

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Roberto Ferreira Archanjo da Silva

**Por uma teoria do Direito Processual Penal:
organização sistêmica**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2009**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Roberto Ferreira Archanjo da Silva

**Por uma teoria do Direito Processual Penal:
organização sistêmica**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração de Direito das Relações Sociais, sub-área de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

**SÃO PAULO
2009**

Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica

Roberto Ferreira Archanjo da Silva

1.º Examinador

2.º Examinador

3.º Examinador

4.º Examinador

5.º Examinador

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP
2009**

Ao Prof. Dr. *Hermínio Alberto Marques Porto*,
mestre dos processualistas penais brasileiros,
amigo e exemplo de humildade, meus
sinceros agradecimentos.

Filosofia não existe para resolver problemas. Serve para problematizar. Faz pensar. Por isso é que ela foi relegada a um plano subalterno em sociedades emergentes. Aquelas mais preocupadas com questões de sobrevivência física e com a observância cega à “lex mercatoria”. Uma civilização tangida pelo consumo torna-se materialista, egoísta e hedonista (...) Por que pensar em questões existências? Elas preocupam, angustiam, chegam a aterrorizar. Pois mostram a relatividade dos bens da vida que o capitalismo selvagem considera prioritários e relevantes (...) Ora, filosofar incomoda. Mas é essencial para trazer equilíbrio, discernimento e proporcionalidade aos valores. Por isso que uma excelente maneira de filosofar é enfrentar temas pressupostos, sobre os quais todos têm intuição ou conhecimento, mas poucas vezes constituem objeto de mais detida meditação (...) O ensino jurídico não prima por fazer pensar. Entretanto, pensar é urgente. Pensar, com todas as suas conseqüências. Duvidar, enquanto método para se atingir a verdade tangenciável. A busca da verdade precisa ser o compromisso humano em transitória passagem pelo planeta. Pode não trazer tranqüilidade. Mas confere sentido à vida.

**Por que filosofia?
José Renato Nalini**

AGRADECIMENTOS

Muito Obrigado!

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

Orientador: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

RESUMO

O processo penal e o Direito Processual Penal evoluíram através das conquistas da humanidade. O primeiro, de mero meio de aplicação da sanção ao infrator da lei penal, passou a ser um instrumento de tutela do indivíduo contra possíveis arbítrios estatais, coroado pelos direitos humanos fundamentais e norteado pelo supra-princípio da dignidade da pessoa humana, como reflexo da cultura das sociedades democráticas. O Direito Processual Penal adquiriu contornos científicos no final do século XIX, decorrente da própria elevação da Jurisprudência à ciência. A denominada teoria geral do processo visa a sistematizar os estudos sobre o processo em geral, sem propiciar ao pesquisador o conhecimento necessário para a exata compreensão do instituto analisado. No Brasil, o processo de democratização instaurado pela Constituição da República de 1988 inspirou a elaboração de trabalhos especializados pelos cientistas da área do Direito Processual Penal. A compreensão de institutos, regras e princípios próprios do processo penal exige conhecimento especializado. Esses trabalhos elevam a ciência jurídica para tornar o processo penal eficiente meio de alcançar o bem comum, a fim de proteger a sociedade em duplo sentido: contra os possíveis excessos estatais decorrentes do poder-dever de punir na busca infrator da lei penal durante a persecução penal e; contra os violadores da paz social (os criminosos). A reunião desses trabalhos especializados dos cientistas possibilita a organização sistêmica de uma teoria própria do Direito Processual Penal, capaz de formar uma nova escola de processualistas penais. A organização do ordenamento jurídico através do pensamento sistemático permite a visão do todo, mas sem generalizações indesejáveis, que denigrem o objeto de estudo. O conhecimento especializado pode implicar na elaboração de um Código de Processo Penal democrático e eficiente, capaz de proteger o acusado e de punir o culpado de forma célere e segura.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria – Norma – Ordenamento – Sistema - Processo penal.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. *For a theory of the Criminal Procedural law: system organization*. São Paulo: Papal Catholic University of São Paulo, 2009. Theory (Doctorate for Criminal Procedural Law, Social Relations Law concentration area).

Adviser: Teacher Doctor Hermínio Alberto Marques Porto.

