse momento do texto explicam-se e aplicam-se aos princípios de proteção individuais (DWORKIN, 2005, p. 558-559). Em sentido equivalente ÁVILA (2018).

funcionário estatal deve exercer o seu papel de maneira a preservar a carga da presunção da inocência, isto é, existe um limite imposto pela Constituição Federal, sendo que o processo democrático protege o cidadão de ameaças eventuais do juiz/Estado e do abuso do direito acusatório, e isso deve ser feito como política estatal, ou seja, ao julgador cabe a tarefa – ativa – de privilegiar o estado de inocência do acusado, porque a ideologia do Estado Ativo é limitar o poder dos juízes, mesmo que na intenção de realizarem o que preconiza essa própria ideologia.

4. IDEOLOGIA ESTATAL: O DESVENDADOR DE THEMIS

O entendimento de Foucault (2015) de que o poder “não é”, mas o poder “está”, é complementado por Eagleton, o qual defende que algumas formas de poder “estão” mais do que outras. A força do significado de ideologia está em sua própria capacidade de apartar, de maneira classificatória, determinando que lutas de poder são importantes para a vida social, enquanto outras que não são, como as que têm maior ou menor grau de relevância. Afirma Eagleton (1997, p. 27) nesse sentido que *“Es perfectamente posible estar de acuerdo con Nietzsche con Foucault en que el poder está en todas partes, au deseando, por determinados fines políticos, distinguir entre tipos de poder más o menos centrales”*.

Projetando esse entendimento a aos fundamentos da decisão judicial, pode-se dizer que há sempre uma escolha, o juiz tem a liberdade de decidir, ele pode condenar ou absolver o réu, mas ele não pode deixar de sentenciar, como também não pode decidir de ambas as maneiras, uma decisão ao mesmo tempo não tem como ser condenatória e absolutória. Assim, do início do processo em diante, o julgador é livre para seus instintos e intuições, ele não erra quando condena justificadamente, tão pouco quando absolve fundamentadamente. É uma espécie de versão do jogo televisivo Big Brother, não se pode errar quando se vota pela expulsão de alguém, “é só quando hesita e resiste ao jogo que você corre o risco de ficar ou ser posto fora dele” (BAUMAN, 2012, p. 29). Depois que se “joga” alguém para dentro do processo penal, não importa a escolha – que na realidade não é uma escolha, porque não é possível não escolher –, o problema é que o sistema informa, antecipadamente, ao juiz que se sinta a vontade para punir, mais do que para absolver, ou melhor: condene sem culpa, pois é do jogo condenar.

Lembra Zaffaroni (2011, p. 717) que o magistrado tem em si a cultura da periculosidade da pessoa que está nos autos, e sob esse diapasão afirma que “não faltam

doutrinadores que acabam por inventar a ideia de ‘periculosidade presumida’” (Grifo no original). A conexão com Damaska se mostra mais clara, pois se o julgador está inserido em um Estado Ativo, que não logrou apresentar provas suficientes para concluir seus objetivos – aqui se construiu a ideia de que o juiz entende proteger a sociedade, retirando elementos perigosos do seu convívio, portanto, realizando a política pública de efetivação da segurança – é dever do magistrado buscar as provas que não foram apresentadas de maneira a atingir tais propósitos, o que implica em conclusão lógica ser o dispositivo em comento altamente inquisitorial.

A ordem jurídica traduz e assegura, a ordem social, sendo que o processo penal, e por conseguinte, o que se entende pelo sistema a ele aplicado, é reflexo de como o Estado controla seus cidadãos.⁶ O problema é que processo penal não assegura a ordem social, ao contrário ele a impõe, o Estado controla seus cidadãos a partir do sistema adotado, daí a necessidade de implementação das garantias constitucionais, como o devido processo legal, *in dubio pro reo*, entre outras. Isso porque, o processo constitucional democrático não pode estar simplesmente a serviço de uma ideologia política (que não pode ser confundida com a de Estado, em especial os democrático) utilizado como instrumento da pretensão punitiva do Estado. Na lição de Divan (2015b, p. 416):

Se o processo penal possui alguma função político-constitucional a imantar sua real ‘instrumentalidade’, essa é aquela de proteção das garantias fundamentais plasmadas democraticamente. Visualizar no processo um meio de fazer aturar outros interesses políticos e de com ele implementar, literalmente, política(s) via ‘intervencionismo’ e, mais grave, ‘ativismo’ jurisdicional deliberado, não pode estar em pauta. (Grifos no original).

