

ACESSO À JUSTIÇA PENAL? NÃO, OBRIGADO

Adriano Antunes Damasceno¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a repercussão no processo penal brasileiro do protagonismo judicial defendido pelo movimento de “acesso à justiça” e pela doutrina da instrumentalidade do processo, especialmente no que diz respeito à iniciativa probatória e à formação do convencimento judicial.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Instrumentalidade. Processo Penal. Protagonismo judicial.

ABSTRACT

The article aims to analyze the impact in brazilian criminal process of judicial prominence defended by the “access to justice” movement and the doctrine of the instrumentality of the process, especially with regard to evidentiary initiative and the formation of judicial conviction.

Keywords: Access to justice. Instrumentality. Criminal Process. Judicial prominence.

1 INTRODUÇÃO

O que é justiça? Esta é uma indagação a qual muitos já expuseram suas respostas, desde a Antiguidade clássica até os dias atuais, sem que se possa falar, contudo, numa unidade de conteúdo.

Não obstante essa constatação inicial, tem sido comum a utilização da expressão “acesso à justiça”, tanto no plano jurídico quanto em outras searas² do conhecimento. E desse modo, segue a dúvida: o que se quer dizer com “acesso à justiça”?

¹ Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA.

² Para uma compreensão sociológica, por exemplo, Cf. SANTOS (2010, p. 161-177).



Sem ignorar a transdisciplinaridade, interessa aqui uma análise jurídica daquilo que se compreende por “acesso à justiça”, expressão utilizada pelo “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, desenvolvido na Itália na década de 70 sob o comando de Mauro Cappelletti a partir da experiência de vários países acerca da solução de litígios.

No Brasil, quando se fala em “acesso à justiça”, as referências a Cappelletti são constantes. Entretanto, limitado é o rigor quanto aos fundamentos teóricos do movimento que tem no Projeto Florença o ápice da transição entre os paradigmas liberal e social no Direito Processual.

Para não incorrer nos mesmos equívocos, essencial é a análise histórica do movimento de socialização processual, que tem nas lições de Anton Menger e na legislação processual austríaca de 1895, de autoria de Franz Klein, o seu marco fundamental, já que a partir destas é que se difundiu em larga escala uma concepção publicística do processo.

Perpassada essa reconstrução histórica, o presente artigo propõe-se a analisar em que medida os postulados teóricos do movimento pelo “acesso à justiça” e sua recepção no Brasil pela instrumentalidade do processo e sua “ordem jurídica justa” se mostram compatíveis ou não com uma visão constitucionalizada do processo penal, tanto no campo probatório quanto no campo decisório.

Espera-se demonstrar que o protagonismo judicial defendido pela instrumentalidade do processo no Brasil tem sido utilizado como base para a pretensão de legitimidade do inquisitorialismo do Código de Processo Penal em vigor, de todo incompatível com os ditames constitucionais.

Objetiva-se, ainda, descortinar os reflexos do protagonismo judicial na forma como as decisões judiciais vêm sendo construídas em matéria penal.

A recusa que se pretende, portanto, diz respeito às mesmas ideias que, embora já defendidas com pretensão democrática, como em Cappelletti³, originaram um código de origem fascista e totalitária – e que,

³ “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em



como não poderia deixar de ser, reflete estes ideais –, mas que agora são defendidas sob o pretexto de uma instrumentalidade do processo capaz de garantir a “paz social” e o “acesso à ordem jurídica justa”.

Seus reflexos no processo penal têm servido de amparo para um sistema contrário à Constituição da República, que, no entanto, insiste-se em tentar legitimar seja por razões históricas (sempre foi assim), seja por uma pretensão de coerência teórica que, como se verá, não mais se sustenta na atual quadra do pensamento.

2 ALGUMAS QUESTÕES INICIAIS

Embora Perelman (2005, p. 66) já advertisse que a noção de justiça é prestigiosa e ao mesmo tempo confusa, convencionou-se um conceito básico segundo o qual falar de justiça significa falar daquilo que é devido às pessoas (SCHMIDTZ, 2009, p. 9).

Esse conceito, porém, já advertia Kelsen (2001, p. 14), apenas oculta a real indefinição: quais critérios devem ser utilizados para a atribuição segundo o merecimento de cada um?

Desse modo, importante salientar que não interessa aqui uma análise detalhada das teorias da justiça e de sua eventual repercussão no direito processual. Importa, na verdade, destacar que a dificuldade de se chegar a uma teoria satisfatória acerca da justiça traz-nos um primeiro problema que por si só já não recomendaria o uso do termo “acesso à justiça” no plano processual.

Há um problema de ordem semântica insuperável na utilização da expressão “acesso à justiça”, e mais ainda da expressão “acesso à justiça penal”, pois em geral é o Sistema Penal que costuma “acessar” com extrema facilidade e pouca piedade a grande massa de excluídos⁴ deixados a seu encargo pela política neoliberal nos países de capitalismo tardio.

Ante esse problema inicial, é preciso deixar claro aquilo que não se aceita, sob pena da própria recusa restar envolta no impasse.

O que se quer enfrentar, pois, é a ideia de “acesso à justiça” enquanto suposto ponto central da moderna processualística, desenvolvi-

face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), são típicos das nossas sociedades contemporâneas”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

⁴ “Produzidos os *excluídos*, nesse campo, quicá a única maneira de manterem-se no *sistema* seja através da prisão (Forrester)”. (COUTINHO, 1999, p. 48).



da a partir do Projeto Florença de Acesso à Justiça – ápice do movimento de socialização processual, como se verá adiante – sob o comando de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 13) e que no Brasil foi plenamente acolhida pela chamada corrente instrumentalista do processo, como se observa em Dinamarco:

Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes. (DINAMARCO, 2009a, p. 359).

Pretende-se, assim, a recusa de um “acesso à justiça” de cunho instrumentalista, que alça o juiz à condição de “fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um ‘direito justo’” (LEAL, 2011, p. 57), em detrimento de uma processualidade democrática na qual a estrutura dialética é a *ratio distinguendi* (FAZZALARI, 2006, p. 120), e cuja repercussão no processo penal é utilizada como fundamento de pretensão de legitimidade de uma estrutura inquisitiva descompassada com a Constituição da República.

