

## **Poderes instrutórios do julgador criminal do ponto de vista *político-processual*: índole e instrumentalidade**

*Gabriel Antinolfi Divan*<sup>1</sup>

**Resumo:** o presente ensaio expõe algumas considerações iniciais relativas ao trabalho desenvolvido até o momento na tese de doutoramento do autor. Procura expor, em ligeira síntese, alguns argumentos relativos às possibilidades de discussão da problemática dos poderes instrutórios do julgador sob o ponto de vista das *opções* político-processuais legadas pela *instrumentalidade* constitucional do processo penal brasileiro, com foco na questão da *presunção de inocência* e sua valoração substantiva.

*Los principios de la política procesal 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. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro*<sup>2</sup>

Cientes estamos da dificuldade da proposta alinhavada com essa breve contribuição: um ligeiro delineamento de problematização a respeito da questão de legitimação ativa do julgador para a instrução *ex officio* do processo penal, com base em critérios *político-processuais*.

De pronto, salientamos que nossa opção de enfrentamento do tema procura, na medida do possível, não se coligar às propostas de crítica usualmente levadas quanto à temática, por entendermos que se mostram um tanto estagnadas e reféns de dados históricos um tanto maleáveis. Explica-se: a busca por referenciais históricos legitimadores e definidores das versões ditas '*puras*' dos sistemas processuais geralmente são traídas por uma pluralidade de sistemáticas conviventes e por uma miríade de exceções que faz

---

<sup>1</sup>Doutorando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica-RS / Bolsista do Programa PROBOLSAS-PUCRS. Mestre em Ciências Criminais. Professor de Processo Penal da Universidade de Passo Fundo-RS. Advogado.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, pp. 109-110.

com que para nós, nessa rápida digressão, se torne inclusive insuportável uma visita com a digna profundidade.

Preferiremos, portanto, um sobrevoos da temática aliado a outros aportes, relativos a um referencial mais atrelado aos caracteres *político-processuais* informadores de uma *índole* processual-penal própria e uma *instrumentalidade* processual (penal) tributária dos valores constitucionais.

### **1. *Índole* processual e escolhas constitucionais**

Goldschmidt<sup>3</sup> faz importante identificação substancial da *índole* processual (através de uma gama de princípios que identifica como sendo "princípios de política processual"), para estabelecer diretrizes coligadas *ou* a um processo penal de cunho constitucional-democrático *ou* a qualquer ordem jurídica que se proponha de qualquer modo como uma negação desse vetor (especialmente quanto ao autoritarismo enquanto postura governamental antidemocrática). Afinal, o "*espírito político-constitucional*" de um ordenamento se faz, também para Figueiredo Dias<sup>4</sup>, mais pulsante no processo penal relativo a esse ordenamento do que em qualquer outro assento.

A definição de um campo *político* relativo ao conteúdo processual é matriz necessária de estudo, em paralelo com a técnica jurídico-legislativa, ambos com pontos tangentes entre si, mas dotados perspectivas distintas, como para Alcalá-Zamora<sup>5</sup>.

No que diz respeito ao termo que usamos e *ousamos* destacar *-índole* - o mesmo serve com propriedade para o trato com as escolhas, opções e/ou assunções políticas no presente texto, e para o expurgo de uma *falsa* noção de 'neutralidade' como dogma,

---

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso...*, pp. 109-110.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais" in *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 6.

<sup>5</sup> "Dos clases de principios rigen y encuadran las reformas legislativas y más especialmente las que conciernen a los códigos y a las leyes que sin recibir este nombre, poseen categoría igual o análoga, como precisamente en los dominios procesales acontece con las de organización judicial. La primera serie de principios se refiere a la técnica legislativa que debe presidir la redacción, ya se trate de ligeros retoques, de cambios más profundos o de sustitución de un código por otro de traza muy distinta. La segunda serie, por el contrario, atarle al contenido político del texto, y si el calificativo asusta (aunque nada o poço tenga que ver con este caso con luchas o colores partidaristas), hablemos de carácter u orientación del mismo. Tan diferentes son esas dos series, que, sin forzar el símil, podríamos compararlas, la de principios técnicos con el cuerpo, y la de principios políticos con el alma". ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*. Tomo II, Números 12-30. México: Universidad Autónoma del Mexico, 1992, pp. 86-87.

aqui também é útil: a confusão constante entre postulados de *paridade* processual e a existência de uma espécie de vácuo *axiológico-político* nos preceitos fundantes do processo penal é um extremo equívoco e (na esteira de Alcalá-Zamora) confunde dois níveis distintos de debate.

É uma falácia equiparar a evidente *equivalência axiológica* entre condenação e absolvição nos termos do exercício da jurisdição e a correlata necessidade de *paridade de armas* entre os atores processuais na toada do desenvolvimento procedimental<sup>6</sup>, com a inexistência de *índole* constitucionalmente sintonizada do processo enquanto dotado de valores referenciais políticos (sabendo-se que, no que diz respeito a essa *índole*, ela deliberadamente *não promove* equilíbrio valorativo entre o acusador e o réu).