Sem olvidar que ao mirar-se o processo penal brasileiro, a partir da ideia de Goldschmidt, para quem o processo é o reflexo da nação, a ideologia constitutiva do Código de Processo explicaria sua incompatibilidade normativa com a Constituição, mas seria perfeitamente justificável com a equivalente ideologia do Estado constitucional.

Como bem informa Divan (2015, p. 117), de um ponto de observação macro dirigido ao centro do processo, devem ser considerados os “caracteres que informam o processo penal enquanto um dos mecanismos políticos-criminais que regulam diretamente esse elemento do ‘sistema jurídico-penal’” (grifo no original). Política criminal pode ser traduzida como ideologia estatal na busca por seus objetivos. Com mais razão, a ressalva feita por Lopes Júnior (2017, p. 118), para quem o processo penal serve,

⁶ Em referência a James Goldschmidt LOPES Jr., Aury. *Fundamentos do processo penal : introdução crítica*. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 215.

similarmente, para absolver e garantir a liberdade dos cidadãos, e não somente para aplicação de pena. A forma como isso acontece se dá de maneiras diferentes nos casos do Estado Reativo ou do Estado Ativo, cujos contornos se passa a trabalhar nos pontos que seguem. Damaska (1986) vai além, ao dizer que essa imposição se dá a partir das escolhas feitas pelo constituinte, e o modelo de Estado que aquela determinada constituição está inserida.

No caso do Estado Ativo, que implementa políticas (estatais) a ideologia do Leviatã, impõe um processo penal controlador, mais do que isso, que os funcionários estatais irão controlar os cidadãos. O que pode ser visualizado em um juiz ativo implementador de políticas. Tal afirmativa pode parecer ruim, pois limita as liberdades dos cidadãos, porém limitar é garantir que abusos não aconteçam, aqui uma crítica ao liberalismo processual, ou melhor, trata-se de uma mitigação dos seus efeitos.

Os magistrados são mais do que “máquinas resolutoras de casos”, são operários, frutos de uma bifurcação metafísica. Melhor dizendo, devem escolher entre uma carreira séria, comprometida com a realidade, ou agir como um pesquisador curioso. Frisa Divan (2010, p. 56) que, de fato, não há essa possibilidade de predileção, pois não há como definir “uma realidade mais real”. Damaska (1986) atribui este antepor da decisão às formas de Estado e, por conseguinte, às proposições políticas ideológicas a que se destinam. Divan (2015) ressalta a impossibilidade de um juiz ativista, levando em consideração a instrumentalidade do Processo Penal, resolver conflitos sociais. Aqui, não há discordância com Damaska, apesar dessa conclusão surgir em análise superficial e apressada. O que o autor ressalta é que a solução de conflitos não passa pelas mãos do juiz, mesmo na tentativa de “‘resolver’ os enfrentamentos sociais como sinonímia de justiça” (DIVAN, 2015, p. 145).

A expressão passa a ter importante significado porque há um amálgama nas funções das partes do Processo Penal brasileiro. A lição de Damaska procura esclarecer que o modelo de processo baseado na resolução conflitos é o que mais concede poderes às partes – defesa e acusação – e o que menos possibilita ações do juiz. Na lição de Prado, em uma sociedade mais democrática (PRADO, 2005), as funções jurisdicionais são tanto mais democráticas quanto menores forem as participações judiciais. É por isso que Divan chama a atenção para explicar que a menor atuação do magistrado – vedada pela instrumentalidade processual – implica, como afirma Prado, em maior democracia. Nesse sentido, conjugando o entendimento acima com a lição de Damaska, tem-se que é mais justo, no Processo Penal brasileiro, aquele que não resolve conflitos, sendo, portanto, o