3 DA ESTATIZAÇÃO À SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

O caráter estatal do processo começa a ser concebido a partir da formação do Estado Moderno. Até então, o processo era visto como manifestação da razão prática e social, que se realizava a partir da colaboração da praxe da doutrina e dos tribunais. A estes era concebido o poder de estabelecer seu próprio modo de atuar, sem a intervenção estatal (PICARDI, 2008, p. 59).

Com a formação do Estado Moderno, apesar da resistência, o soberano reivindica para si o monopólio da legislação processual, surgindo já no século XVII os dois primeiros códigos de processo, o saxão e o francês, com efeito ab-rogativo da praxe vigente (PICARDI, 2008, p. 60).

Esse movimento rumo à estatização decorre em parte da desordem na administração da justiça que imperava nos séculos XVII e XVIII, especialmente marcada pela delonga dos litígios (CAPPELLETTI, 2008, p. 316). Dentre as causas da “crise”, Picardi destaca o abuso da tradição dialética:



Entre as múltiplas e complexas causas da crise da justiça, existia, sem dúvida, o abuso da tradição dialética. Pense-se na lógica da relevância que, através do mecanismo das questões incidentais, comportava a ramificação do processo. Acrescente-se o abuso da argumentação que terminava muitas vezes por transformar a dialética em estéreis jogos de palavras e, então, em “heurística”. (PICARDI, 2008, p. 58).

Na Europa Central, a partir do século XVIII, abandona-se o caráter extraestatal do processo e passa-se a reconhecer de modo definitivo a intervenção do Estado na matéria, já se destacando o discurso em prol da necessidade de um sistema mais eficiente. Nesse contexto, o juiz perdia a função de simples controlador e tutor para assumir a direção do processo, o que demarcava uma alteração significativa em seu papel, ao mesmo tempo em que se difundia a desconfiança em relação ao caráter dialético que imperava no período extraestatal.

Tem-se, assim, na seara processual, a passagem de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica, baseada esta na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática (PICARDI, 2008, p. 66, 2011, p. 16). Dois pontos dessa transição são fundamentais para a compreensão do presente trabalho:

O processo é reduzido à mera técnica, a um conjunto de regras funcionais unicamente para a resolução das controvérsias, com uma conseqüente desvalorização da sua originária marca de ofertar garantias.

Definitivamente, na época moderna, a legitimidade da decisão foi confiada à mera observância das regras formais. Ficaram, ao contrário, muito menos claras as ideias sobre as técnicas de raciocínio do juiz, sobre a coerência interna das suas argumentações, sobre a razoabilidade e sobre a averiguação intersubjetiva das suas decisões. (PICARDI, 2011, p. 16).

Com a modificação substancial da função do juiz, agora funcionário da jurisdição estatal, alterava-se, por óbvio, o papel das partes e dos advogados, germinando, assim, a ideia da atividade destes como mera cooperação com o saber privilegiado do juiz, que ganharia corpo com a sistematização feita por Bülow (2008, p. 23-24) acerca do processo enquanto relação jurídica.



No campo legislativo, as sucessivas alterações verificadas ao longo dos séculos XVII e XVIII culminaram na *Prozess-Ordnung* prussiana de 1781, que segundo Picardi (2008, p. 66) configurava um “modelo de processo constituído sob o princípio da investigação da verdade pelo juiz (Offizialprinzip)”.

No século XIX, o austríaco Anton Menger, um dos principais teóricos do socialismo⁵ jurídico (FERREIRA, 2009, p. 52; DENTI, 2004, p. 26), propõe alterações no sistema de administração da justiça civil, destacando-se o reforço das funções do juiz, que passaria a assumir o papel de educador, extraprocessualmente; e de representante dos pobres, endoprocessualmente (NUNES, 2011, p. 80).

Segundo Menger (1904, p. 216-217), as legislações até então vigentes distinguiram o processo civil do processo penal e do processo administrativo. Enquanto nestes predominava o caráter publicístico, marcado pela presença da autoridade estatal na condução do processo, naquele o caráter disponível dos direitos, deixados à iniciativa individual, terminava por criar um sistema apartado do direito estatal.

Entendia Menger (1998, p. 135-148) que a legislação civil tende a tratar, a partir de uma perspectiva formal, situações materialmente distintas, o que resultaria em graves prejuízos à classe proletária. A mudança desse paradigma só poderia ser alcançada com a modificação da visão privatística que imperava no processo civil. Caberia ao juiz, julgando com base nas peculiaridades do caso concreto, reverter a parcialidade expressa na lei em favor das classes menos favorecidas.

Sob a influência de Menger, surge a primeira legislação tipicamente socializadora, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, obra de seu aluno, Franz Klein (NUNES, 2011, p. 81; SPRUNG, 1980, p. 149).

A partir da ideia de um juiz capaz de compensar as desigualdades materiais entre as partes, a jurisdição estatal e o juiz, a corporificação daquela, assumem de vez o protagonismo no que diz respeito à solução dos litígios.

Com efeito, a legislação elaborada por Klein reestrutura o processo civil a partir de uma concepção publicística (SPRUNG, 1980, p. 149), que terminou por implicar uma profunda modificação no papel das partes e do juiz no *iter* processual. O processo passaria a ter uma

⁵ Não marxista, como destaca Denti (2004, p. 26), já que Marx rejeitava a necessidade de uma reforma jurídica para o socialismo, considerando decisiva somente a reforma econômica.



função social, dependente de um modelo técnico de procedimento oral centrado no reforço dos poderes do juiz, a quem lhe caberia a direção e, sobretudo, influir diretamente no accertamento dos fatos. Novas técnicas legislativas, com recorrência frequente a conceitos indeterminados dariam suporte à postura proativa defendida por Klein:

Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas, ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa e julga. (KLEIN apud NUNES, 2011, p. 85).

Para Cappelletti, a grande inovação da legislação de Klein foi a acentuação do papel ativo do juiz, seja para assegurar rapidez, seja para equilibrar as desigualdades entre as partes:

As duas pedras fundamentais neste movimento de reforma foram o Código de Processo Civil Alemão de 1877 e também – mais rico em influência no plano internacional e mais radicalmente inovador – o Código Austríaco de 1895. A grande inovação trazida pelo Código Austríaco foi representada pelo aumento da função ativa do juiz, uma função entendida, seja para assegurar ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da efetiva igualdade das partes, no processo. (CAPPELLETTI, 2008, p. 322).