Neste momento é preciso estabelecer o que aqui estamos entendendo por *índole* no universo de conceitos para o processo penal: com a leitura tanto das regras expressas como dos mandados de otimização principiológicos constitucionais, não se pode (dada a função constitucional programática em sentido amplo) definir exatamente todo o funcionamento do processo penal pátrio nem todos seus institutos e formalidades – o que seria absurdo uma vez que não cabe à carta constitucional o papel de ‘Código Processual’. No entanto, diante da mesma leitura, se pode tranquilamente estabelecer um modelo *negativo*: ou seja, a Constituição, através de suas normas (regras e princípios) e valores elementares estabelece que tipo de processo penal é *vedado* ou qual tipo de processo penal *não se procura implementar* no ordenamento pátrio.

A normatividade constitucional, enquanto *direcionamento* político do processo prevê

---

<sup>6</sup> Lopes Jr. estabelece os parâmetros da contradição ao salientar que, do ponto de vista da coerência interna de sua mecânica, o processo pode ser visto como um “instrumento neutro” de exercício da jurisdição, mas sem que com isso se defenda a ideia de que ele não possui nem pudesse possuir pendência política clara para uma determinada conformação constitucional-garantista: “Especificamente no processo penal, a satisfação da resistência resulta um imperativo do contexto político-constitucional e dos postulados de garantia do indivíduo que apontamos anteriormente. Por isso, é inegável que em pé de igualdade com a pretensão se encontre a resistência oferecida pela defesa, e a função do processo penal estará igualmente satisfeita com a condenação ou a absolvição. Como sintetiza Gimeno Sendra, a função do processo penal não pode limitar-se a aplicar o poder de penar, pela simples razão de que também está destinado a declarar o direito à liberdade do cidadão inocente. O processo penal constitui um instrumento neutro da jurisdição, cuja finalidade consiste tanto em atuar o poder de penar e a função punitiva como também em declarar de forma ordinária (pela sentença), ou restabelecer pontualmente, a liberdade”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154. Cf. igualmente GIMENO SENDRA, Vicente. MORENO CATENA, Víctor. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1996, p. 26.

um processo penal dotado de *uma* específica postura<sup>7</sup>, eleita, escolhida, mediada por suas escolhas e pelo arcabouço de princípios democráticos pré-moldados. Afinal, é natural que “*o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional que a serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional*”<sup>8</sup>.

Importante, contudo, salientar que não se está apenas falando em conformidade do ponto de vista formal (como se os princípios políticos fossem apenas evidências de *check in* de mandamentos constitucionais *dentre* o texto da lei processual) e sim de uma adequação *material* aos propósitos constitucionais para verdadeiramente perceber o processo penal como um possível aparelho político<sup>9</sup>.

O tipo de processo penal delineado de forma por vezes *direta*, por outras, *mediata*, pela normatividade constitucional é claramente defensor da *excepcionalidade* do estado de *culpa*, e assim sendo, ostenta de forma notável uma postura de defesa e amplitude das garantias do acusado para a maximização da tentativa de manutenção do estado de *inocência*. Sem vedar nem obstaculizar deliberadamente a pretensão acusatória (*ius ut procedatur*<sup>10</sup>), nem deixar de subsidiar a pretensão punitiva advinda da condenação transitada em julgado (*poder de punir* obrigatoriamente condicionado ao princípio da *necessidade* processual<sup>11</sup>), a carta constitucional se mostra como dotada de preceitos que impõem limites éticos à persecução penal e à violação desse estado (natural) de inocência do acusado e aí percebemos alguns dos mais importantes contornos que politicamente foram dados ao processo penal pátrio nessa quadra histórica.

---

<sup>7</sup> “*Tomados en conjunto, los principios políticos definen el carácter de un código y determinan que resulte de tipo liberal o autoritario*”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, Tomo II...*, p. 103.

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

<sup>9</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, Tomo II...*, p. 101.

<sup>10</sup> “*La acción penal es un ius ut procedatur, esto es, es el derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o la inexistencia del derecho subjetivo de penar. Com otras palabras: el poder jurídico de iniciativa procesal y de construir la obligación del juez de comprobar la situación de hecho que se le somete, declarando si constituye un delito del que se deriva una responsabilidad. En outro sentido subsidiário, la acción penal es el derecho de afirmar y probar ante el órgano judicial el derecho de penar, pelo la acción funda indirectamente el sometimiento del inculpado a la actividad jurisdiccional constituida por la acción misma (solo así puede concebirse a la vez la acción como derecho contra el inculpado para que tolere y se someta al proceso)*”. VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal. Vol. 1*. Cuarta Edición, corregida y adaptada a las disposiciones vigentes. Madrid: Prensa Castellana, 1974, p. 192

<sup>11</sup> LOPES JR., *Direito Processual Penal...*, p. 168.

Como salienta Tucci<sup>12</sup>, a própria idéia de processo (penal) advém da necessidade de equiparar os lugares de fala do Estado com o do acusado, que, já tem sua suposta conduta incursa em uma lei eminentemente punitiva e repressora (*lei penal/material incriminadora*) e que agora (âmbito *processual*) vai ter uma proteção contra o abuso das faculdades punitivas estatais.

## **2. A *presunção de inocência* como ‘*fiel da balança*’ política no processo penal constitucionalizado:**

Ao se verificar a base constitucional-democrática estabelecida como diretriz para o processo penal pátrio, percebemos que o processo e suas regras circunstanciais deve opor à pretensão acusatória, que busca satisfação jurisdicional, uma plataforma para que o réu, *presumidamente* inocente defenda esse estado ‘natural’ em detrimento do estado ‘excepcional’ de culpa. Isso fica evidente ao percebermos com que tipo de *premissas* (ou, ‘*verdades*’) iniciais o processo penal trabalha:

A *presunção* em sentido técnico define-se como sendo o mecanismo através do qual, a partir de um facto conhecido, se aceita outro, desconhecido, sem que haja necessidade de recorrer a qualquer meio de prova. Há, na *presunção*, um fundamento lógico que repousa na idéia da probabilidade racional de que venha acontecer o facto presumido, uma vez ratificado o facto real<sup>13</sup>.

