

A política e a democracia nas decisões judiciais: o art. 385 do Código de Processo Penal de 1941 e o Superior Tribunal de Justiça

Edimar Carmo da Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Aluno do Curso Modalidade Intensiva de Doutorado (Direito Constitucional) da Universidade de Buenos Aires (UBA), mestre em Ciências Criminais (PUC/RS) e especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC).

Resumo: A Ciência Política insere uma visão de objetividade na análise dos sujeitos e órgãos estatais, permitindo visualizar em suas ações, de Estado, um conteúdo fortemente político, para além do jurídico. Não de modo diferente, isso pode ocorrer no tocante à análise do modo da composição dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e das competências constitucionais fixadas a esses tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. A função de controle de constitucionalidade das leis, tal como a competência de unificar a interpretação das leis federais, constituem competências com alto grau de caráter político. Essa perspectiva política pode e merece ser sopesada na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Mesmo que os ministros dessas cortes extraordinárias não sejam eleitos por voto popular, nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode haver um caráter democrático ao conferir-se efetiva participação dos sujeitos processuais na produção do direito, no devido processo. Evidencia-se um déficit democrático nas decisões pertinentes ao processo penal, notadamente nas situações em que a instituição essencial à prestação jurisdicional e titular da ação penal pública pede a absolvição, e o julgador (juiz/tribunal) condena.

Palavras-chave: Estado. Ciência Política. Poder Judiciário. Democrático. Decisões.

Abstract: the political science inserts a vision of objectivity in the analysis of the individual and State organs, allowing to view in their actions, as State, a heavily political content, apart from legal. Not differently, it can happen as regards the analysis of the way the composition of the ministers of the Supreme Court and the Superior Court of Justice and constitutional responsibilities attached to those courts of dome of the Brazilian judiciary power. The control of constitutionality of laws, such as the ability to unify the interpretation of federal laws constitutes skills with a high degree of political character. This political perspective can and should be weighed against the prospect of the democratic State of law. Even if the members of these extraordinary courts are not elected by popular vote, in decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice may contain a democratic character by giving effective participation of subjects in the production of this law procedural thirst, in the due process. It is clear that there is a certain democratic deficit in decisions pertinent to the criminal proceedings, notably in situations where an institution essential to the jurisdictional provision and public criminal action holder asks absolution, and the judge (judge/court) sentences.

Keywords: State. Political Science. Judiciary power. Democratic. Decisions.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado na perspectiva da Ciência Política. 2.1 O Poder Judiciário como poder político. 3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito. 4 A possibilidade de conformação das decisões judiciais ao Estado Democrático de Direito. 5 O Poder Judiciário e o déficit de democracia nas decisões pertinentes ao processo penal. 6 Democracia procedimental – penal – na Constituição. 7 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar, sob a ótica da Ciência Política, embora com um viés jurídico procedimental, o conteúdo democrático das decisões da cúpula do Poder Judiciário brasileiro em sede de processo penal, especificamente de decisões que tratam da recepção constitucional do art. 385 do Código de Processo Penal de 1941.

A abordagem parte da compreensão do Estado sob a perspectiva da Ciência Política, procurando situar o Poder Judiciário, mormente os tribunais de cúpula como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no contexto de órgãos políticos e na condição de tribunais que conduzem uma jurisprudência conizente ao Estado Democrático de Direito.

Certamente não é fácil estabelecer critérios claros para saber em que medida as decisões/acórdãos desses tribunais de cúpula do Poder Judiciário brasileiro possam estar, ou não, adequados ao Estado Democrático de Direito.

De todo modo, é possível indagar, inicialmente, tendo como norte a delimitação na recepção e na interpretação da regra procedimental penal antes mencionada, a saber: é cabível, sob os parâmetros do Estado Democrático de Direito, recepcionar uma regra oriunda de um Estado autoritário? Há conteúdo democrático nas decisões do Poder Judiciário que prescindem da participação de instituição essencial à prestação jurisdicional do Estado, notadamente as dos tribunais de cúpula? É possível uma adequação democrática dessas decisões?

Também tem-se como objetivo saber qual a possibilidade de conformação das decisões judiciais, em sede de processo penal, ao Estado Democrático de Direito. Em que consiste, nesse caso, a democracia procedimental?

Esses são alguns dos desafios que, sob a perspectiva da Ciência Política, serão enfrentados, embora sem qualquer escopo de definitividade, dado que os valores constitucionais e democráticos ainda estão em construção e desenvolvimento francos e perenes, contrapondo-se a uma praxe forense que insiste em se orientar pela legislação infraconstitucional produzida no e sob as lentes de um Estado autoritário.

2 O Estado na perspectiva da Ciência Política

Analisar o Estado ou um dos poderes do Estado com uma visão política, e não predominantemente jurídica ou normati-

vista, implica considerá-lo na perspectiva da Ciência Política. Por Ciência Política, seguindo Bercholz (2003, p. 3), entenda-se como não somente o estudo contemporâneo do Estado, mas do Estado como parte de uma área científica mais ampla que não se restringe ao Estado, mas deste e de outros fenômenos políticos e sociológicos.