Firma-se, assim, a partir do modelo legislativo proposto por Klein, amparado por uma suposta função assistencial do juiz, o discurso do protagonismo judicial (NUNES, 2011, p. 86), que iria influenciar em seguida diversas legislações processuais, inclusive as dos regimes autoritários.



Com efeito, a ZPO alemã foi a primeira legislação processual a assimilar elementos da legislação de Klein (NUNES, 2011, p. 88), merecendo destaque a reforma de 1924, cuja marca é o reforço dos poderes do juiz.

Em menor escala, a legislação italiana da primeira metade do século XX também irá sofrer a influência da legislação austríaca (NUNES, 2011, p. 94) e do já consolidado discurso do protagonismo judicial.

Justamente a partir da influência italiana, especialmente de Chiovenda⁶, que o protagonismo judicial difundido pelo movimento iniciado anteriormente irá se radicar no Brasil, encontrando no autoritarismo do Estado Novo (1937-1945) um campo fértil.

A empatia entre o regime autoritário de Vargas e as bases do movimento de socialização processual outrora iniciado fica evidenciada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. (CAMPOS, 1939)

Mais claro ainda fica o pilar do novo modelo processual que viria a se consolidar no Brasil:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A dire-

⁶ “Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”. (grifou-se) (CAMPOS, 1939). Denti (2004, p. 31) afirma que Chiovenda tinha em mente a necessidade de restauração do poder do Estado, o que significava, no processo, o reforço dos poderes do juiz em prejuízo do poder dispositivo das partes.



ção do processo deve caber ao juiz; a êste não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que êste atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessária ao conhecimento da verdade. (CAMPOS, 1939).

Desse modo, consolidava-se no Brasil um modelo de processo baseado na intervenção ativa do Estado no campo processual através do protagonismo exercido pelo juiz. Este, aliás, o único aspecto da socialização a implementar-se no modelo brasileiro (NUNES, 2011, p. 98). A oralidade, tão difundida por Klein, por exemplo, teve pouca ou restrita aceitação na prática, tanto no processo civil quanto no processo penal. E em que pese a legislação determinar a oralidade e a concentração⁷, no cotidiano forense o que se continua a ver é a predominância da forma escrita e do fracionamento das audiências⁸.

3.1 O projeto Florença de acesso à justiça: o ápice da socialização processual

O ápice da socialização processual ocorre com a idealização de um projeto de pesquisa de grandes proporções patrocinado pela Fundação Ford em conjunto com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália: o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”.

O projeto foi capitaneado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti entre 1973 e 1978. Envolveu 23 países⁹, que apresentaram problemas

⁷ Tome-se como exemplo o artigo 403 do CPP com a redação dada pela Lei 11.719/2008: “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”. (BRASIL, 1941)

⁸ Neste sentido, ao comentar a reforma operada em 2008 no CPP, Coutinho afirma: “[...] lição histórica: no Brasil, a história das audiências únicas nos processos (de todos os tipos) sempre foi aquela de seu fracasso”. (COUTINHO, 2009a, p. 97).

⁹ Não incluiu o Brasil.



e possíveis soluções técnicas para a solução de litígios. O compartilhamento de informações serviu de base para o movimento pelo “acesso à justiça” e as ondas de reforma que se seguiram mundo afora (NUNES, 2011, p. 115), inclusive no Brasil.

Influenciado pelo modelo de Klein, o movimento, além de sustentar a necessidade de procedimentos orais e o aumento da ingerência do juiz no processo, idealizava ondas de reforma que, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 31), desenvolviam-se cronologicamente.

A primeira delas, iniciada em 1965, correspondia à assistência judiciária. A segunda dizia respeito à representação adequada dos direitos difusos, especialmente em áreas como direito do consumidor e ambiental. Por fim, a terceira onda, a mais relevante para o movimento, abarcando as anteriores, corresponde àquilo que Cappelletti e Garth denominam de “enfoque de acesso à justiça” (1988, p. 31), cuja finalidade seria atacar as barreiras impeditivas do “acesso efetivo”.

Enquanto pesquisa quantitativa e qualitativa, o Projeto Florença e o movimento de acesso à justiça dele decorrente constituem uma bem sucedida empreitada, sobretudo por tentar reaproximar, como afirmam Cappelletti e Garth, os estudiosos do direito das reais preocupações da maioria das pessoas (1988, p. 10).

Apesar disso, os problemas começam a surgir quando se pretende lançar, ainda hoje, o “acesso à justiça” – embora não haja clareza quanto à definição da expressão – como o “ponto central da moderna processualística” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13). Isto porque a ideia de “acesso à justiça” difundida a partir do Projeto Florença baseia-se na concepção de uma jurisdição salvadora e na função social da técnica processual (a serviço da jurisdição).

Com efeito, a partir da década de 70 do século passado, o processo perde ainda mais de seu caráter dialético. A advocacia passa a ser vista como custo e a “acessibilidade geral” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 100) depende, necessariamente, da eliminação deste entrave em algumas situações¹⁰. O juiz, por sua vez, materializa-se como o ser iluminado, capaz de ajustar os pesos da balança em prol da parte menos favorecida:

[...] desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu,

¹⁰ Vide a experiência dos Juizados Especiais no Brasil.



por exemplo, podemos apontar os bem sucedidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de “oralidade” e ocuparam-se essencialmente com a “livre apreciação da prova”, a “concentração” do procedimento e o contato “imediato” entre juízes, partes e testemunhas, bem como com a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade. Quando levada a efeito, na Áustria, pela pioneira Zivilprozessordnung de 1895, tais reformas, no dizer do notável processualista Franz Klein, contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres.

[...]. Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes. (o destaque em negrito é nosso) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 76-77).

Das vantagens prometidas pelo movimento, poucas chegaram a países de capitalismo tardio como o Brasil. Ficaram o protagonismo judicial, baseado na crença de uma jurisdição salvadora, capaz de aplacar as mazelas sociais, e o mito da capacidade desta mesma jurisdição de descortinar a verdade através da técnica processual, ainda que ao custo da imparcialidade do julgador.