Apenas a existência da imposição de que *ninguém será considerado culpado* até o processo transitar em julgado com sentença condenatória<sup>14</sup> já simboliza, pela lição de Vilela, qual o *fato desconhecido* que o processo penal brasileiro (constitucionalizado) se dispõe a, de pronto, *aceitar* como *presumidamente* verdadeiro (até que em contrário consiga lograr êxito a pretensão acusatória). A *presunção* constitucional de inocência é um perfeito símbolo da ideia de um processo penal em que não apenas o *status* jurídico do inocente é assim imutável até o trânsito em julgado de uma condenação (o que é burocraticamente óbvio), como é necessário considerá-lo como tal e ofertar-lhe meios para que *confirme* a ‘verdade’ inicialmente aceita de sua inocência, e mais: com isso, simboliza toda a postura processual ditada constitucionalmente, tendo o *in dubio pro*

---

<sup>12</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003, p. 170.

<sup>13</sup> VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81.

<sup>14</sup> Conforme o texto do Art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal.

*reo* como traço marcante a ser disseminado como dogma do processo penal<sup>15</sup>.

Quanto à consideração da presunção de inocência enquanto pedra político-ideológica de toque da realidade processual-penal, basta referir que a consagração do instituto (descontadas aqui as variações de acepção) sempre fora vista como *inimiga e percalço* para os defensores de sistemas autoritários com notas de efficientismo higienista (em frontal e inconciliável oposição a todo o arcabouço constitucional de uma democracia). Por todos, um Manzini que desmascara a si próprio, citado por Cordero, discorrendo sobre a *presunção de inocência*, considerando inclusive uma oposta “presunção de culpa” enquanto “ordem normal das coisas”.

(...) a smentirla bastano “arresto preventivo”, istruzione segrete e Il “fato stesso” che qualcuno sia imputato ossia, “necessariamente”, colpevole presunto; “del resto, la pratica dei giudizi...va facendo giustizia sommaria di símile assurda teoria, escogittata dall’empirismo francese”. Secondo lui, Il proceso somiglia alla machina descritta da Kafka nella “Colonia Penale”: esistono anche garanzie ma, essendo presumibilmente compevole l’imputato, “secondo l’ordine normale delle cose”, una tutela di libertà “pericolante” è pensabile solo quale effeto marginale; nell’alternativa delle conclusioni fallibili, meglio che i giudici condannino (è la ‘via tutior’ direbbe Escobar)<sup>16</sup>.

Por tratar da “*liberdade humana*” e da “*dignidade do ser humano*”, um processo penal constitucionalizado tem de ter na base de sua *índole* a necessária configuração de aparato que procure resguardar e atuar a partir de uma noção de *presunção* quanto à *inocência* do acusado. É daí que decorrerá sua operacionalidade e seus meandros técnicos: de um caráter de *plus* em relação aos outros tipos de processo e suas opções políticas particulares<sup>17</sup>. E é daí que é decantado o substrato para orientar a composição e a interpretação de seus institutos.

Por isso, nos parece perfeitamente livre de qualquer dúvida a ideia de que um processo penal em moldes constitucionalizados deva adotar caráter *garantista* em relação à análise da pretensão acusatória, uma vez que a pauta político-constitucional assim o conforta e outra que a *índole* processual assim o reclama. A tarefa primordial do

---

<sup>15</sup> “A Constituição dá-lhe (ao Princípio da Presunção de Inocência) assim consagração, não apenas enquanto um modo de tratamento a dispensar ao argüido quando contra si ocorre um processo crime, pretendendo oferecer-lhe o tratamento que se assemelhe o mais possível igual a quem não se encontra acusado pela prática de um crime, mas também enquanto regra probatória aliada ao princípio do *in dubio pro reo*. Resulta ainda que lhe oferece legitimidade para, ao longo do Código de Processo Penal, disseminar, a marca, de resto indelével, da presunção de inocência”. VILELA, Considerações..., p. 18.

<sup>16</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 5.

<sup>17</sup> SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004, pp. 111-113.

exercício jurisdicional é avaliar o pleito acusatório com vistas a averiguar se este conseguirá desconfigurar a situação *inicial* que é a de inocência, tendo-se no processo e na própria atuação do julgador um amparo à maximização das potencialidades da tese situacional<sup>18</sup>.

Não temos tempo aqui para fazer todas as ressalvas possíveis sobre o estigma que a adjetivação *garantista* carrega, nem para refutar algumas leituras *menores* de premissas *sofistas* que se ocupam diuturnamente de aliar a postura em comento a uma série de bravatas que supostamente serviriam para perturbar axiologicamente o processo defendendo uma (equivocada) ‘invencibilidade’ da presunção de inocência. Já procuramos deixar claro que a relação acusação-defesa e os resultados do embate da pretensão acusatória com a *presunção de inocência*<sup>19</sup> e a própria *defesa* do acusado são elementos inerentes à própria movimentação processual e às *situações* cambiantes em relação às partes dentre o mesmo (ecos de Goldschmidt e seu dinamismo processual próprio – que lamentavelmente não poderá, aqui, ser explorado com a merecida exaustão<sup>20</sup>). A demanda jurisdicional acusatória (pública ou particular) ser finalizada com a conclusão da condenação ou da absolvição do acusado nada tem, a princípio, a ver com a *índole* processual democrático-garantista que facilmente é visível em relação ao processo imantado pelo texto constitucional pátrio e ao tipo de procedimento pelo qual ele será regido.