Nesse sentido, desde que não se pretenda uma abordagem de modelos de Estado, mas da análise dos estudos políticos de órgãos estatais, implica considerar esse estudo para além de uma visão meramente normativista.

Como ponderado por Bercholz (2013b, p. 7), essa visão do Estado, ou especificamente de um dos poderes estatais, forçosamente conduz a uma percepção objetiva. Procura-se um conhecimento racional sistemático e verificável, tornando-o mais próximo de uma investigação científica. Esse viés permite, certamente, verificar a conformação ou a não conformação das hipóteses com os fatos, exteriorizando as evidências passíveis de contestação.

É certo, contudo, como observado por Bercholz, que a análise do político como objeto de estudo possui variados aportes teóricos. Conforme o renomado professor, desde o século XX têm-se se generalizado os estudos acerca de fatos concretos e reais, tornando-se possível explicá-los, compreendê-los, fazê-los funcionais, reais e, por fim, viabilizar uma intervenção legítima (2003, p. 6).

2.1 O Poder Judiciário como poder político

Como órgão ou tribunal de cúpula do Poder Judiciário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, para além de seu caráter jurídico, constitui um dos três poderes políticos do Estado brasileiro.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal exerce uma função típica de poder de Estado, precisamente a jurisdicional. No exercício dessa relevante função estatal de dizer o direito, além de outras competências fixadas na atual Constituição Federal brasileira, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitu-

cionalidade de atos normativos federais e estaduais, além de ser o expoente maior e último das garantias constitucionais.

Necessariamente, para maior lisura dessa relevante função, o Supremo Tribunal Federal está articulado com os demais poderes do Estado, nada obstante lhe seja assegurada constitucionalmente a medida de independência e harmonia em relação aos poderes Executivo e Legislativo.

De igual sentir está o Superior Tribunal de Justiça, primeiro órgão superior da instância extraordinária brasileira. A esse tribunal compete, entre outras funções, julgar altas autoridades governamentais e uniformizar a interpretação dos demais tribunais em face das leis federais, nos termos dos arts. 104 e seguintes da Constituição Federal.

No tocante à natureza política, pontue-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal, tais como os ministros do Superior Tribunal de Justiça, não são eleitos por voto popular, mas sim por indicação do chefe do Poder Executivo, o presidente da República, conforme previsto no parágrafo único do art. 101 e no parágrafo único do art. 104, ambos da Constituição Federal brasileira.

De todo modo, pondere-se que a mencionada indicação, tecnicamente concebida no texto constitucional como nomeação, pelo presidente da República, tem um quê de democraticidade. Com efeito, a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça deve passar pela chancela, vale dizer, pela aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Tanto a escolha do presidente da República como a aprovação da maioria absoluta dos senadores da República implica compreender que, de fato, permeia esse procedimento um viés fortemente político. Os requisitos de se tratar de pessoa maior de trinta e cinco anos e menor de sessenta e cinco anos de idade e ser de notável saber jurídico e reputação ilibada são avaliados pela cúpula da estrutura política do Estado brasileiro.

Ademais, como ponderado por Bercholz (2003, p. 19), ao referir-se às funções e à divisão do poder segundo Loewenstein, precisamente quanto ao poder de decidir, executar e controlar essa mesma decisão, notadamente no controle da legalidade pela Corte Suprema de la Nación Argentina, esse ato estatal traduz-se no exercício de um poder político.

Conforme a precisa lição de Bercholz (2007, p. 2), ao analisar os aspectos configuradores da Corte Suprema de la Nación Argentina como poder político, acentua-se que “La Corte Suprema resulta titular de una fracción funcional de poder, el que corresponde a controlar la legalidade deste la perspectiva totalizadora de la Constitución Nacional de los actos administrativos de los otros poderes políticos do estado”.

Certamente, em igual medida, no exercício do controle da legalidade dos atos derivados dos demais poderes, notadamente dos atos normativos resultantes do processo legislativo pelo Poder Legislativo, atos esses que recebem a efetiva participação do Poder Executivo pelo ato sancionatório do presidente da República, o Supremo Tribunal Federal se mostra e se põe na condição de decidir com razoável dose de conteúdo político.

Ademais, esse caráter político das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, próprio das cortes constitucionais, é reforçado devido ao elevado grau de abertura interpretativo – ou grau de abstração – extraído das normas constitucionais.

A respeito da função de dizer o direito, com aporte no conhecido dito no sentido de que “la constitución es lo que los jueces dicen que es”, Bercholz (2007, p. 3) assinala que “la interpretación final de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado le corresponde al Poder Judicial en general y a la Corte en especial como instancia superior de dicho Poder y esa resulta ser una tarea fuertemente política”.

Assim, por simetria, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça realizam seus misteres imbuídos de um forte conteúdo político, nada obstante suas decisões/acórdãos contenham toda uma fundamentação jurídica, uma vez que suas deliberações devem estar apoiadas na própria Constituição Federal e/ou nos demais atos normativos infraconstitucionais.

