

## A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Luiz Gabriel Batista Neves<sup>1</sup>

**RESUMO:** Uma questão bastante tormentosa, capaz de assolar qualquer Estado Democrático de Direito é saber qual função exercida nela pelo processo penal. Este trabalho científico tem o fulcro de demonstrar que o sistema processual penal que deverá prevalecer é aquele que guarda consonância com a Constituição Federal, que em uma visão moderna, busca salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, demonstra-se que o processo deve ser o contrapeso do poder de punir do Estado. Nesse diapasão, se conclui que a função do direito processual penal hodiernamente é assegurar os direitos e garantias do acusado.

*El proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido<sup>2</sup>.*

Para entender a função do processo penal no Estado Democrático de Direito, imperioso recordar a indagação: qual face (sistema acusatório, inquisitivo ou misto) o processo penal deve assumir para garantir a continuidade (ou imposição) de um Estado Democrático de Direito? Em outras palavras, qual a função do processo penal no Estado Democrático de Direito?

O início da compreensão deve perceber que o Código de Processo Penal foi criado na década de 40, durante o Estado Novo<sup>3</sup>, período que vigorava um regime totalitário, imposto pelo então Presidente Getúlio Vargas. Por razões óbvias e, especialmente, após a promulgação da Carta Política de 1988, nosso Código de Ritos Penais tornou-se obsoleto e incapaz de proporcionar ao acusado um processo penal em conformidade com as garantias individuais asseguradas pela Constituição.

---

<sup>1</sup> Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Público na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduando em Ciências Criminais no Juspodivm. Professor de Processo Penal da Escola Superior da Advocacia da Bahia (ESA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Presidente do Conselho Consultivo dos Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado da Bahia. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Associado ao Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP).

<sup>2</sup> CONDE, Muñoz. *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

<sup>3</sup> Durante o primeiro governo do Presidente Getúlio Vargas, compreendido entre os anos de 1930 a 1945.

Diante desse cenário, e somando-se a morosidade do legislador, verifica-se que o processo penal deve ser aplicado em consonância com um Estado Democrático de Direito, garantia fundamental que é tutelada no art. 1º da Carta Magna. Porém, não basta apenas reconhecer a proteção ao Estado Democrático de Direito, imprescindível garantir que ele esteja enraizado no processo penal e desembaraçado de contornos formais que constituem, no patamar final, o seu aniquilamento<sup>4</sup>.

O Estado Democrático de Direito tem como peculiaridade a elaboração de uma ordem jurídica piramidal, em que a Constituição serve para dar validade às demais normas do sistema. Noutros termos, o sistema processual penal que deverá prevalecer será aquele que esteja de acordo com os mecanismos de proteção da Democracia e, especialmente, da Carta Magna.

A identificação da função do processo penal no Estado Democrático de Direito precisa perceber que o Estado brasileiro detém a titularidade exclusiva do *jus puniendi*, ou seja, quando há violação de uma norma penal só ele tem o direito (e a obrigação) de aplicar uma sanção previamente estabelecida, investigar e punir o transgressor da norma, como forma de proteger a sociedade e, principalmente, aquele que está sendo acusado. Essa exclusividade revela que o monopólio do poder de punitivo (ou melhor, a concentração nas mãos do Estado da aplicação da pena) estatal, sendo vedada à vingança privada<sup>5</sup>.

Tal função do Estado é também denominada de princípio da necessidade do processo penal em relação à pena, pois quando há uma transgressão do ordenamento jurídico-penal impõe utilização do "processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor”<sup>6</sup>.

Diversamente do que ocorre no Direito Civil, somente o magistrado, através de um processo, tem a autorização soberana estatal para estabelecer o resultado jurídico pena, pois não há como se conceber a aplicação de uma pena sem um processo penal prévio. Isso porque, se no direito privado os sujeitos podem praticar determinados atos jurídicos, como elaboração de contratos, compra e venda de imóveis, sem a

---

<sup>4</sup> NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea; 1989.

<sup>5</sup> Neste sentido: ARAGONESES, Pedro Alonso. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 7.

<sup>6</sup> LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

necessidade de uma intervenção direta do Estado, no Direito Penal é imprescindível que o Estado realize unicamente o percurso que levará o acusado a se tornar um condenado<sup>7</sup>.