### **3. Poderes instrutórios do julgador sob a lógica político-processual: a falácia da *igualdade***

Não é preciso muito para perceber, portanto, que o suprassumo da ordem político-processual penal imantado pelos ditames constitucionais diz para com uma lógica que permita tanto a tentativa de *manutenção* do estado natural de inocência (o que não significa *imutabilidade* no quesito), quanto partepara uma postura de *escolha* de patamar.

---

<sup>18</sup>«Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman» FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995, pp. 549-550.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 549

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, *Princípios Gerais del Processo...*, p. 78-79.

Negamos, pois, qualquer valor à *chicana* argumentativa que opõe obrigatoriamente dados díspares como ‘imparcialidade’ jurisdicional, ‘igualdade’ constitucional, e outros, à militância quanto a posicionamentos críticos e pragmatismos *embasados* ideologicamente. Política (processual) se *exerce* e a questão parece residir com mais conforto na possibilidade de discussão acerca dos parâmetros teóricos e práticos eleitos para imantar esse exercício. Conferir um valor *em si* à esfera jurídica é tarefa óbvia e necessária em certa medida, mas tornar ela um invólucro impermeável à sincronização com outras instâncias de poder é fazer dela letra *morta* e um exercício técnico absurdo.

No quesito, importante salientar que desde a colonização do pensamento jurídico por um *positivismo* que – tributário à lógica *cartesiana* de um lado e ao iluminismo-burguês-privatista de outro<sup>21</sup> – agrega como padrões básicos a previsibilidade, a ‘calculabilidade’ e a ‘confiabilidade’ de seus preceitos e expedientes, é *tabu* indigesto o trato com agendas que incluem a filiação assumida quanto a posturas e *locais de fala*. Como se a equidade, a proporcionalidade e a igualdade enquanto valores fundamentais da lida jurídica estivessem no mesmo plano de discussão e fossem necessariamente antagônicas em todas hipóteses à tomada de postura (escolha) do operador do direito e/ou do legislador.

O mesmo Goldschmidt que aponta a política processual (*penal*) adotada por uma ‘nação’ como uma espécie medidor (“*termómetro*”) democrático da política estatal, como um todo, salienta, como primeira problemática abordada dentre seus elencados ‘princípios’ de política processual a *configuração* da postura *sistemática* em relação a atuação do órgão jurisdicional –bifurcada, grosso modo, pelos princípios *acusatório* e *inquisitivo* em primeira análise<sup>22</sup>.

E há uma insuspeita razão para que uma análise de ‘política processual’ tenha seu *início* com a discussão dessa temática. Se assumirmos, juntamente com Aragonese Alonso, que a *imparcialidade* é o “*princípio supremo do processo*”<sup>23</sup> e se ponderarmos tudo que

---

<sup>21</sup>GRAU, Eros Roberto. “Equidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade” in *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Volume 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, pp. 17-19.

<sup>22</sup> GOLDSCHMIDT, *Princípios Generales Del Proceso...*, p. 109.

<sup>23</sup> “A esse efeito, debe tener se em cuenta lo que dice Werner Goldschmidt, la imparcialidad no significa el no ser parte. La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta em el deseo de decidir la verdad, de dictaminar com exactitud, de resolver justa o legalmente (...) La estructura jurídica que garantiza la imparcialidad del repartidor viene dada por la existencia de una función del estado independiente y autónoma que, destinada a la sustitución por la actividad de los órganos públicos, em un reparto concreto que se ofrece como

dessa constatação e da adoção de uma sistemática de matriz *inquisitória* ou *acusatória* pode decorrer, fica fácil notar que realmente a primeira e mais evidente discussão ‘política’ da coerência interna processual deve ser travada quanto a esses termos.

Aqui, é preciso também que se faça um alerta quanto à ideia de *instrumentalidade* processual (penal) que se possa ter – dado fundamental para a discussão político-processual da temática. Com Lopes Jr., afirmamos que não deve haver pudores (nem qualquer tipo de restrição) em afirmar que o processo é um *instrumento* a serviço de uma *finalidade* e que nisso se constitui a razão de sua existência. Urgente, contudo, que se estabeleçam as bases dessa *instrumentalidade*, ou seja, seu conteúdo e, nas palavras do autor, “a serviço de que(m) ela está”<sup>24</sup>. A noção de *instrumentalidade* passa, em muito, por uma visível necessidade de reencontro (por vezes traumático) do direito processual – tido em sua autonomia - com o direito material e o caso concreto, como recorda Mitidiero<sup>25</sup>. Precisamos, contudo, definir os contornos desse ‘retorno’ ou ‘resposta’ e quais os níveis possíveis de ingerência processual quanto a *funções* externas.