A oralidade, a concentração do procedimento – embora previstos na legislação – e tudo mais que poderia gerar grandes expectativas hoje gera grandes frustrações, eternizando-se, assim, o que há muito se convencionou chamar de “crise”.

Paradoxalmente, aquilo que foi efetivamente incorporado em países como o Brasil a partir da socialização processual foi de extrema valia para a política neoliberal que por aqui aportou no início da década de 90 e que tem no Sistema Penal um dos seus principais instrumentos de contingência dos excluídos (não consumidores).



3.2 O “acesso à justiça” como acesso à ordem jurídica justa: a instrumentalidade do processo

A influência da socialização processual no Brasil através do movimento pelo “acesso à justiça” iniciado com o Projeto Florença se manifesta já no início da década de 80 do século passado, especialmente no que diz respeito às discussões acerca da legitimidade para a proteção de interesses difusos e coletivos, não deixando de passar, porém, pelo aumento da discricionariedade jurisdicional (ARANTES, 2002, p. 57).

A partir de então, numa nova roupagem, dava-se continuidade à tentativa de aplicação – no plano ideológico (NUNES, 2011, p. 141) – social do direito.

Enquanto no âmbito legislativo o foco centrava-se na discussão acerca da abertura do processo civil à sociedade organizada (ARANTES, 2002, p. 57), no doutrinário o que se consolidava de vez era a crença numa jurisdição salvadora, agora sustentada teoricamente pela corrente instrumentalista do processo.

Apesar da pretensão de novidade, o instrumentalismo processual busca sintetizar as teorias que se iniciaram desde Anton Menger e Franz Klein ainda no século XIX, assim:

[...] dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, da defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo predisposto para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz, repetindo, todavia, as mesmas finalidades já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção em Dresen, em 1901. (NUNES, 2011, p. 142).

No instrumentalismo, fortemente influenciado pela teoria do processo enquanto relação jurídica, tenta-se traçar limites que possam levar a uma distinção entre processo e jurisdição, com a preponderância desta sobre aquele.

Deixa-se claro que a jurisdição representa o poder estatal, que nesta esfera se manifesta de duas formas. A primeira, através do caráter substitutivo, pelo qual o Estado se propõe a solucionar, através de seus agentes, as controvérsias entre os indivíduos de modo imperativo, tornando a autotutela a exceção. Além disto, a jurisdição é utilizada pelo Estado para a realização de seus escopos (sociais, políticos e eco-



nômicos) (DINAMARCO, 2009b, p. 317). Nesse contexto, a jurisdição é considerada “instrumento para a imposição de diretrizes estatais”. (DINAMARCO, 2009a, p. 181).

Assim, para a corrente instrumentalista, é em torno da jurisdição que devem gravitar os institutos do direito processual civil (DINAMARCO, 2009a, p. 91), inclusive o processo, já que este “não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência de ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”. (DINAMARCO, 2009a, p. 93).

A jurisdição e o processo, segundo Dinamarco (2009a, p. 95), estariam conectados pelo “fio da instrumentalidade”, servindo o processo como meio para a persecução dos fins a serem perseguidos pelo Estado através da jurisdição:

[...] o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição. (DINAMARCO, 2009a, p. 95-96).

A garantia de uma jurisdição salvadora, que, através do processo, cumpriria os fins do Estado, encontra no juiz um de seus principais elementos, já que a ele é atribuída a função de identificar os valores a serem preservados. Desse modo, cabe ao juiz, enquanto agente estatal e intérprete maior e definitivo da ordem jurídica (DINAMARCO, 2009a, p. 351), descortinar a “ordem jurídica justa”, garantindo às partes o “acesso à justiça”:

Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. (DINAMARCO, 2009b, p. 118).



Assim, para o instrumentalismo, caberia ao juiz, quase que de forma oracular e divina, identificar, numa sociedade plural, valores homogêneos, que, coincidentemente, seriam os mesmos do Estado:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. (DINAMARCO, 2009a, p. 348).

Apesar de reconhecer que o “valor justiça” é cambiável no espaço e no tempo (DINAMARCO, 2009a, p. 185), para a proposta instrumentalista a identificação de valores comuns pode e deve se concretizar numa perspectiva solipsista, ainda que contrária aos valores estabelecidos democraticamente através de uma construção comum e discursiva:

Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e **sobretudo** à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é em substância, o pensamento inerente ao *uso alternativo do direito*. (grifo nosso). (DINAMARCO, 2009a, p. 348).

Ideias semelhantes já haviam sido defendidas no século XIX pela chamada Escola do Direito Livre, que tem em Oskar Bülow um de seus maiores precursores, como se observa nas afirmações de Larenz:

Na ciência do direito afirmou-se essa contra-corrente, nos começos do século XX, com o chamado ‘Movimento do Direito Livre’, de que pode se considerar precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial).

A idéia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o Direito; é ‘somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica’ (pág. 45). Cada litígio jurídico põe um particular problema jurídico para que não exis-



te ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna, determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei' (pág. 32). Sob o 'véu ilusório da mesma palavra lei' oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser 'em média a mais justa' (pág. 36). Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a 'natureza das coisas' ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação leleológica da lei, como no sentido da 'teoria do Direito livre' – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido. (LARENZ, 1997, p. 78).

Os riscos desse “uso alternativo” ou “livre” do direito¹¹ são reconhecidos pelo instrumentalismo, mas a sua superação estaria assegurada pelas garantias que sustentam o exercício da função jurisdicional, bem como pelo modo de recrutamento da magistratura:

Aos temores quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizos; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão suscetível a tantas fraquezas. O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado. (DINAMARCO, 2009a, p. 195).

Não há nesse pensar, embora se tente provar o contrário, uma perspectiva democrática do processo, enquanto elemento capaz de garantir a participação das partes em simétrica paridade (FAZZALARI,

¹¹ Em contrapartida, Warat afirma: “Agora parece-me óbvio, que o que não pode ser dito pela lei, nunca será dito enquanto ela for ignorada. Ignorada é deixar exposto o indizível aos oportunistas de toda cor. Não existe compromisso com o outro sem a lei. Haveria somente um retorno ao estado de orda. O homem tem que assumir um compromisso com a lei para poder comprometer-se com o outro”. (WARAT, 1994, p. 85).