3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito

Como antes assinalado, concebido o Supremo Tribunal Federal, tal como o Superior Tribunal de Justiça, com um forte poder político, aparentemente pode haver uma contradição entre essa mencionada natureza política inserida na função jurisdicional e os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

Não se pretende, no presente estudo, tecer considerações amplas acerca da natureza do Estado Democrático ou mesmo do significado de democracia nas suas mais variadas acepções. Mergulhando profundamente no tema, remete-se aos estudos desenvolvidos por Bercholz (2003, p. 49-70) quando trata dos níveis de legitimação e da expansão da democracia na Argentina.

Nessa direção, não perdendo de vista a dificuldade de se estabelecer uma adequada definição de Estado Democrático de Direito, pode-se compreendê-lo como um modelo de Estado com certos avanços em relação ao Estado de Direito originado no século XVIII e em relação ao Estado Social, fortemente preconizado no pós Segunda Grande Guerra Mundial.

Pode-se consignar que o Estado de Direito, desde Hobbes, Locke e Rousseau, notabilizou-se pela superação do poder absoluto do monarca em face ao poder das leis emanadas do parlamento. Esse incipiente Estado de Direito tinha como nota marcante a dimensão negativa dos direitos (direitos subjetivos), segundo a qual se recla-

mava uma abstenção do Estado nas questões privadas de cada cidadão. Era a prevalência do liberalismo, segundo o qual a intervenção do Estado nos direitos fundamentais era vista com reserva.

De outro norte, o Estado Social teve como nota marcante a intervenção dos poderes e das agências estatais na implementação de políticas públicas para atendimento das necessidades sociais da coletividade. Vingou, nesse modelo de Estado, a máxima da dimensão positiva dos direitos, pela qual tornava-se possível a intervenção do poder público nas questões privadas, visando à melhoria das necessidades da coletividade. Marcou-se pelo intervencionismo.

Como dito no início do presente ponto, um dos avanços que destaca o Estado Democrático de Direito em relação aos demais modelos de Estado diz respeito à representatividade ou à eletividade popular. Vale dizer, o caráter eletivo dos ocupantes das funções políticas estatais e a participação do povo nos procedimentos estatais são a nota distintiva do Estado Democrático de Direito.

Nesse particular, muito embora tivesse abordado o tema sob a ótica da democracia e não do Estado Democrático de Direito, Bercholz (2007, p. 4) concebe a democracia como governo da maioria. De todo modo, a referência a governo da maioria deixa evidenciada a marca da eletividade (eleição/escolha) política.

Sem embargo, no presente ponto cumpre consignar que outra nota marcante do Estado Democrático de Direito, paralelo à representatividade popular, diz respeito à participação de mais de um sujeito – seja pessoa física, jurídica ou mesmo os órgãos estatais etc. – nos processos decisórios estatais.

Exemplificativamente, as funções estatais se dividem, classicamente, na administrativa, na legislativa e na judicial. Em relação às duas primeiras, a natureza democrática é de logo evidenciada, considerando-se que os seus agentes de cúpula, mesmo no modelo federativo, são escolhidos entre os representantes do povo.

Mesmo a formação (produção) do direito resulta de um processo democrático; uma vez que o parlamento apresenta projetos de lei e estes são discutidos e votados pelos representantes do povo. Ao fim, o projeto aprovado é encaminhado à sanção do chefe do Poder Executivo.

Assim, esse evidente caráter democrático na aprovação das leis etc. não se contenta apenas com a natureza representativa dos agentes escolhidos pelo voto popular. Distingue-se, sobretudo, pela possibilidade de participação do interessado na formação do direito. Assim, democracia não se limita à representação eletiva, senão, e sobretudo, pela possibilidade de participação do interessado nos processos em que demandem matérias de seu interesse.

Sem embargo, como e onde residiria a natureza democrática do Poder Judiciário, destacadamente, como se está a tratar no presente artigo, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça? Esse particular se põe a enfrentamento no tópico seguinte.

4 A possibilidade de conformação das decisões judiciais ao Estado Democrático de Direito

Como anteriormente assinalado, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não são indicados e nem escolhidos por votação popular. Contudo, a forma de escolha para a composição dos 11 ministros da Suprema Corte brasileira e dos 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça contém a efetiva participação de órgãos de alta representatividade popular: decorre da escolha/nomeação do presidente da República e da aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal.

Afigura-se, portanto, que a escolha dos ministros das mais altas cortes do Poder Judiciário brasileiro contém uma dose de representatividade popular. Essa participação dos representantes diretos do povo, quais sejam, o presidente da República e a maioria

absoluta dos senadores, confere um aspecto de composição democrática, ainda que indiretamente.

Além da forma de escolha dos ministros, vale ponderar que a observância do devido processo estabelecido na Constituição e nas leis constitucionais permite afirmar que as decisões (acórdãos) do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estejam providas de um conteúdo democrático.