ABSTRACT

The criminal proceeding and the Criminal Procedural law had evolved through the conquests of the humanity. The first one, of mere half of application of the sanction to the offender of the criminal law, started to be an instrument of guardianship of the individual against possible state wills, crowned for the basic human rights and guided for the supply-principle of the dignity of the person human being, as reflected of the culture of the democratic societies. The Criminal Procedural law acquired scientific contours in the end of century XIX, due to the own elevation of the Jurisprudence to science. The called general theory of the process aims at in general systemize the studies on the process, without propitiating to the researcher the necessary knowledge for the accurate understanding of the analyzed institute. In Brazil, the process of democratization restored for the Constitution of the Republic of 1988 inspired the elaboration of works specialized for the scientists of the area of the Criminal Procedural law. The understanding of justinian codes, rules and proper principles of the criminal proceeding demands specialized knowledge. These works raise legal science to become efficient the criminal proceeding half to reach the common good, in order to protect the double society in sensible: against the possible current state excesses of power-having to punish in the search offender of the criminal law during criminal persecution e; against the violators of the social peace (the criminals). The meeting of these specialized works of the scientists makes possible the system organization of a proper theory of the Procedural law Criminal, capable to form a new school of criminal procedures. The organization of the legal system through the systematic thought allows the vision of, but without generalizations the all undesirable one, that depreciation the study object. The specialized knowledge can imply in the elaboration of a Code of criminal procedure democratic and efficient, capable to protect the accused and of punishing the criminal in a swift and safe way.

Keywords: Theory - Norm - Order - System - Criminal proceeding.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. Per una teoria del diritto processuale penale: organizzazione del sistema. São Paulo: Cattolico Pontifical dell'università di São Paulo, 2009. Tesi (Nel diritto Processuale Penale, nella zona di concentrazione del diritto dei rapporti sociali).

Persona che orienta: Il professor dottore Hermínio Alberto Marques Porto.

II SOMMARIO

il procedimento penale e lo diritto processuale penale si era evoluto con le conquiste dell'umanità. Quello primo, della metà pura dell'applicazione della sanzione al infractor del diritto penale, ha cominciato essere uno strumento del protezione dell'individuo contro possibile abusi del Stato, alzato per i diritti dell'uomo di base e guidate per il forn-principio della dignità dell'umano, come riflesso della coltura delle società democratiche. Lo diritto processuale penale ha acquistato i profili scientifici alla fine del secolo XIX, decurrent dell'aumento adeguato della giurisprudenza alla scienza. La teoria generale del processo punta su generalmente sistema gli studi sul processo, senza per facilitare al ricercatore la conoscenza necessaria per la comprensione esatta dell'istituto analizzato. Nel Brasile, il processo di democratization ristabilito per la costituzione della Repubblica di 1988 ha ispirato l'elaborazione degli impianti specializzati per gli scienziati della zona della diritto processuale penale. La comprensione dei istituti, delle regole e dei principi adeguati del procedimento criminale richiede la conoscenza specializzata. Questi lavori sollevano la scienza legale per diventare efficienti continuare criminale a metà raggiungere il buon comune, per proteggere la doppia società in ragionevole: contro il possibile abusi del Stato gli eccessi di alimentazione-avere punire nel infractor di ricerca del diritto penale durante il persecuzione penale; contro i trasgressori della pace sociale (i criminali). La riunione di questi impianti specializzati degli scienziati rende possibile l'organizzazione del sistema di una teoria adeguata del diritto processuale penale, capace formare una nuova scuola delle procedure penali. L'organizzazione del sistema legislativo con il pensiero sistematico permette la visione di, ma senza le generalizzazioni quella tutto l'indesiderabile, quel denigrem l'oggetto di studio. La conoscenza specializzata può implicare nell'elaborazione di un codice della procedura penale democratico ed efficiente, capace proteggere il imputato e punire il celer e l'assicurazione del colpevole della forma.

Parole-Chiave: Teoria - Norma - Ordine - Sistema - Procedimento criminale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
-----------------	----

CAPÍTULO I

A PROBLEMÁTICA DO TEMA: A (IN)EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

1.1	A colocação do problema: Teoria Geral do Processo versus Teoria do Direito Processual Penal.....	19
1.2	As concepções da teoria do processo no Direito comparado.....	20
1.2.1	Doutrina e Direito italiano.....	20
1.2.1.1	Vincenzo Manzini.....	21
1.2.1.2	Giovani Leone.....	24
1.2.1.3	Francesco Carnelutti.....	26
1.2.1.4	Paolo Tonini.....	40
1.2.1.5	O Direito Italiano.....	41
1.2.2	Doutrina e Direito Alemão.....	42
1.2.2.1	James Goldschmidt a teoria da situação jurídica no processo penal.....	43
1.2.2.2	A vinculação do Direito Processual Penal ao Direito Constitucional na visão de Klaus Tiedemann.....	48
1.2.2.3	A relevância da Teoria do Direito Processual Penal segundo Claus Roxin	52
1.2.2.4	Direito Alemão.....	55
1.2.3	A dogmática constitucional do Direito Processual Penal português.....	56
1.2.3.1	Jorge Figueiredo Dias.....	56
1.2.3.2	As esferas do direito constitucional processual delineadas por José Joaquim Gomes Canotilho.....	58
1.2.3.3	A ilusão do processo penal democrático como meio de dominação segundo Rio Pinheiro e Artur Maurício.....	59
1.2.3.4	O Direito Processual Penal Português de raízes constitucionais....	62
1.2.4	A doutrina e o Ordenamento processual penal espanhol.....	64
1.2.4.1	A teoria unificadora de Pedro Aragonese Alonso.....	64
1.2.4.2	Ordenamento processual penal espanhol.....	65
1.3	A discussão brasileira sobre a existência de uma teoria geral do Processo.....	66
1.3.1	Teoria geral do Processo.....	67
1.3.1.1	Vicente de Paula Vicente de Azevedo.....	67
1.3.1.2	José Frederico Marques.....	68
1.3.1.3	Hermínio Alberto Marques Porto.....	70