2006, p. 119; GONÇALVES, 1992, p. 115) na construção da decisão judicial perante um órgão imparcial. Nas palavras de Leal:

[...] a decisão, nesse conceito, como resultante necessária de um alardeado “acesso à justiça”, cumpriria o nobre desiderato luhmaniano de oferta pública de um Poder Judiciário agrupador de um colegiado de guardiães-mosqueteiros dos sistemas jurídico, social e econômico, que, com proficiência egressa da sensibilidade e da rara agilidade mental dos seus integrantes, seria distribuidor de célere paz social e eticidade formal na solução dos conflitos. A racionalidade sistêmica aqui supriria e curaria as lacunas e a dolosidade dos planos enganosos dos governos, bem como levaria a uma justiça farmacológica aos desafortunados pelo abandono e opressão estatais. (LEAL, 2002, p. 105).

A síntese de Leal, ora tomada como síntese parcial da análise que se propõe, resume bem as consequências geradas a partir da ideia de “acesso à justiça” e de sua crença numa jurisdição salvadora.

Adiante, observar-se-á que transpor essas ideias para o campo do processo penal, sob o pretexto de uma teoria geral do processo baseada no conceito carneluttiano de lide, tem consequências diversas e ainda mais perigosas para a democracia. E não bastassem os problemas de ordem teórica, do ponto de vista de uma ética voltada para a vida humana (DUSSEL, 2012, p. 11) observa-se que o discurso socializador se mostrou facilmente apropriável pelo discurso neoliberal – Estado máximo na repressão e mínimo no social (ROSA, 2011, p. 109) –, não se apercebendo alguns que muitos têm sido “acessados” através do discurso do “acesso à justiça penal”.

4 AS RAZÕES DA RECUSA

A influência da orientação publicística iniciada a partir do século XIX não iria ficar limitada ao processo civil. Seria até ingênuo acreditar que Estados autoritários não se utilizariam da jurisdição enquanto meio para a consecução de seus fins no âmbito repressivo e punitivo.

No Brasil, assim como em relação ao Código de Processo Civil, o discurso socializador seria muito bem acolhido pelo autoritarismo do Estado Novo, sob a influência do fascismo italiano da primeira metade do século XX, como adverte Pacelli:



Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. (PACELLI, 2009, p. 1).

De fato, em 03 de outubro de 1941 publicava-se o, infelizmente, ainda em vigor, Decreto-Lei 3.689, cuja exposição de motivos não escondia a incompatibilidade entre direitos e garantias individuais e a ordem imposta:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.** (grifo nosso) (CAMPOS, 1941).

Acomodavam-se, assim, os mesmos postulados que orientaram a edição do CPC de 1939 num campo onde repressão e poder poderiam ser exercidos de forma plena.

E, sob os auspícios de uma legislação fascista, ainda hoje, insiste-se num modelo de processo penal baseado em perigosos postulados – “sadio protagonismo do juiz”, escopos processuais, instrumentalidade, “acesso à justiça” etc. –, alguns, como adverte Calmon de Passos (2001, p. 3), por descuido epistemológico, outros por perversidade ideológica.



Muito disso se deve à insistência sobre uma pretensa teoria geral do processo, que serviu para o desenvolvimento dos estudos do processo¹² outrora, mas que hoje pouco contribui para a estruturação de um processo penal de cunho democrático, respaldado por um conjunto de direitos e garantias individuais, como prevê a atual Constituição da República.

E, assim, sob a justificativa de uma necessária unidade metodológica, o instrumentalismo se lança sobre o processo penal amparado por uma, ainda hoje, difundida teoria geral do processo de matiz instrumentalista:

O que a teoria geral do processo postula é, resumidamente, a *visão metodológica unitária do direito processual*. Unidade de método não implica homogeneidade de soluções. Pelo método indutivo, ela chegou à instrumentalidade do processo como nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo; a visão instrumentalista, alimentada pela comprovação que a teoria geral fornece, é vento mais profícuo da atualidade, em direito processual. (DINAMARCO, 2009a, p. 87).

Destarte, termina por difundir-se em larga escala um processo penal visto sob a ótica do processo civil instrumentalista, embora não sem resistência¹³.

¹² Vale aqui a advertência de Binder: “Não se trata de ter uma visão pejorativa da teoria geral do processo, ao contrário, deve-se reconhecer que ela possui um conjunto de reflexões importantes, especialmente quando procura ligar as categorias processuais com a evolução do processo político, como fez James GOLDSCHMIT em sua *Teoria geral do processo* ou em *Princípios políticos do processo penal*. Entretanto, a teoria geral do processo, em suas versões ibero-americanas, abandonou esse pensamento original para converter-se em uma teoria geral do trâmite judicial, sendo esta visão a que degradou este tipo de reflexão”. (BINDER, 2003, p. 15).

¹³ “Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, a teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.

[...]

Inadmissível [...] é usar no processo penal o mesmo discurso, como se o referencial semântico fosse igual (e, portanto, desprezando-o), tudo em nome de uma pseudo-coerência sistêmica que, no final das contas, é sintática e acaba legitimando o status quo, nem que seja fruto da mais terrível das ditaduras”. (COUTINHO, 1988, p. 122-123).



As consequências da intervenção instrumentalista e da absorção inadvertida (ou dissimulada) de seus postulados no processo penal são graves, principalmente quando levado em conta que no instrumentalismo é atribuída ao juiz uma “obcecada preocupação pelo compromisso que tem com a justiça”, além do que constitui um de seus objetivos a “alteração das tradicionais fórmulas do equilíbrio entre o princípio dispositivo e o inquisitivo” (DINAMARCO, 2009a, p. 322).

Essa atuação judicial “obcecada” pela justiça, chancelada pelo instrumentalismo, tem gerado graves problemas para a epistemologia do processo penal, democrático na Constituição, mas ainda de muitas práticas fascistas.

Esses problemas, cujo enfrentamento segue adiante, têm se mostrado evidentes no que diz respeito à iniciativa probatória do órgão responsável pelo acerto do caso penal (COUTINHO, 1988, p. 137), bem como no que diz respeito à teoria da decisão judicial.