Nesse sentido, merece ponderar-se que nenhum ministro e nenhum dos órgãos (Primeira e Segunda Turmas e o Plenário ou Tribunal Pleno) do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, possuem poder de iniciativa de ação para submeter qualquer tema à apreciação/decisão desses nominados tribunais. Aliás, nesse particular vige o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, em outros termos, o tribunal não age de ofício, assim feito para assegurar um mínimo razoável do princípio da objetividade, segundo o qual os agentes estatais não podem atuar com interesse na causa ou relação com as partes demandantes e demandadas.

Nesse contexto, afigura-se cabível compreender que a democracia da jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não é diferente. Reside, pois, em que esses tribunais julgam conforme o pedido feito pela parte interessada, submetido a contraditório.

Exatamente na participação das partes processuais é que se pode evidenciar a natureza democrática nos acórdãos e nas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa participação democrática vale para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, visto que o teor da decisão/sentença/acórdão terá como parâmetro o que foi pedido no devido processo.

Pode-se consignar, ainda, que a jurisdição como um todo, inclusive a jurisdição constitucional e a jurisdição penal, deve ser compreendida a seu tempo e de acordo com o modelo de Estado onde é exercida.

Nesse sentido, no modelo de Estado autoritário, segundo o qual o direito não é produzido ou elaborado pela participação popular, mas por imposição de um poder centralizador exercido com e pela força estatal, certamente a jurisdição também será autoritária.

Não por outra razão, Alberton (2004, p. 90) corretamente apregoa as chamadas “jurisdição-soberania” e “jurisdição-participação”. A primeira diz respeito à “jurisdição centrada apenas no poder soberano do Estado, numa relação de sujeito-objeto, decisão do Estado-Juiz que declarará quem será o ganhador ou o perdedor”. A última pode ser vista quando “[...] a racionalização do direito que se realiza pelo exercício da jurisdição encontra sua legitimidade no discurso democrático que somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame” (2004, p. 96).

Na estrutura do Estado autoritário, a jurisdição, não raras vezes, pode se dar de modo oficioso pelo órgão julgador, como preconizava a redação originária do Código de Processo Penal de 1941. Mesmo havendo partes processuais, estas terão um papel subalterno ao julgador e exteriorizarão um caráter meramente formal da parte, cujo pedido não delimita e nem vincula o julgador na função de dizer o direito.

Esse ponto de vista não fica muito evidente na jurisdição civil, uma vez que geralmente os códigos estabelecem regra no sentido de que o juiz “decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não sucitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, consoante previsão do art. 128 do Código de Processo Civil brasileiro, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

De igual sentido é o teor do art. 460 do Código de Processo Civil, que assim estabelece: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Verifica-se que, no âmbito da jurisdição civil, há certa medida de democracia na decisão do julgador, uma vez que o respectivo órgão jurisdicional decide nos termos em conformidade com o pedido da parte interessada. Nesse modelo de jurisdição, as partes interessadas participam de modo efetivo na produção do provimento (decisão/sentença/acórdão) jurisdicional. Frise-se, a participação dos interessados exterioriza a natureza democrática, pois o direito pretendido pelo autor, se reconhecido, é dado nos limites do que foi pedido.

Contudo, de modo bem diverso se dá a jurisdição penal, cumprindo assinalar que o Código Processual Penal de 1941, ainda aplicado no Brasil sem maiores questionamentos, não foi elaborado por obra do Poder Legislativo. É oriundo de decreto editado pelo então presidente da República, que, por sua vez, fez uso do disposto no art. 180 da Constituição Federal de 1937 (conhecida por Constituição do Estado Novo), também unilateralmente outorgada pelo mesmo presidente.

Assim ditava o mencionado art. 180 da referida Constituição Federal de 1937: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

Retomando, esse Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, elaborado e aprovado por ato exclusivo e unilateral do chefe do Poder Executivo, sem qualquer participação de representantes do povo, está sendo, ainda, aplicado no Brasil.

Como antes assinalado, no contexto da jurisdição penal, é flagrante a ausência de democracia – falta de participação – nas decisões/acórdãos dos juízes e tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Entre outros dispositivos, registre-se o conteúdo do art. 385 do referido Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação

pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Como se pode observar, diferentemente da jurisdição civil, a jurisdição penal contemplada no Código de Processo Penal de 1941 retrata bem o modelo de Estado adequado a seu tempo. Nesse mesmo Código, o julgador, em certos casos, estava autorizado a promover a ação penal contra alguém suspeito da prática de algum fato contravençional. Também estabelecia que em certas infrações a iniciativa da ação penal caberia ao delegado de polícia e, nos demais casos cuja iniciativa da ação penal fosse pública, caberia ao Ministério Público tal iniciativa.