seu oposto, o que implementa políticas, verdadeira expressão da justiça. E de que maneira isso deveria acontecer pragmaticamente? De acordo com Divan e Prado, democraticamente, com um juiz que não age/interfere no papel das partes no processo. A sua inação pode ser traduzida como sinônimo de democracia constitucionalmente ativa. Ao trazer o conceito de Estado Ativo para a implementação de políticas: “Cuando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas” (DAMASKA, 1986, p. 26), é preciso lembrar que ele trabalha, também, a ideia de elencar o conceito de “presunção de inocência” como política a ser buscada pelo Estado. Esta busca deve ser realizada, inclusive, em momento anterior ao processo, qual seja, no objetivo buscado pelo Estado a partir de sua ideologia com sua respectiva projeção *no e pré-processo* (DAMASKA, 1986).

Divan (2015, p. 116), ao citar Goldschmidt, expõe a vinculação entre processo penal e a política estatal. Nas palavras do autor alemão: “*Los principios de la política procesal penal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”. Há, todavia, uma incompatibilidade pragmática entre o que diz a Constituição Federal, as normas do Código de Processo Penal e a prática processual (LOPES, 2017a). Prado, entre outros, afirma que existe um sistema constitucional de princípio acusatório (PRADO, 2005, p. 299-300). O próprio autor, contudo, expõe a inquisitorialidade do Instituto Normativo Processual, pois, claramente de origem fascista, considera a prática processual uma espécie de mistura entre os sistemas, ou um processo de princípio inquisitorial (COUTINHO, 1998), com garantias desenvolvidas no modelo acusatório, denominado, impropriamente, por alguns de misto (TUCCI, 1980, p. 79-80).

O que pode parecer um problema de incompatibilidade de sistemas, na realidade, se observado pela classificação imposta por Damaska, percebe-se que há melhor enfoque a ser dado, justamente a partir da ideia inicial de Goldschmidt (1936a, p. 778), ou seja, que o processo é o reflexo da nação, uma espécie de termômetro democrático. No caso brasileiro, o sistema processual pode parecer incompatível com a Carta Magna – constitucionalmente acusatório e processualmente inquisitório – contudo, ele fica claro se for retomada a lição de Damaska (1986, p. 255), que considera os comandos constitucionais, e se tomar por base a ideologia constitutiva do Estado.

No Estado Ativo, o processo é eminentemente instrumental, as decisões são acertadas em termos de justiça de procedimentos mais do que em relação aos resultados. Sob este aspecto, um procedimento correto é o que maximiza ou aumenta a probabilidade de incorporação da política de estado no caso contingente, ou seja, fazer justiça.

Ou seja, se existe um Estado ideologicamente Ativo, o processo penal mais adequado é o de implementação de políticas públicas – em larga escala observado na Constituição da República Federal brasileira – e, portanto, a melhor forma de fazê-lo é implementando um processo penal com menor possibilidade de ação das partes – defesa e acusação – e maiores poderes discricionários do Estado/juiz, para que esse funcionário estatal busque a efetivação da referida ideologia de implementação política.

Dá dizer que o juiz que institui suas próprias regras, em desrespeito ao que diz a constituição, sob o pretexto de maior eficiência ao processo penal somente pode fazê-lo de maneira violenta. Quem domina as regras domina o jogo, com maior razão no processo penal, e como consequência a decisão judicial que é tomada a partir dele.

Por isso é tão importante *ver* as regras hermenêuticas expostas no sistema constitucional não podem ser substituídas por um processo próprio do magistrados. Isso, implica em dizer que seu entendimento deve ser adequado a justiça constitucional, aqui traduzido como aplicação normativa processual, levando em conta a ideologia estatal. Porque do contrário, todo aquele que assume a possibilidade de julgar de acordo com suas próprias regras, poderá mudá-las para fundamentar sua própria razão ideológica. Exemplo que ilustra bem tal relação de poder – regras e ideologia próprias – é o clássico livro “A Revolução dos Bichos” de George Orwell, quando os porcos tomam o poder, a ideologia do Estado – a fazenda mudando o nome para “Granja dos Bichos” – muda as regras para os que estão no poder.