4.1 Poderes instrutórios do juiz e a pretensão de legitimidade do inquisitorialismo brasileiro

Como dito anteriormente, permanece em vigor o Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, o atual, quanto à vigência (PACCELI, 2009, p. 1), Código de Processo Penal brasileiro.

Influenciada pelos movimentos que se expandiram para além das fronteiras da Europa no século anterior, a legislação brasileira afirma o caráter publicístico do processo penal, que passa a ser visto como instrumento da repressão estatal, garantindo-se ao juiz amplos poderes para perquirir uma verdade absoluta que se crê como factível:

[...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (CAMPOS, 1941).



O protagonismo judicial no campo probatório, defendido por um Código de Processo Penal de origem, não é demais lembrar, totalitariamente, encontrará na corrente instrumentalista e em sua “ordem jurídica justa” a fundamentação teórica necessária para resistir aos ventos democráticos que viriam com a Constituição da República de 1988.

Desse modo, também no processo penal o juiz deve buscar a “paz social” (GRINOVER, 2005, p. 18), noção que, apesar de obscura, está indissociavelmente ligada à busca pela verdade. Na busca desta, como já denotava a exposição de motivos do Código de Processo Penal em vigor, terá o juiz amplos poderes para a aquisição das provas necessárias para demonstrá-la.

Essa postura será de grande utilidade para a pretensão de legitimidade do inquisitorialismo brasileiro frente à atual Constituição.

A dicotomia acusatório/inquisitivo encontra-se longe de um consenso no processo penal. No entanto, há de se concordar com Winter (2008, p. 14-15) quando afirma que não há um único modelo de sistema acusatório, mas sim vários, que em geral baseiam-se na ideia de um terceiro imparcial a quem compete decidir com base naquilo que é alegado e provado pelas partes num debate contraditório.

Convém concordar também com Vogler (2008, p. 180), para quem deve ser rejeitada uma ideia de evolucionismo processual, que culminaria num processo acusatório.

Desse modo, os limites do que possa representar, na falta de outro nome, um sistema acusatório para o processo penal brasileiro serão perquiridos a partir da ordem constitucional em vigor, já que esta, se respeitados os limites do conteúdo linguístico de suas disposições (COUTINHO, 2006, p. 229), representou uma clara ruptura epistemológica com a legislação autoritária que lhe antecedeu e com a concepção instrumentalista do processo.

Não há, pois, como discordar de Coutinho quando afirma que a Constituição da República de 1988 impôs a mudança do sistema processual penal brasileiro (COUTINHO, 2009a, p. 85), que deve girar em torno da gestão da prova.

Entende Coutinho (2008) que, se o processo penal tem por fim o acerto de um caso penal após a reconstituição de um caso pretérito, o crime, a gestão da prova e a forma como ela se desenvolve é que identificam o princípio unificador capaz de determinar o sistema, se inquisitivo ou acusatório.



Desse modo, um sistema acusatório depende da distribuição da gestão da prova entre as partes, ficando o juiz como terceiro, a quem não cabe decidir e depois sair à procura das provas para justificar sua decisão (COUTINHO, 2008).

Se deixados de lado os devaneios linguísticos, observar-se-á que essa postura encontra amplo respaldo na Constituição em vigor, que afirma caber ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública (art. 129, I).

Ora, se promover quisesse dizer tão somente acionar o Judiciário, as próprias funções ministeriais restariam esvaziadas, não havendo sentido algum em se elevar o Ministério Público ao patamar erigido pelo constituinte no que diz respeito à persecução penal¹⁴.

Segundo Grinover, tal discussão não diz respeito à diferenciação acusatório/inquisitivo, mas sim a uma confusão entre o sistema acusatório e o chamado *adversarial system* de origem anglo-saxônica:

Acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no n. 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o “adversarial” e o “inquisitorial system”, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou Dispositionsmaxime, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão Verhandlungsmaxime) e processo de desenvolvimento oficial. (GRINOVER, 2005, p. 17).

Para Grinover (2005, p. 16), portanto, há uma clara contraposição entre o *adversarial system*, de origem anglo-saxônica e o inquisitorial

¹⁴ Coutinho assevera: “Afinal, não faz sentido ser ele uma *parte* (ainda que *formal*, como queria Chiovenda), e viver dentro de uma camisa-de-força criada pela desconfiança. Dela não se vai livrar, porém, se se tiver medo. Medo de todos pelo que podem fazer com uma maior mobilidade nas atividades hoje engessadas por princípios obtusos e ingênuos porque manipuláveis, basta que se queira; mas, principalmente, medo dos próprios órgãos do MP de enfrentar, de fato, os desafios que lhe aquinhoaram a CR. Para tanto, é preciso ter presente, por todos, o *princípio da obrigatoriedade* (e que aponta direto para a *ação penal*, como se sabe da melhor doutrina), assim como o *princípio da disponibilidade*, dirigido para o *conteúdo do processo*. Que ação e processo são elementos distintos é despicendo dizer”. (COUTINHO, 2009b).



system, de tradição europeia continental e seguido pelos países que a adotaram.

Curioso notar, porém, que o processo penal italiano, sem dúvida a maior influência do processo penal brasileiro passou por significativas modificações na última virada de século, assimilando um caráter nitidamente adversarial.

Como destaca Vogler (2008, p. 189-190), a reforma constitucional de 1999 (*Riforma del Giusto Processo*) enfatizou a igualdade de direitos entre as partes para apresentar provas perante um juiz imparcial, garantia que seria incorporada no Código de Processo Penal em 2001.

Nada obstante, mais grave que a iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro é aquilo que a origina: a crença em uma verdade absoluta que pode ser identificada por um juiz com sensibilidade e conhecimentos fora do comum com o auxílio do processo, como já defendiam as orientações tratadas nos tópicos anteriores e que foram assimiladas pelo Código de Processo Penal vigente.

Apesar da advertência de Vogler (2008, p. 185) no sentido de que na pós-modernidade não há mais como se conceber a existência de uma verdade fática de caráter absoluto a ser descoberta pela metodologia forense, continua-se no Brasil, com o auxílio da instrumentalidade do processo, a defender a busca de uma “verdade real” e de um juiz capaz de descortiná-la com o uso da técnica processual:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ, ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO.

POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.



2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” 3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006, prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado.

4. Assim, a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

ANEXAÇÃO DE EXAME PERICIAL COMPROBATORIO DA MATERIALIDADE DELITIVA APÓS A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, OCASIÃO EM QUE AS PARTES OFERTARAM ALEGAÇÕES ORAIS. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA TARDIA DO CITADO LAUDO. DOCUMENTO JUNTADO ANTES DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NULIDADE INEXISTENTE.

1. Apesar de o artigo 56 da Lei 11.343/2006 determinar que, “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais”, nada impede que os exames técnicos sejam incorporados ao processo após a instrução criminal, desde que se possibilite às partes sobre eles se manifestar, exatamente como ocorreu na espécie.

2. Com efeito, em que pese a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 ser comprovada apenas com o laudo toxicológico definitivo, não há óbices, quer na própria Lei de Drogas, quer na legislação processual penal existente, a que a referida perícia seja juntada aos autos após o debates orais, pois as partes podem se pronunciar acerca do seu conteúdo,



permitindo que o juiz analise os seus argumentos antes de proferir decisão no feito. Precedentes.

PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO, FIXANDO-SE O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, E SUBSTITUINDO-SE A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO EXTINGUINDO A PUNIBILIDADE DA PACIENTE.

MANDAMUS PREJUDICADO NO PONTO.

1. Os pedidos de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, modificando-se o regime de cumprimento da pena imposta à paciente para o aberto, e substituindo-se a sanção corporal por pena restritiva de direitos, encontram-se prejudicados pois, em consulta ao sítio da Corte de origem, verificou-se que em 14.2.2012 foi extinta a punibilidade da paciente em razão do cumprimento da reprimenda a ela imposta, o que ocorreu em 14.12.2011.

2. Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. (BRASIL, 2012).

Há, como se observa, uma desconfiança no papel que as partes desempenham no *iter* processual. Olvida-se que o Ministério Público representa o Estado na persecução penal. Por outro lado, acredita-se que o juiz, em plena consonância com o pensamento instrumentalista, poderá, de forma providencial, garantir o equilíbrio entre as partes, deixando-se de lado a necessidade de estruturação de mecanismos adequados de assistência jurídica pública.

Desse modo, as chamadas funções essenciais à justiça – daí um grave equívoco ao se relacioná-las com o “acesso à justiça” – são encaradas como meras coadjuvantes do saber iluminado do órgão responsável pela decisão, capaz, como já dito, de descortinar a verdade absoluta.

4.2 Instrumentalidade, interpretação e decisionismo

O protagonismo judicial institucionalizado pelo Código de Processo Penal de 1941 não se limita ao campo probatório. No âmbito deci-



sório, há uma clara opção pelo paradigma subjetivista-solipsista (STRECK, 2012, p. 42), que se manifesta, por exemplo, quando Campos (1941) afirma já na exposição de motivos do Código restar aberta ao julgador a possibilidade de julgamento *ultra petitum*.

Diversos pontos do Código denotam a crença no saber privilegiado do juiz, intérprete maior da lei, como afirma Dinamarco (2009a, p. 351), e responsável, enquanto agente da jurisdição, por garantir a “paz social” através do processo. Alguns, como o parágrafo único do artigo 384, que conferia ao juiz a possibilidade de “baixar o processo” ao Ministério Público se entendesse presentes elementos indicativos da presença de crime mais grave que aquele narrado na denúncia já não fazem mais parte do ordenamento jurídico¹⁵. Outros, porém, como aquele que prevê a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição, resistem mesmo diante de tantas pseudorreformas pelas quais já passou o CPP. Neste ponto, aliás, cabe destacar que a própria condição de parte do Ministério Público é ignorada, já que o Código reconhece suas alegações como mera “opinião” acerca do caso penal.

De maneira equivocada (ou deliberada) continua-se a justificar um modelo interpretativo dependente de um sujeito cognoscente, o julgador (STRECK, 2012, p. 40), a partir de um panorama que já não se vive mais, como afirma Calmon de Passos:

O equívoco que, nos últimos anos, vem prevalecendo entre nós, consiste, precisamente, em se estar acreditando que o panorama, hoje, é o mesmo tomado como referência pelos teorizadores das décadas de cinquenta e sessenta. Tenho insistido em dizer, inclusive, que se Mauro Cappelletti fosse, neste limiar de século, o jovem da década de cinquenta, talentoso e aberto à “novidade”, estaria teorizando para além e diversamen-

¹⁵ Em sua redação originária, dispunha o art. 384 do CPP: “Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”. (o destaque em negrito é nosso).



te dele próprio, Mauro Cappelletti de ontem, porque consciente dos novos desafios e sensível às perplexidades com que nos defrontamos neste momento, que poderemos denominar, para tentar distingui-lo de eras passadas, de pós-industrialismo, pós-modernidade ou era do conhecimento. (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 6).

Apesar dessa advertência, ainda há um claro predomínio do paradigma subjetivo-solipsista, que termina por tentar separar o indissociável: o direito pensado do processo comunicativo que o estrutura enquanto linguagem (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 10). Para Streck, muito disto se deve à influência da concepção instrumentalista do processo:

[...] parcela importante da doutrina – e falo aqui dos formadores de opinião no plano das práticas judiciais – sufraga teses pelas quais a interpretação (aplicação) do direito fica *nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador*.

[...]

Desde Oskar Von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência a Escola do Direito Livre.

[...]

No Brasil, essa delegação da atribuição do sentidos em favor do juiz atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” (sic) e, conseqüentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – “sadio protagonismo”. (STRECK, 2012, p. 41).

Cabe ainda destacar a larga utilização pela lei penal de expressões indeterminadas, como já defendido por Klein (apud NUNES, 2011, p.



85), ampliando sobremaneira os poderes do juiz quando da aplicação da lei.

Há de se concordar com Coutinho (2006, p. 229) quando afirma que as palavras não têm o poder de controlar os sentidos que lhe são atribuídos. Não obstante, no âmbito da aplicação da lei penal, especialmente no que diz respeito à pena, o que se tem observado é uma “sem-cerimônia terminológica” (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 8).