Essa trajetória tem todo um curso regular e possui algumas paradas obrigatórias. A supressão de alguma fase do processo penal poderá constituir grave ofensa aos direitos do acusado, direitos estes tutelados pela norma fundamental do Estado: a Constituição<sup>8</sup>. Não há como, senão pelo processo, aplicar uma pena ao acusado, assim como não é possível se pensar em um rito processual sem o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, a garantia de um juiz natural, a vedação as provas ilícitas, entre outros direitos fundamentais inerentes a todos aqueles que estão sobre si pairando a acusação de um delito.

Outra característica do processo penal revelada é a instrumentalidade, pois é devido à proeminência de que todo exercício de repressão no processo penal importa em uma das intervenções mais drásticas nos direitos fundamentais do acusado, que se defende o processo penal como instrumento de efetivação da democracia<sup>9</sup>.

Certamente, nesse novo cenário, o processo penal, antes de ser uma proteção à sociedade, tem por encargo a garantia ao acusado. Essa constatação de que o processo penal erige-se à condição de proteção às garantias individuais consolida-se no pós-guerra, em que o homem deixa a condição de um ser genérico e eleva-se à condição de ser específico, respeitadas a sua individualidade e suas características particulares<sup>10</sup>. Partindo da premissa de que todo valor surge de um desvalor (característica bipolar do valor)<sup>11</sup>, é que se percebe como as duas grandes guerras, por ter desrespeitado por completo o humano como ser digno, são decisivas para a ordem internacional tornar os direitos fundamentais como um dos indicadores do progresso histórico.

A função do processo penal no Estado Democrático de Direito é a assegurar os direitos fundamentais do acusado. O processo é garantia, é instrumento (forma) rígido do controle da democracia, pois é por meio de sua condução que se

---

<sup>7</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 145.

<sup>8</sup> Nesse sentido: TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15, “a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”, protegendo “os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”.

<sup>9</sup> Pensamento adotado por: PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>10</sup> Com maior profundidade sobre o assunto, consulte-se: BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Nova Edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>11</sup> Neste diapasão: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

verifica o grau de efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo. Serve para impor limites e freios ao poder punitivo do Estado, porque é ele (processo) que irá evitar a vingança, a pena de morte, a tortura e demais práticas forasteiras<sup>12</sup>.

Essa visão, entretanto, nem sempre possuiu tanta clareza. Por vezes, a instrumentalidade do processo penal é utilizada de forma distorcida e a exclusividade do Estado assume posturas que se distanciam da sua função basilar, ocorrendo até o surgimento de “Juízes Justiceiros da Sociedade”<sup>13</sup>. A advertência feita mostra-se oportuna, porque em um sistema como nosso em que o direito e processo penal são utilizados como formas de reparar as mazelas sociais, através de leis esparsas e motivadas por discursos, ora de lei e ordem, de direito penal do inimigo e, em outros momentos, quando percebem a danosidade de uma intervenção penal desmedida, de um direito penal mínimo (*ultima ratio*), é preciso evitar “os giros discursivos, pregados por lobos, que em pele de cordeiro [...] seduzem e mantêm em crença uma multidão de ingênuos, cuja frágil base teórica faz com que sejam presas fáceis, iludidos pelo discurso pseudo-erudito desses ilusionistas”<sup>14</sup>. Ou melhor, como menciona Coutinho, em expressão célebre, esses ilusionistas “parecem pavões, com belas plumas multicoloridas, mas os pés cheios de craca”<sup>15</sup>.

Compreender o processo penal como garantia ao acusado é muito mais do que um desejo de ver efetivado os direitos fundamentais do cidadão, pois o que se impõe, a esta altura, é um olhar sociológico (e também criminológico) do problema posto, porque o que ocorre é uma diminuição, cada vez mais, do Estado no social, na educação, na saúde, na política de segurança pública, por um lado, e um aumento de recursos nos sistemas punitivos, de outro, pois “há uma decuplicação dos orçamentos e

---

<sup>12</sup> Eis a lição de: MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V. I. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1998., p. 37, “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária”.