As diferenciações têm início justamente no instante em que começam a se delinear os ditos objetivos propostos para animar a máquina processual e sua relação com propósitos norteadores (*escopos*) exteriores que essa *instrumentalidade* processual

---

*formalmente controvertido; tal función recibe el nombre de jurisdicción*”. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (introducción)*. 2 ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, pp. 127-129. Importante salientar que, sem discordar das premissas dos autores acima referidos quanto à imparcialidade enquanto núcleo estruturante do processo, ousamos tecer algumas considerações críticas à concepção por eles defendida no que tange à questão da *imparcialidade* e de sua diferenciação, trazida por Werner Goldschmidt, em relação ao que este chama de “*imparcialidade*”. Verificamos uma necessidade de trato com os conceitos, pelos autores, que circule a problemática jurídico-processual ou jusfilosófica, sendo que, em nosso sentir, o problema carece de uma análise interdisciplinar, uma vez que derivamos as categorias em “imparcialidade” (conceito jurídico processual que remete à *terzietà*, a condição de ‘terceiro’ do julgador alheio às partes e garantidora de uma estética processual que lhe conferiria legitimidade) e a própria “neutralidade” (questão de fundo filosófico e psicológico que foge a qualquer categorização ‘processual’). Para uma explicação mais apurada sobre o debate, Cf. o nosso *Decisão Judicial nos Crimes Sexuais. O julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, especialmente pp. 52-55.

<sup>24</sup> LOPES JR., *Direito Processual Penal...*, p. 88.

<sup>25</sup> “*O modo como se estabelecem as relações entre o direito material e o processo civil perpassa todos os momentos da história desse último, sendo um problema recorrente em nossa disciplina, como bem observa Juan José Monroy Palacios. A maneira como se dá precisamente esse nexos, é, evidentemente, fruto da cultura do povo, do espírito da época, com o que não pode ser analisada de forma estanque, como se o jurídico pudesse conviver no mundo sem outros elementos, sem outros processos de adaptação social (como a política, a economia, a moda, etc.)*”. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66. O autor se refere ao Processo civil, bem verdade, mas quanto ao ponto específico por ele aqui abordado, uma generalização não seria atentatória à nossa idéia de separação das categorias e suas particularidades.

teria<sup>26</sup>. Marcadamente, há que se pensar sobre o uso processual do termo *utilidade* e fundamentalmente para com a postura jurisdicional que decorre de uma ou outra acepção de *utilidade* em meio à marcha processual e seus fins últimos<sup>27</sup>.

O campo de estudo do processo sob as lentes *políticas* ou a leitura *política* dos institutos e funcionalidades processuais (penais) é evidente e impassível de ser negaceado (a menos que o jurista – ou o debatedor político-legislativo - queira promover um engodo):

(...) A redução do direito ao “mundo jurídico” de tal modo que o “jurídico” se isole do “político”. O Direito, enquanto ciência, deveria ser tratado com a “neutralidade” recomendada para as ciências, sem que os juristas, especialmente o processualista, se pudessem envolver com valores (...) Porém, apesar desta aparente neutralidade dos juristas, é amplamente conhecido o papel do Direito na formação dos sistemas políticos da modernidade, que se valem, sem dúvida, dos princípios jurídico-processuais que os protegem<sup>28</sup>.

A noção de Estado ‘protegido’ pelos princípios jurídico-processuais e por ingerências políticas plasmadas a partir do campo jurídico nos interessa aqui, em um recorte relativo à matéria pesquisada. No caso, reticentes devemos ficar com as consequências político-processuais dessa noção de Estado Social que, sabidamente, é abrangente ao ponto de se igualar (em Dinamarco) a uma visão de *função* ou *instrumentalidade* do processo. Os níveis de intervenção estatal (‘benéfica’) ou de um *intervencionismo esclarecido* – e mediado por valores constitucionais - são vistos, em nosso sentir, com uma espécie de irrefreável otimismo por parte de uma parcela da doutrina especializada.

Não se pode perder de vista a ressalva (de Figueiredo Dias<sup>29</sup>) de que a *ordem constitucional* e o *direito processual* (penal) possuem uma *dupla conexão*, uma vez que

---

<sup>26</sup> “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade”. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo...*, p. 177.

<sup>27</sup> “Pois o Estado Social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser “a providência do seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita”. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo...*, pp. 34-35.

<sup>28</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 303-304.

<sup>29</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal. Vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 74. Cf. FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, P. 88.

os fundamentos do processo penal são os alicerces constitucionais do Estado, havendo, igualmente, a necessidade de *conformar* (constitucionalmente) a regulamentação dos ‘problemas’ processuais. Os graus de *interferência* estatal nas situações cotidianas – sobretudo através da juridicização processual-penal de uma dessas situações - devem sempre ser vistos com zelo nesse parâmetro. Não se pode(ria) simplesmente empurrar uma relação social para *dentro* do âmbito de discussão jurídico-processual (a título de a ela conferir um banho de tintas constitucionais-democráticas) sem perquirir o quanto de resultado efetivamente democrático teríamos.

Em suma, mais juridicização das relações mundanas<sup>30</sup> não acarreta em um coeficiente maior de ‘democracia’ e nem um magistrado mais atuante e *poderoso* dentro a dinâmica processual é símbolo imediato desse ideário. Visões como a de que o processo e o magistrado fazem ecoar a “*vontade dominante da nação*”, canalizando-a, e atingindo a “*vontade concreta da lei*”<sup>31</sup> abrem não só brecha para que se faça uma crítica *transdisciplinar* de uma epistemologia calcada na *filosofia da consciência* (como pontuou Morais da Rosa<sup>32</sup>) como também para que se questione se a própria proposta de Dinamarco não sabota a si mesma: ao procurar defender um estado intervencionista (que vai desaguar em um *processo intervencionista* na autonomia relacional dos cidadãos, capitaneado por um *juiz intervencionista* na disposição das partes na contenda), Dinamarco intenta desvelar a capa obscura que confere (falsa) neutralidade a um aparelho que deveria estar repleto de axiologia. Contudo, acaba fornecendo munição para que (na concepção atrelada ao processo *penal*) essa visão ressurgja.