Como antes consignado, no art. 385 do Código de Processo Penal de 1941, independentemente de pedido de condenação da parte autora, em regra o Ministério Público, poderia o juiz proferir sentença condenatória. Em outros dizeres, ainda que a parte autora não pedisse a condenação, ainda que o acusado pedisse a absolvição, poderia o julgador – juiz ou tribunal – condenar. Essa regra procedimental bem retrata a fluidez da função jurisdicional: é resultado do modelo de Estado no qual está inserida. Se decorre de um Estado autoritário, não democrático, certamente será uma jurisdição autoritária.

A mencionada ausência de democracia, como antes assinalado, decorre da desvinculação do órgão julgador a qualquer pedido feito pelas partes processuais. Nessa hipótese, pois, o órgão julgador – juiz ou tribunal – é total, absoluto, não permite a participação das partes interessadas na produção do provimento final (decisão/sentença/acórdão).

No contexto da disciplina processual penal, portanto, a ausência da parte interessada na produção do direito – resultante da decisão/sentença/acórdão judicial – revela o descompasso entre o Poder Judicial e o Estado Democrático de Direito, uma vez que esse último, como anteriormente consignado, não se reduz ao cará-

ter eletivo, mas reclama a participação do interessado nos processos decisórios emanados dos órgãos estatais.

Essa particularidade foi também captada por Bercholz (2007, p. 15-16), apoiado em bases habermasianas, quando enfatiza algumas variáveis possíveis para a democratização das decisões judiciais, nominada de democracia deliberativa.

5 O Poder Judiciário e o déficit de democracia nas decisões pertinentes ao processo penal

Na perspectiva de um Estado Democrático, como visto até o presente momento, tem-se em consideração dois aspectos: (1) a eletividade dos agentes exercentes de funções públicas nos diversos poderes estatais, com a peculiaridade dos órgãos de cúpula do Poder Judicial, como ocorre em relação aos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça porque indicados, nomeados e aprovados por agentes políticos dos poderes Executivo e do Legislativo; (2) a participação das partes nos processos nos quais são debatidas questões fundamentais de interesse pessoal ou institucional.

Portanto, esses dois aspectos são próprios do Estado Democrático e permeiam todas as esferas da administração, especialmente as decisões emanadas nesse modelo de Estado.

Sem embargo, como antes apontado, ainda nos tempos atuais, algumas normas oriundas de Estado autoritário (não democrático) são questionadas no Poder Judiciário por não recepção (inconstitucionalidade), notadamente a norma pertinente ao Processo Penal.

Em pesquisa recente não se obteve um precedente do Supremo Tribunal Federal. De outro modo, não com muita raridade, chegam ao Superior Tribunal de Justiça demandas que questionam a não recepção de norma editada no modelo de Estado autoritário, precisamente do antes mencionado art. 385 do Código de

Processo Penal. Somente para atualizar, segundo esse dispositivo editado na áurea do Estado Absolutista, desprovido, portanto, de qualquer parâmetro democrático, o órgão julgador pode condenar alguém mesmo em face do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Os dados recentes, colhidos por amostragem no sítio do Superior Tribunal de Justiça, demonstram que esse tribunal, no particular, não está consentâneo com os ditames do Estado Democrático de Direito. Confirmam-se os dados seguintes.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgados admitindo a recepção - constitucionalidade - do artigo 385 do Código de Processo Penal de 1941:

Ano:	Turma:	Precedente:
2007	5ª Turma	HC n. 76930-SP
2007	5ª Turma	HC n. 84001-RJ
2011	6ª Turma	HC n. 137322-DF
2013	5ª Turma	HC n. 197068-SP

Fonte: Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

Verifica-se que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça acima relacionados consideram como recepcionada pelo Estado Democrático de Direito uma norma procedimental que elide a efetiva participação da parte interessada na prestação do direito processualmente buscado pelas partes em contraditório.

Portanto, afigura-se duvidoso afirmar que essa, frise-se, consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esteja em conformidade com os valores da democracia e que permeiam o modelo de Estado Democrático de Direito, uma vez que não assegura a efetiva participação da parte interessada na formação do direito buscado por meio do processo.

Como antes se afirmou, o Estado Democrático de Direito se apoia em duas premissas: eletividade (eleição/escolha/votação de representantes do povo) e participação do interessado nas deliberações dos órgãos estatais, entre os quais estão os juízes e os tribunais do Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que a jurisdição corresponde ao modelo de Estado no qual inserida. No Estado autoritário, jurisdição autoritária; no Estado Democrático, jurisdição democrática. Nesse sentido, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes ao art. 385 do Código de Processo Penal, indicam uma desconformidade com a jurisdição do Estado Democrático de Direito.

Embora se tenha apenas alguns, porém sólidos, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, registre-se ser notório que os demais órgãos do Poder Judiciário, mormente os de primeira instância (ou primeiro grau), também conferem primazia à aplicabilidade da mencionada norma oriunda do Estado autoritário.

Registre-se, de outro ponto e de modo diametralmente oposto, que a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, decidindo casos em que o Ministério Público tenha formulado pedido de absolvição, sem assistência de algum querelante, tem firmado pela impossibilidade de condenação.