<sup>13</sup> Expressão utilizada por: ROSA, Alexandre Morais da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

<sup>14</sup> LOPES JUNIOR., Aury. *Op. cit.*, 2008, p. 26.

<sup>15</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Prefácio*. In: *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. Aury Lopes Junior. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

da pessoa das administrações penitenciárias, promovidas ao patamar de terceiro maior empregador do país, enquanto as despesas sociais sofrem cortes profundos”<sup>16</sup>.

Operacionalizar o processo penal como garantia ao acusado, como forma de impor esses limites, irrenunciáveis, ao poder punitivo do Estado é essencial na compreensão de que “a nova gesta da lei-e-ordem transforma a luta contra o crime em um *titilante teatro burocrático-midiático* que, simultaneamente, sacia e alimenta os fantasmas da ordem do eleitorado [...]”<sup>17</sup>.

Infere-se, portanto, que maximização do sistema punitivo (direito e processo penal) serve como algo simbólico, com a finalidade de falsas maquiagens de segurança pública, de uma proposta relacionada à falsa ideia do “algo está sendo feito”, tudo com o escopo de obter dos eleitores posições favoráveis nos próximos pleitos, mesmo porque “a irresistível ascensão do Estado penal [...] não é uma resposta ao aumento da criminalidade – que permaneceu praticamente constante, em termos globais [...] -, mas sim aos deslocamentos provocados pela redução de despesas do Estado na área social”<sup>18</sup>.

E todo esse alarde de aumento de criminalidade, de necessidade de maior punibilidade, ganha um aliado importante na sua difusão: a mídia. Até porque se percebe facilmente que “[...] a maior parte do conhecimento público sobre o crime e justiça é derivada da mídia, devemos admitir que no Brasil a televisão é o principal mediador entre os fenômenos relacionados à criminalidade e à segurança pública”<sup>19</sup>.

É fenômeno cíclico e autossuficiente, porque se é a mídia<sup>20</sup> que alimenta os discursos de lei e ordem, de um lado, são as medidas de maior punibilidade

---

<sup>16</sup> WACQUANT, Löic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3 ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 14.

<sup>17</sup> *Ibidem*, *Loc.cit.*, p. 11.

<sup>18</sup> WACQUANT, Löic. *Op. cit.*, 2007, p. 15.

<sup>19</sup> NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O Discurso do Telejornalismo de Referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 25.

<sup>20</sup> Intrigante, neste contexto, o relato contido na obra de: BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre do Rio de Janeiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 35, “No dia 12 abril de 1997, num episódio do programa da Rede Globo intitulado “Você decide”, em que os telespectadores decidem o final da história, 79.493 pessoas optara pela morte, por vingança, de um jovem infrator que havia participado de um assalto violento. No caso, a justiceira do rapaz seria a vítima, uma socióloga que lidava com meninos de rua. As outras opções apresentadas seduziram menos espectadores: 44.000 preferiram que ele fosse preso e apenas 20.000 optaram por deixá-lo fugir. A vitória do extermínio foi avassaladora. A produtora do programa recebeu vários telefonemas reclamando da leveza da cena de assassinato. Os telespectadores queriam execução sumária (Jornal *O Globo*, 19 de abril de 1997, p. 14 e O Dia, 24 de abril de 1997 e 29 de maio de 1997). Esta opção pelo extermínio foi noticiada com falso espanto pelo jornal Rede, junto com estatísticas sobre a situação dos adolescentes infratores no Estado do Rio de Janeiro. Essas estatísticas apontaram hoje a droga como principal fator de criminalização da juventude. Cerca de 49% dos adolescentes que entram no sistema estão envolvidos com drogas (38% por tráfico, 11% por consumo). A maioria desses meninos vêm dos morros, favelas e bairros pobres cariocas

elaboradas pelos membros dos três poderes, que criam um ambiente apropriado para a mídia de massa se expandir, que escolhem qual o conceito deve ser elaborado sobre criminalidade, prepara discursos direcionados, facilmente degustados para uma população de frágil conteúdo ideológico, que passa a crer no Estado policesco como forma de conter a suposta onda da criminalidade<sup>21</sup>.

No que diz com o método utilizado, “a complementaridade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social”<sup>22</sup>, o que implica a manutenção pela péssima distribuição de riquezas. Porque “é na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora”<sup>23</sup>, se verificando “[...] precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminoso”<sup>24</sup>.