O problema reside no fato de que, se saltarmos sobre as divisões e formos alocar o processo (e sua *instrumentalidade*) como elemento de concretização das políticas públicas e enxergarmos nele o vetor para realização de metas político-estatais de um modo equivocado, correremos o risco de, como salienta Damaska, defender um

---

<sup>30</sup>“(…) a história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor. De alguma maneira, é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (*Gessellschaft*) sobre a comunidade (*Geminschaft*), das relações de verticalidade (autoridade) sobre a horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito sempre constituíram o barômetro definitivo”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, vol.1*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ed, p.385.

<sup>31</sup>DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo...*, p. 47.

<sup>32</sup>MORAIS DA ROSA, Alexandre. “O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari” in *Novos Estudos Jurídicos*. V. 11, n. 2. Itajaí: Univali Editora, 2006, p. 223.

*eficientismo* que, além de tudo, acaba esfumando as divisões entre os direitos *processual* e *material* a título de perseguir (mais) ‘justiça’<sup>33</sup>.

Não custa referir aqui a lição de Goldschmidt, a nos lembrar que “*la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr ese fin*”<sup>34</sup>.

Há, pois, para o autor, um profundo elo, primeiramente salientável, entre a forma como se conduz a sistemática processual no que tange às configurações de sistemas de mote *acusatório* e/ou *inquisitório* e o próprio lastro democrático ou autoritário verificado. Portanto, não há equívoco algum, nem ‘armadilha’ alguma quando Goldschmidt pontua que a finalidade do processo penal é a “*averiguação da verdade*” e a “*verificação da justiça*”<sup>35</sup>: que não se venha sofismar como se o autor estivesse sendo simplesmente *eficientista* e defendesse uma lógica da busca (infame) por uma dita ‘verdade real’, eis que, como se sabe, os preceitos aqui tratados dizem para com uma ‘justiça’ que tem por trás de si um fundamento filosófico que se situa há anos-luz de um punitivismo rasteiro que invoca o mesmo termo como bravata. E quanto à verdade (aquele que *se quer* e *se pode* obter via processo), deixemos que as palavras do autor expliquem por si:

El fin de procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. Pero hay dos distintos caminos para lograr este fin. El *uno* es que el Juzgado criminal, al considerar que hay indicios suficientes de um hecho punible, proceda de oficio y recoja por si mismo el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito (...) Esta configuración es *inquisitiva*. Aborrece toda limitación que la ley pondría al libre arbitrio del Juez com respecto a los presupuestos de su intervención o a la recogida o al aprovechamiento del material procesal. (...) El *otro* camino para llegar a la verdad, y a la justicia, es que el Juez encargado de la jurisdicción penal se limite al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido, dejando la interposición de las solicitudes y la recogida del material a aquellos que, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes. (...) Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio *dispositivo* o de

---

<sup>33</sup> “*Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones lelegitiman en primer lugar em cuanto a los resultados concretos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad – o maximiza la posibilidad – de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral. En este sentido, entonces, el derecho procesal del estado activista sigue al derecho substantivo tan fielmente como una sombra*”. DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder de lo Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andréa Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 255.

<sup>34</sup> GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso...*, p. 114.

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso...*, p. 112.

instancia de parte al procedimiento criminal, es la *acusatoria*<sup>36</sup>.

Goldschmidt ainda refere que a visão relativa à configuração *inquisitiva* é *modus operandi* que comportaria, em tese, uma possibilidade de espécie de *presunção de culpa* contra o réu (hipótese que, como vimos com Manzini, toma corpo, assumidamente, no magistério de alguns autores), pelos próprios fundamentos da atividade judicial insaciável no tocante ao recolhimento de material judicante. É aí que elementos como o da *gestão da prova* assumem contornos maiores para a análise sistemática do que suas (formais) *separações de funções*. De outro ponto de vista, a configuração *acusatória/dispositiva* de processo e atuação jurisdicional seria o elemento nuclear da imparcialidade do julgador, uma vez que a decisão cabe ao mesmo, evidenciando-se que: “*esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión*”<sup>37</sup>. Não há dúvidas, e dizemos com apoio em Coutinho, que a adoção de uma postura relativa à *sistemática* processual é medida *política* por excelência<sup>38</sup>, portanto.

Há quem, como Taruffo, não considere “*sólida*” essa associação entre maior ou menor autonomia entre as partes e/ou maior ou menor poderes instrutórios/inquisitivos por parte do julgador e algum cunho político de fundo, inclusive colacionando exemplos de momentos históricos de alguns ordenamentos políticos que a despeito de sua orientação ‘não-democrática’, estabeleciam sistemas processuais que preconizavam um juiz *passivo* e desprovido de poderes instrutórios (como a Itália do Século XIX)<sup>39</sup>. E há quem, partindo de um conceito diverso de *instrumentalidade*, igualmente atinja conclusões diversas no que tange à aceitabilidade ou à ‘normalidade’ da atividade judicial instrutória ante aos princípios político-constitucionais do processo penal, como Grinover em destacada acepção<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso...*, pp. 112-113.