Há um discurso justificado na eficácia da decisão judicial, e com isso o descumprimento de determinadas garantias processuais constitucionais em prol da justiça social, porém, somos alertados por Wedy, que a fala “da ‘eficiência’ funcional ou econômica acaba por se infiltrar fortemente na ciência penal, de modo a realizar, muitas vezes, proteções desarrazoadas de bens jurídicos, [...] bem como acaba por inverter, muitas vezes, o ônus da prova nos processos penais” (, 2016, p. 238). Eficiência, nesse sentido, pode surgir como critério de legitimação, “no instante em que objetiva congrega limitadores externos, como justiça, e limitadores internos, como as garantias constitucionais” (2016, p. 283).

Ocorre que ao relativizar as garantias processuais do acusado, pode-se intuir que há necessidade de manutenção de um processo ideologicamente comprometido com o modelo inquisitorial, por exemplo na produção de provas pelo juiz. Como ressaltado por Wedy (2016, p. 286): “Por isso, a necessidade do critério de eficiência, justamente como a liame capaz de edificar uma noção de processo penal que preserve garantias e não esqueça sua finalidade buscar a justiça e a paz social”. Com isso, o autor quer dizer que o processo deve ser eficiente, “porque a ineficiência ou a eficiência sem garantias terá repercussão justamente no processo penal”, resultando em um processo injusto. É em vista disso que o autor adverte que o réu não deve provar nada, pois a “sua conduta pode ser absolutamente passiva no curso de um processo” (WEDY, 2016, p. 302).

CONCLUSÃO

De acordo com o que pode ser extraído na pesquisa realizada no presente texto, há sim, uma cultura inquisitorial entre os juízes, e há fortes indícios, levando em consideração os autores aqui estudados que queiram mantê-la.

Todavia é preciso, ir além e dizer que toda a estrutura da teoria do Processo e sua aplicação pragmática tem um momento anterior de fundamentação, que é o modelo de Estado no qual se insere. Atribuir à maneira ativa como os magistrados controlam a marcha processual não constitui, por si, o fundamento para um processo de Sistema Inquisitivo.

O Processo, aqui entendido, também, por procedimento, se desenvolve a partir das ideologias estatais, sendo, então, adequado a um modelo de Estado, aqui proposto por Mirja Damaska como Ativo para, assim, erguer as bases estruturais que irão formar a sua moldura.

É o pensar a partir da Constituição Federal que legitima Código de Processo Penal, e é dela que se extraem os patamares mínimos, cujos valores foram eleitos e que ela quer ver implementados. Democracia, é dizer que as pessoas tenham patamares mínimos a serem respeitados, e tais, no Sistema Jurídico brasileiro, estão expostos na Constituição Federal.

A Carta Magna expressa que há um Estado Ativo, implementador de políticas e, por conseguinte, que os funcionários estatais devem exercer seus poderes de maneira mais ativa para, dessa forma, cumprirem com suas obrigações.

Ademais, afirma-se com maior importância, que é dever do julgador fazê-lo de maneira democrática, o que significa dizer que deve respeitar o devido processo legal, bem como garantir o exercício da ampla defesa e promover, ativamente, a presunção de inocência. É por isso, que o título proposto neste pequeno texto implica em dizer que se a decisão judicial é adequada a ideologia estatal ela não pode deixar de ver a hermenêutica que aquele determinado modelo de Estado, ideologicamente, impõe.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Tradução de António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **La distinction**. Paris: Minuit, 1980.

BRASIL (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 1998, ano 30, n° 30.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do Processo Penal**. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Direito e psicanálise: introduções a partir da literatura**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Tradução de Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EAGLETON, Terry. **Ideología: una introducción**. Tradução de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1936a.

_____. **Derecho, Derecho Penale y Proceso I. Problemas fundamentales del Derecho**. Buenos Aires: EJE, 1936b.

IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal**. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1: parte geral.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.