Com efeito, demonstra Antonini (2005, p. 360-363) que, quando decidiu os casos (fallos) “Tarifeño” e “Mostaccio”, a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina enfrentou o problema pertinente ao pedido de absolvição e a consequente condenação penal. Em casos dessa natureza, a referida Corte Suprema assentou que a condenação, em cujo processo o Ministério Público pediu a absolvição, violava as garantias da defesa em juízo e o devido processo. Firmou que o artigo 18 da Constituição Nacional Argentina exige a observância das formas substanciais do juízo relativas à acusação, defesa, prova e sentença proferida por juízes naturais e, no caso, houve condenação sem pedido da acusação.

Segundo Antonini (2005, p. 363), nesses casos a Corte Suprema argentina expôs argumentos mais aproximados da postulação de um sistema acusatório. Significa, ainda, que em tais decisões a Corte Suprema de Justicia contribuiu a uma melhor distribuição de autoridades entre os integrantes do sistema penal.

Como se pode observar, quando se compreende que a atuação/ participação da parte interessada no direito buscado intraprocessualmente, no caso, pelo Ministério Público, demonstra-se uma predisposição do tribunal em contemplar as partes processuais na efetiva participação na produção do direito.

Afigura-se, nesses precedentes da Corte Suprema de la Nación Argentina, certa medida de democracia na produção judicial do direito, por meio da jurisdição penal, que mais se aproxima dos valores próprios do Estado Democrático de Direito.

Em sentido diametralmente oposto, como visto acima, está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

6 Democracia procedimental – penal – na Constituição

Conforme sustentado, os dois aspectos aferidores do Estado Democrático de Direito são a eletividade e a participação nos processos decisórios estatais. Assim, afigura-se possível que da análise do texto constitucional vigente seja aferido algum desses aspectos.

O modelo constitucional brasileiro atual contemplou um extenso rol de disciplinas. Em outros termos, a atual Constituição Federal brasileira é prolixa e desce a minúcias diversos temas, tornando determinada disciplina formalmente constitucional.

Especificamente no terreno do processo penal ou propriamente dito da persecução penal, há toda uma normatização que trata dos agentes intervenientes desde a investigação policial à acu-

sação e, em certos casos, a definições de competência de juízos naturais. Em suma, consta um delineamento de competências institucionais que passa pelas diversas polícias, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia e, necessariamente, pelos órgãos jurisdicionais competentes.

Nesse sentido, o art. 144 do atual texto constitucional federal, inserido no capítulo que trata da segurança pública, especifica as Polícias Cíveis e a Federal com atribuição para apuração das infrações penais.

A partir do art. 127 e seguintes, a Constituição Federal trata das Funções Essenciais à Justiça. Inicia com o Ministério Público, tendo-o como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir do art. 129, a atual Constituição Federal confere, entre outras, como funções institucionais do Ministério Público a titularidade privativa para promover a ação penal pública e o controle externo da atividade policial.

Prevê ainda a mesma Constituição, nos art. 133 e 134, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça bem como a essencialidade da Defensoria Pública à função jurisdicional do Estado.

Do art. 92 ao 126, a Constituição Federal brasileira normatiza os órgãos do Poder Judiciário, definindo a cada qual os limites de suas competências.

Verifica-se, portanto, que o atual texto constitucional brasileiro efetivamente democratiza a prestação jurisdicional, em especial, no que mais interessa ao presente texto e indica os sujeitos processuais participantes da realização do direito na persecução penal: Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública e Poder Judiciário.

No tocante a Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública, a atual Constituição Federal os tem como instituições essen-

ciais à prestação jurisdicional do Estado, vale dizer, sem as quais não pode ocorrer a prestação/realização do direito – mesmo em sede penal – processualmente pretendido pelas partes em contraditório.

A completa regulação das instituições intervenientes no processo judicial, no modelo brasileiro, portanto, sugere um quê de cooperação institucional de modo a conferir um equilíbrio, se não entre os poderes políticos, entre os agentes políticos mitigantes no processo.

O jogo processual, no qual estão inseridas as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, como normatiza a atual Constituição Federal brasileira, sugere que o órgão julgador não fique totalmente livre para dizer o direito em desconformidade com o pretendido por essas instituições, vale dizer, pelo Ministério Público, pela Advocacia e pela Defensoria Pública. Parece haver certo equilíbrio procedimental, algo sugestivo do modelo habermasiano de democracia deliberativa, como antes assinalado.

O professor Bercholz (2013a, p. 5), ao tratar da cooperação e do diálogo institucional para o equilíbrio entre os poderes, o qual vem a calhar no ponto sob análise, acentua que “o poder do Estado é só um, em todo caso, dividido funcionalmente em tantas partes como seja mister para a eficácia da administração do Estado”. [tradução do autor]

Mais adiante, embora sugestione referir-se ao modelo político argentino, o renomado professor assinala alguns pontos de exemplo para uma possível reformulação da divisão dos poderes. Além dos três poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), elabora cinco propostas para essa reformulação, destacando-se, ao propósito do presente trabalho, a de se ter um Ministério Público com maiores competências para ser um eficaz mecanismo de acesso à justiça e com funções de mediador (2013a, p. 6).