Conforme alerta o Sánchez, o direito penal (entretanto, defende-se aqui que direito e processo penal fazem parte, ambos, do sistema punitivo) possui algumas velocidades, sendo duas primeiras destinadas para as classes sociais mais humildes, com poucas garantias, flexibilidades estritas, enquanto que a terceira velocidade seria reservada para os crimes de “colarinho branco”, onde a rede de garantias da Constituição possui maior efetividade, “seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerando o Direito Penal da terceira velocidade um “mal”, este configura como o “mal menor”<sup>25</sup>.

---

e 38% são analfabetos. É a partir deste quadro que a mídia se encarrega de esculpir o novo inimigo público número um, o traficante armado, que reproduziria táticas de guerrilha, já que se difundiu que em algum momento da história ele se cruzou na prisão com a militância de esquerda. O processo de demonização das drogas, a disseminação do medo e da sensação de insegurança diante de um Estado corrupto e ineficaz, vai despolitizando as massas urbanas brasileiras, transformando-se em multidões desesperançadas, turmas linchadoras a esperar e desejar demonstrações de força.

<sup>21</sup> *Ibidem, Loc.cit.*, “Há um consenso entre os cientistas sociais sobre a existência dessa influência, e há também uma profunda discordância sobre a forma e a intensidade da relação estabelecida. Argumenta-se aqui que a mídia de massa, e em especial o telejornalismo, sustenta uma difusão seletiva de representações sobre criminalidade, justiça e segurança pública, sendo pólo privilegiado de formação do dito e do não-dito sobre o tema. A “verdade” sobre a criminalidade passa pela tela da TV, e os discursos por ela difundidos através de um idioma público específico (cf. Hall, Chritcher *et al* 1999) constroem novas relações de sentido dentro de um mapa de significados socialmente compartilhado, conformado em grande escala o senso comum e a agenda política”.

<sup>22</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 171.

<sup>23</sup> *Ibidem, Loc.cit.*, p. 172.

<sup>24</sup> *Ibidem, Loc.cit.*

<sup>25</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

O que se pretende, é compreender o fenômeno do sistema punitivo como um todo<sup>26</sup>, porque é o processo penal quem mais sofre com a expansão do sistema punitivo. O processo penal é algo imediato, que não necessita esperar o trânsito em julgado para restringir as garantias do acusado, enquanto o direito penal é mais lento, estático e mediato. Por conta disso, essa abordagem é essencial para reforçar a ideia de que o processo penal tem a função de garantir os direitos fundamentais do acusado<sup>27</sup>, e isso só pode ocorrer por meio do sistema acusatório, que foi devidamente adotado pela Magna Carta. Deve servir para conter toda essa construção de processo penal do inimigo, de selecionar quem e quando punir, de eleger o criminoso como sendo alguém advindo de uma classe social desfavorecida economicamente. A função do processo penal é servir como instrumento efetividade do Estado Democrático de Direito, por meio de mecanismos que irão obstar a onda punitiva estatal, seja utilizando os princípios constitucionais ou os elementos do sistema acusatório<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação Do Direito*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44. A confusão doutrinária é enorme, pois uma visão retaliada leva para conclusões diametralmente opostas. Na avaliação de Eros Roberto Graupara entender qualquer ramo do direito é preciso que se interprete o direito como um todo, pois a visão em tiras não permite uma conclusão sistêmica.

<sup>27</sup> Postura defendida pelo doutrinador: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85.

<sup>28</sup> MOREIRA, Rômulo. *Curso Temático de Direito Processual Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 312, “O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado”.

## REFERÊNCIAS

ARAGONESES, Pedro Alonso. Instituciones de Derecho Procesal Penal. 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Nova Edição. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CONDE, Muñoz. Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. Aury Lopes Junior. In: Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional.. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES JUNIOR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V. I. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1998.

MOREIRA, Rômulo. Curso Temático de Direito Processual Penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. O Discurso do Telejornalismo de Referência: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

NINO, Carlos. Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea; 1989.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. V. 11. São Paulo: Revista dos Tribunal, 2002.



TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal. Tomo I*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

WACQUANT, Lôic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3 ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.