Enunciam-se sentidos cuja aceitabilidade racional resta impossível, uma vez que não submetidos à forma de comunicação institucionalizada (HABERMAS, 2003, p. 213) para o exercício da jurisdição.

Culpabilidade, antecedentes, reprovabilidade, personalidade, ganham sentido de acordo com os critérios de “justiça” do julgador e, assim, “agir divorciadamente do trabalho honesto”, “ser vadio”, “agir com alto grau de reprovabilidade”, “ter passagens pela delegacia”, seguem sendo utilizados para agravar a pena-base no Brasil, apesar de todas as advertências feitas pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶ e dos limites impostos pela presunção de inocência constitucionalmente estabelecida.

Noutras ocasiões, o juiz passa a ter um âmbito largo de discricionariedade para decidir entre o cárcere e o cumprimento de penas não privativas de liberdade¹⁷.

Observa-se, assim, que a ampliação dos poderes judiciais pouco tem contribuído para a construção de um processo penal de cunho democrático, no qual a legitimidade da atividade jurisdicional deve estar condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (PRADO, 2006, p. 35).

¹⁶ “Não podem subsistir como fundamentos aptos à majoração da pena-base, no caso, a culpabilidade do agente, pois constitui elemento integrante do crime o fato do acusado saber que atuava contrariamente ao direito, não se fazendo referência à reprovabilidade exacerbada, nem tampouco podem ser utilizados para fins de incremento da pena-base a personalidade do agente, considerada negativa em razão da ausência de trabalho honesto, ou ainda, os motivos do crime e as circunstâncias do delito, na medida em que revelam circunstâncias inerentes ao tipo, como a busca pelo lucro fácil e a desconsideração com o patrimônio alheio”. (BRASIL, 2011)

¹⁷ “Incumbe ao Juiz de primeiro grau, mais próximo dos fatos e da realidade do apenado, determinar, no âmbito de sua discricionariedade, a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos que considere mais adequada à hipótese”. (BRASIL, 2011).



5 CONCLUSÃO

O discurso em favor do protagonismo judicial e de um suposto privilégio cognitivo do julgador foi se consolidando em detrimento de um processo mais participativo.

As justificativas em favor de um papel mais ativo do juiz foram utilizadas tanto por aqueles que buscavam uma atuação “social” do direito quanto pelas legislações erigidas pelos regimes autoritários ao longo do século XIX, inclusive no Brasil.

A história tem mostrado que tal concepção serviu bem mais a fins antidemocráticos que à consecução social que se almejava, além do que foi facilmente apropriada pelo modelo de Estado neoliberal, mínimo no social e máximo na repressão.

Apesar disso, e da constatação de que a compreensão do direito não prescinde de uma dimensão linguística e intersubjetiva (CALMON DE PASSOS, 2001, p. 3), continua-se a propalar um sadio protagonismo do juiz no plano processual, em que se relega ao processo o caráter de simples instrumento de uma jurisdição salvadora.

Insiste-se, assim, num “acesso à justiça” que, quando nada diz, pode dizer de tudo um pouco. E quando se silencia o resultado é ainda mais perigoso, já que é no silêncio que os sentidos e o sujeito se movem largamente (ORLANDI, 2002, p. 29), abrindo espaço para todo e qualquer tipo de autoritarismo. Inverte-se, no vazio, o sentido. O sujeito passa a ser desejoso do “acesso à justiça penal”, já que este pode representar qualquer coisa: de direitos processuais e assistência jurídica pública à imposição de pena sem processo; de sadio protagonismo à justificativa para um processo não enquanto instrumento da jurisdição, mas da segurança pública.

Convém, portanto, recusar e, acima de tudo resistir a uma concepção de processo ainda centrada no protagonismo judicial.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002. 327p.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 292p.



BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. p. 16699. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html> > . Acesso em: 14 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 116.884/SC. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. 6ª turma. Brasília, julgado em 04 ago. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 out. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº. 192.410/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. 5ª turma. Brasília, julgado em 11 set. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 set. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

BÜLOW, Oskar Von. La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Lima: Peru, 2008. 293p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> > . Acesso em: 11 jan. 2013.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1939. p. 24441. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> > . Acesso em: 13 fev. 2013.

_____. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. p. 16699. Disponível em: < http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF > . Acesso em: 01 fev. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. 134p.

_____. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 311-377.



COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998. 167 p.

_____. O papel do pensamento economicista no direito penal de hoje. In: **Revista da faculdade de direito da UFPR**, Curitiba, v. 31, 1999. p. 37-49.

_____. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: _____; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-232.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Reforma infraconstitucional: processo penal**. Brasília: 2009a. p. 85-98.

_____. Mettere il pubblico ministero al suo posto ed anche il giudice. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009b.

DENTI, Vitorio. **La giustizia civile: lezioni introduttive**. Nuova edizione. Bologna: Il Mulino, 2004. 241p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a. 400p.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b. v. 1.

DUSSEL, Henrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 4ª ed. Tradução Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M.E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2012. 672p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780p.

FERREIRA, Adriano de Assis. **Questão de classes: direito, estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis**. São Paulo: Alfa Ômega, 2009. 123p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.



GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: **Revista do CNPCP** – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 1(18), jan.jul./2005, p. 15-26.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

KELSEN, Hans. O que é justiça? In: _____. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3ª ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1-25.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

_____. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 293p.

MENGER, Anton. **L'état socialiste**. Trad. Edgard Milhaud. Paris: Societé nouvelle de librairie et d'édition, 1904. 385p.

_____. **El derecho civil y los pobres**. Trad. Adolfo Posada. Granada: Comares, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. 281 p.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5ª ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002. 189p.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822p.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2ª ed. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 721p.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização, rev. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 155p.

_____. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13-19.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 270 p.



ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da law and economics: a exceção econômica do direito. In: _____. LINHARES, José M. Aroso. **Diálogos com a law and economics**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 279p.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010. cap. 7. p. 161-186.

SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. Tradução Willian Lagos. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 363 p.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118 p. (Coleção o que é isto?, 1).

SPRUNG, Reiner. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, jan./mar. 1980. p. 138-149.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y em Europa continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 175-194.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 81-95.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: _____ (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.