Pode ser, em tese, que o Ministério Público argentino, sem embargo da reforma constitucional de 1994, que alterou o artigo

120 da Constituição Nacional, careça de uma reformulação institucional de modo tal a se adequar à proposição preconizada por Bercholz. Contudo, no tocante ao Ministério Público brasileiro, normatizado desde a Constituição Federal de 1988, essa instituição parece estar em condições de exercer suas funções com tal ombriedade que o Poder Judiciário dispense o tratamento que vem lhe conferindo nas questões pertinentes ao processo penal.

Com efeito, antes da atual Constituição Federal de 1988 o Ministério Público não exercia, de modo privativo, a titularidade para promover a ação penal pública, muito menos para o controle externo da atividade policial, todavia era reconhecido como órgão de representação judicial dos entes públicos (União e Estados). Essas arcaicas atribuições foram consideradas obsoletas e não mais fazem parte do rol das atuais funções institucionais. Houve um evidente aprimoramento do Ministério Público a partir da ordem normativa de 1988. O Ministério Público se despe da condição de órgão de assessoria para exercer com a titularidade plena, entre outras funções, a promoção da ação penal pública e o controle externo da atividade policial. Para o Ministério Público, houve uma mudança paradigmática entre o antes e o depois da Constituição Federal de 1988.

Nada obstante, ainda em tempos atuais os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nominam as promoções do Ministério Público de “parecer”, como nominavam os atos de consultoria realizados por essa instituição antes da atual Constituição Federal.

Quem realiza ato de consultoria emite uma opinião. Não por outra razão, o antes mencionado art. 385 do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 refere-se ao que o Ministério Público tenha “opinado”, como se tratasse de um ato de consultoria.

Esse ponto parece ser o entrave que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, retratada nos ditos precedentes, a não reconhecer o Ministério Público, tal como contemplado em

sede constitucional e na respectiva lei orgânica, como instituição essencial à função jurisdicional – penal – do Estado.

Normativamente reconhecido como essencial à função jurisdicional do Estado, o pedido formulado em sede de processo penal parece ecoar como um pleito político que apela para a vigência e para o respeito ao modelo democrático constitucionalmente fixado.

Essa compreensão conduz a uma necessária revisão jurisprudencial dos órgãos políticos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, no tocante à natureza do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público em sede processual penal.

Não houve a pretensão de se estabelecer ou fazer uma análise comparativa entre os modelos políticos de Estado, de Ministério Público ou de jurisprudência, ou mesmo dos planos normativos entre as constituições brasileira e argentina.

Sem embargo, com relação ao reconhecimento institucional da função do Ministério Público, em sede processual penal, a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da nação argentina parece estar mais sintonizada com o modelo democrático de jurisdição que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e demais órgãos jurisdicionais brasileiros.

Muito embora tratasse de fatores complexos na justificação de modelos de descentralização, articulados com a democracia em via de consolidação, ressalta-se a abordagem daquilo que Bercholz nomina de justificação da democracia, precisamente de justificação “democracista” (2008, p. 3-8). Lembra o renomado professor a necessidade de “democratizar a democracia”, o que, adequado ao presente estudo, sinaliza para uma reinvenção das práticas democráticas que merecem ser aperfeiçoadas.

É sabido que o Estado Democrático de Direito é um modelo em pleno aperfeiçoamento. Não é estanque, mas segue uma busca incessante na melhor acomodação das estruturas sociais e políticas.

Aqui parece adequada a colocação de Bercholz a respeito de que a democracia, ou precisamente o Estado Democrático de Direito, sugere a inserção de mecanismos democráticos de participação dos legítimos interessados nos atos decisórios que, em sede procedimental (ou processual penal), alcança as instituições envolvidas na persecução penal e consideradas essenciais para a função jurisdicional do Estado.

Ademais, afigura-se que a direção de uma reforma séria e adequada para viabilizar uma melhor democratização da justiça, mormente a justiça penal latino-americana, que traz em si raízes inquisitivas, necessita de mudança de paradigma nas instâncias políticas e jurídicas.

O rompimento com essa mencionada e histórica matriz inquisitiva, formadora de escolas na América Latina, é o primeiro desafio para a democratização da justiça, especificamente da jurisdição penal. Nesse modelo, o inquisitivo, a função de dizer o direito, na figura do julgador – juiz ou tribunal –, é absoluta e, nessa medida, tende a rejeitar a possibilidade de participação da parte interessada na formação do direito a ser delimitado processualmente. Rejeita-se, portanto, a participação de alguma das instituições essenciais à prestação jurisdicional, daí o déficit democrático da justiça fica evidenciado.

Ademais, merece pôr-se em destaque a ponderação de Bercholz (2013b, p. 3-4) no sentido de que o poder de interpretação judicial das leis conferido aos magistrados significa o exercício de “una facultad legislativa”, visto que também produz o direito ao caso concreto. Essa faculdade reclama uma jurisdição aos moldes da antes referida “jurisdição-participação”, adequada ao Estado Democrático.