<sup>37</sup> GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso...*, pp. 113-114.

<sup>38</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Sistema Acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado” in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.) *O novo processo penal à luz da Constituição. (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009, pp. 267 e seguintes.

<sup>40</sup> “*À raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social(...) O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio*

Estamos totalmente de acordo com Grinover quando ela – de modo bastante *feliz*, a nosso ver – situa um campo *político* (processual) para a discussão da gestão processual da prova (e com isso discutir o ponto mais fundamental da política processual *endógena* como aqui fazemos): “*Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente provados*”. Estaria consagrada a *índole* constitucional-garantista se a partir daí (com Goldschmidt e tantos outros) ela partisse para uma visão não *verticalizada* de processo que preconizasse a não intervenção estatal para *suprir* a inatividade (ou inabilidade ou ainda falta de vontade) das partes e o respeito à presunção de inocência. Porém, sua conclusão vai por outra via: “*Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário*”<sup>41</sup>.

O que seria verdadeiramente necessário (diante das finalidades e valores constitucionais) não é um magistrado que abandone o posto de decisor para suprir ineficiências e macular (em maior ou menor grau) a autonomia das partes, e sim um verdadeiro respeito à atividade parcial, valorando (e definindo) - (a) tanto o *acusador* (mesmo *público*) como assumidamente parcial (extinguindo a falácia perniciosa da *parte imparcial* que - legalmente – se institui no processo brasileiro quanto ao órgão ministerial<sup>42</sup>) e *responsável* pelo pleito acusatório, quanto (b) a *defesa* como *qualificadamente* exercida, através de não apenas sua ‘existência’ formal, mas uma efetiva *vazão* para que ela tenha “*oportunidad suficiente de decir y hacer lo esencial para evitar una sentencia de condena o resolución perjudicial similar*”<sup>43</sup>.

O problema da *gestão da prova* é, pois, ponto de ebulição dessa histórica discussão. Cabe deixar claro que, sempre coligado à ideia de *separação de funções* entre (fundamentalmente) o *acusador* e o *decisor*, o sistema dito *acusatório* comporta

---

*Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste. A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social*”.GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, Número 27, Set./Out. São Paulo: RT, 1999, p. 73.

<sup>41</sup>GRINOVER, “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal”..., *idem*.

<sup>42</sup> LOPES JR., *Direito Processual Penal*..., p. 283.

<sup>43</sup>CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 137.

diversas classificações, conforme se vá pensar sob o aspecto que essa idéia será abordada.

Parece-nos lógico que a *separação* de funções seja o critério divisor mais notável que marca as notas essenciais do *sistema*, agora é *falacioso* crer que uma mera separação funcional-formal seja exatamente aquilo que deva ser levado em conta: a *separação* que define os contornos do sistema não é meramente de posicionamento funcional e sim *substancial* no instante em que não apenas julgador e acusador *não são* a mesma pessoa como o primeiro não pode tomar por si expedientes típicos das esfera de atuação (ou *oportunidades/cargas*) do segundo.

É preciso atentar não apenas para uma óbvia (diante do quadro que hoje seria *inadmissível* de uma possível ‘junção’ das funções) separação (física) dos operadores e suas atividades, mas sim para a *qualidade* dessa separação. Eis o equívoco de toda uma doutrina que acredita que a questão funcional-burocrática e a divisão de *carreiras* é o que resume a estratégia político-processual de se optar por um ou outro modelo, quando na verdade a ‘separação’ implica mais em impossibilidade de o *julgador* tomar medidas típicas de *acusador* mas também em não colaborar ou suprir uma atuação que *seria* própria ou típica do mesmo (tendente a enfraquecer ou fustigar a *presunção de inocência*), como salienta Leone quanto à configuração história de um estilo *acusatório* de processo<sup>44</sup>.

#### 4. Ligeiras reflexões finais

---

<sup>44</sup>“El sistema que históricamente aparece el primero, es el acusatorio, que e su esencia responde a la índole de todos los juicios, esto es, a la de ser una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por el juez. Se funda en los principios siguientes: a) el poder de decisión (jurisdicción) pertenece a un órgano estatal (magistrado); b) el poder de iniciativa, es decir, el poder de acusación - que teniendo contenido acusatorio, era algo distinto del derecho de acción en el sentido actual, del cual nos ocuparemos - competía a persona distinta del juez (...) c) el proceso penal no podía incoarse sin la acusación; lo qual importaba la imposibilidad absoluta, para el órgano estatal (magistrado), de intervenir sin la acusación privada; d) pero, una vez investido de la acusación, el magistrado no estaba ya condicionado, en el ulterior desarrollo del proceso, por la iniciativa o la voluntad del acusador; de manera que, aun en el caso de voluntario abandono de la acusación, no decaía ésta, y las investigaciones continuaban; e) el juez no tenía libertad de investigación ni de selección de las pruebas, si no que estaba vinculado a examinar unicamente las pruebas alegadas por la acusación (iuxta allegata et probata); f) el proceso se desarrollaba según los principios del contradictorio (con evidente posición de igualdad entre ambos contendientes), de la oralidad y de la publicidad del debate; g) libertad personal del acusado hasta la sentencia irrevocable. El sistema acusatorio se concentraba, naturalmente, en una discusión entre las partes”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. I - Doctrinas Generales*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, pp. 21-22

Como o debate vai, como sói, entravado pela esterilidade da discussão de ‘adoção’ ou não de ‘modelos ideais’ (que sequer *existem*, de fato, uma vez que, como ensina Coutinho<sup>45</sup>, não há mais nenhum ‘sistema’ com características *puras*), cabe refletir apenas em termos *político-processuais* sobre a opção do legislador em manter uma certa gama de poderes instrutórios ao julgador como reflexo de um ideário – também, hoje, *misto* – entre configurações políticas de maior intervencionismo ou maior paridade<sup>46</sup>.