Como se pode observar, bem pontuado por Bercholz, a decisão judicial equivale à elaboração da lei ao decidir acerca do fato sob análise no processo. Daí a simetria perfeita entre a lei produzida pelo parlamento e o provimento jurisdicionalmente (lei entre as partes) lançado no processo.

Acerca da participação nos processos decisórios estatais, merecem destaque, porque pertinentes, as ponderações de Habermas (2003, p. 213), o qual mescla a teoria do discurso e o princípio da soberania do povo, assim:

Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. [grifo do autor]

Nesse contexto, e do que visto, afigura-se que no Estado Democrático de Direito a democracia nas decisões estatais pode se dar na dimensão da eletividade (eleição/escolha/voto) e/ou na participação dos interessados na elaboração da norma. Nesse último caso, pode ser produzida, intraprocessualmente, pela jurisdição. Daí o reclamo da efetiva participação dos interessados na elaboração dessa específica norma aplicada ao caso concreto para dar a ela (lei entre as partes) um caráter democrático.

7 Conclusão

Do que visto, é possível compreender o Estado como uma unidade de poder (o poder do Estado é uno) fragmentada nos poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário). Essa percepção, contudo, não afasta o concurso de outras instituições que, como de fato previsto em sede constitucional, em certo grau, concorrem para o pleno desenvolvimento das funções desses poderes.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, no desenho constitucionalmente fixado, seja pela forma de composição, seja pelo alto grau de competências, mormente no controle de constitucionalidade e na uniformização da interpretação das leis federais, exercem suas funções com viés político. A forma da escolha/indicação dos ministros desses tribunais, com a efetiva participação política do chefe do Poder Executivo, na indicação e na nomeação bem como na aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, evidencia, ainda que indiretamente, um caráter democrático.

As bases de compreensão do conteúdo democrático, cujo aprofundamento escapa aos limites do presente trabalho, podem ser aferidas no grau e na medida da atuação dos sujeitos/instituições participantes no devido processo.

Na esfera processual civil, as normas asseguram uma razoável delimitação do direito a ser dito no processo. O julgador não pode reconhecer outro direito além do pedido pelas partes. Na esfera processual penal, em idêntica compreensão, não pode haver peso diverso.

Sem embargo, consoante consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é constitucional a decisão condenatória mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público.

Contudo, o parâmetro normativo para as decisões dessa espécie tem assento no art. 385 do Código de Processo Penal de 1941. Esse Código, por seu turno, é oriundo da Constituição de 1937.

Esses dois diplomas foram originados em um Estado autoritário, não democrático, uma vez que as normas nele produzidas foram resultantes de atos decretados unilateralmente, sem a participação de representantes do povo.

A Constituição Federal brasileira de 1988 delimitou um rol de agentes e de órgãos participantes da persecução penal e conferiu a cada qual a medida de participação. Foram estruturados o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública como instituições essenciais à prestação jurisdicional do Estado. Essa imprescindibilidade sugere que, para a formação do direito intraprocessual, sem a efetiva participação dos sujeitos processuais interessados na decisão, a prestação jurisdicional fica com evidente déficit democrático.

O caráter democrático das decisões judiciais, para além da observância do devido processo, reclama conferir e dar valia à participação das instituições essenciais à prestação jurisdicional em tal grau que delimite o direito a ser produzido ao caso concreto, mesmo em sede processual penal.

Referências

ALBERTON, Genecéia da Silva. *Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana*. Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

ANTONINI, Mónica A. Formas Sustanciales del Proceso. Acusación y sentencia condenatoria. In: D'ALESSIO, Andrés José (Dir.). *Colección de Análisis Jurisprudencial - Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 360-363.

BERCHOLC, Jorge O. *Temas de teoría del Estado*. 1. ed. (serie de libros universitarios), Buenos Aires: La Ley, 2003.

———. *La división de poderes*. Cuestiones actuales sobre el rol del Poder Judicial. 2007. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

———. *Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación*. 2008. Disponível em: <http://www.rlcu.org.ar/revista/numeros/06-11-Octubre-2008/documentos/jorge_bercholc.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2014.

———. *Algunas claves para entender la reforma judicial que propone la “Democratización de la Justicia”*. 2013. Disponível em: <http://sur1810.com/nota/2606/algunas_claves_para_entender_la_reforma_judicial_que_propone_la_democratizacion_de_la_justicia>. Acesso em: 6 abr. 2014.

———. *Diez “tips” (consejos) sugeridos para una aproximación a la cuestión del control del poder desde la sociología política y la ingeniería institucional*. 2013a. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 6 abr. 2014.

———. *Nuevos paradigmas para la teoría del Estado*. Los Estudios Institucionales. La performance de las agencias estatales como objeto de estudio de la material. 2013b. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/bercholc.php>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I, 2. ed., tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.