Nossa crítica, pois, é mais no sentido *político-processual* do que propriamente um breve contra a existência de poderes instrutórios (em qualquer medida) para o julgador penal. Por mais que possamos partir para uma crítica de cunho analítico sob a mirada de uma teoria dos *sistemas*, ela parece fadada a naufragar no instante em que a existência de alguma medida de poderes instrutórios pelo órgão julgador é realidade inexorável<sup>47</sup> (o que, em tese, já configura *inquisitorialidade*, uma vez que não há confins seguros para essa medida e não há limite ‘mínimo’ para qualquer ato que procure suprir atividade das partes sem macular, em algum grau, a presunção de inocência<sup>48</sup>). Taruffo lembra que os sistemas anglo-saxônicos e outros de orientação *adversarial* já, no campo do processo civil, se flexionaram para permitir uma forte carga de poderes judiciais instrutórios<sup>49</sup>, sendo que Amodio<sup>50</sup> já percebe movimentos pendulares que estão impregnando os sistemas *adversariais* de características típicas do modelo inquisitivo (dito ‘continental’) e vice versa, sobretudo na apreciação e produção probatória e suas regras de exclusão.

Falamos que a percepção do problema passa mais pelo cunho *político processual* no instante em que vemos (sem desdenhar das pertinentes conclusões de Coutinho e outros

---

<sup>45</sup> COUTINHO, “Sistema acusatório...”, pp. 8-9.

<sup>46</sup> DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado...*, pp. 160-163.

<sup>47</sup> “Sin embargo, ésta no es sólo una cuestión de inconsistencia conceptual. La historia de los principales sistemas procesales y constitucionales muestra que las garantías de las partes y el rol activo del tribunal, pueden desarrollarse por vías paralelas sin interferir la una con la otra”. TARUFFO, *La prueba...*, pp. 84-85.

<sup>48</sup> Vieses de não ‘separação’ entre acusação e defesa, não apenas em grau ordinário de separação meramente funcional, para Ferrajoli criam uma configuração *autoritária* de processo que “*Aparece en todos los ordenamientos en los que el juez tiene funciones acusatorias o la acusación tiene funciones judiciales. Em semejantes sistemas la mixtura de acusación y juicio compromete sin Duda la imparcialidad del segundo y a la vez, a menudo, la publicidad y la oralidad del proceso. Pero es fácil comprender que la carencia de estas garantías debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa*” FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 99.

<sup>49</sup> TARUFFO, *La prueba...*, pp. 73-75.

<sup>50</sup> Cf. AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 121-130.

tantos que se debruçam sobre o tema com desenvoltura rara) que a questão é *menos* passível de análise pelo prisma de uma ‘inquisição contemporânea’ do que por uma questão de vício *verticalizante* que o processo brasileiro possui. E acreditamos que uma verdadeira *distorção* de quesitos como a *índole* processual e a *instrumentalidade* do mesmo é a verdadeira responsável pela intolerância com um sistema que traga nuances *horizontais* – e ocasione mirada equivocada nos âmbitos do processo penal e da política criminal:

É Goldschmidt quem ‘responde’ aos partidários de um processo *publicista*, no instante em que atrela a liberdade democrática em meio à configuração processual a uma maior liberalidade das *partes* atuarem. E não por estarmos temendo uma configuração contemporânea de uma ‘inquisição medieval revisitada’ e sim porque nossa realidade política influencia decisivamente o modo como percebemos a atuação estatal e o nosso trânsito entre questões conflitivas. Uma concepção *publicista* pode ter em suas raízes uma idéia de perseguição dos valores almejados constitucionalmente (veja-se, no que acertam, Grinover e Dinamarco). Porém a análise do processo penal precisa de adjetivação particularizada, sob pena de se destruir valores consagrados (também constitucionalmente) *imediatos* em relação a ele como meio de busca de valores *genéricos*.

## 5. Referências bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de Teoría General e História del Proceso (1945-1972). Tomo II, Números 12-30*. México: Universidad Autónoma del Mexico, 1992.

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (introducción)*. 2 ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Sistema Acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado” in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.) *O novo processo penal à luz da Constituição. (análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder de lo Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Andréa Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIVAN, Gabriel. *Decisão Judicial nos Crimes Sexuais. O julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal. Vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

\_\_\_\_\_. “Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais” in *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1983.

GIMENO SENDRA, Vicente. MORENO CATENA, Víctor. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1996.

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

GRAU, Eros Roberto. “Equidade, Proporcionalidade e Princípio da Moralidade” in *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Volume 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, Número 27, Set./Out. São Paulo: RT, 1999

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. I - Doctrinas Generales*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. “O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari” in *Novos Estudos Jurídicos. V. 11, n. 2*. Itajaí: Univali Editora, 2006

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004.

TARUFFO, Michele. *La prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal. Vol. 1*. Cuarta Edición, corregida y adaptada a las disposiciones vigentes. Madrid: Prensa Castellana, 1974

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, voll*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ed.