1.3.1.4	Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.....	72
1.3.1.5	Afrânio Silva Jardim.....	76
1.3.1.6	Fernando da Costa Tourinho Filho.....	78
1.3.1.7	As posições intermediárias de Julio Fabrini Mirabete e Vicente Greco Filho.....	81
1.3.2	Delineamentos de uma teoria do Direito Processual Penal.....	86
1.3.2.1	Joaquim Canuto Mendes de Almeida.....	86
1.3.2.2	Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.....	91
1.3.2.3	Rogério Lauria Tucci.....	93
1.3.2.4	Novos adeptos da teoria do Direito Processual Penal: Paulo Rangel e Walter Nunes da Silva Júnior.....	97
1.4	Considerações sobre a visão do conjunto de regras e princípios do processo penal.....	100

CAPÍTULO II

A CIÊNCIA JURÍDICA: OBJETO, MÉTODO, SISTEMATIZAÇÃO E A FORMULAÇÃO DE TEORIAS

2.1	Considerações iniciais.....	103
2.2	Ciência.....	104
2.3	Ciências sociais.....	106
2.4	Epistemologia jurídica (filosofia do direito) relativa ao caráter científico do saber jurídico e a definição da linha filosófica.....	107
2.5	Considerações sobre o desenvolvimento de uma teoria.....	119

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1	Considerações iniciais: Código genético do Direito Processual Penal	122
3.2	Conceito de Direito Processual Penal	125
3.3	Características publicísticas do processo penal: infração penal, poder-dever de punir estatal e tutela dos direitos humanos fundamentais.....	127

3.4	Persecução penal.....	131
3.5	O problema da verdade: inquisitividade versus imparcialidade...	133
3.6	Investigação criminal.....	138
3.7	Ação penal.....	146
3.8	Processo e procedimento penal.....	156
3.9	Jurisdição.....	159
3.9.1	Jurisdição Constitucional: uma tendência dos Estados Democráticos.....	163
3.9.2	Jurisdição penal.....	167
3.10	Controvérsia sobre a lide penal.....	171
3.11	Contraditoriedade no processo penal.....	180
3.12	Coisa julgada penal.....	185
3.13	Medidas Cautelares.....	188

CAPÍTULO IV

O PONTO DE MUTAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

4.1	Considerações iniciais: princípios e regramentos próprios do Direito Processual Penal Brasileiro.....	191
4.2	A “vestimenta do Direito Moderno”: funcionalismos na persecução penal.....	193
4.3	Ponto de mutação do Direito Processual Penal: a relevância dos direitos humanos fundamentais.....	200
4.4	A dinâmica dos direitos humanos fundamentais no sistema processual penal brasileiro: a técnica da ponderação de princípios.....	213
4.5	Devido processo penal.....	221
4.6	Acesso à Justiça penal.....	224
4.7	Estado de inocência do acusado.....	227
4.8	Igualdade entre os sujeitos parciais.....	230
4.9	Ampla defesa.....	235
4.10	Licitude dos meios de obtenção das provas.....	237
4.11	Juiz natural.....	244
4.12	Motivação das decisões.....	246
4.13	Publicidade dos atos processuais.....	249
4.14	Duplo grau de jurisdição.....	251
4.15	Razoável duração do processo penal.....	255

CAPÍTULO V

POR UMA TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ORGANIZAÇÃO SISTÊMICA

5.1	Considerações iniciais.....	258
5.2	Norma jurídica.....	259
5.3	Ordenamento jurídico.....	264
5.4	Sistema jurídico.....	266
5.4.1	Subsistemas jurídicos.....	274
5.5	Organização sistêmica: por uma teoria do Direito Processual Penal.....	276
	CONCLUSÃO.....	289
	BIBLIOGRAFIA	310

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a proposta de “uma teoria do Direito Processual Penal”, a fim de verificar a evolução científica do processo penal e do Direito Processual Penal, através das pesquisas desenvolvidas pela dogmática jurídica, especialmente no Brasil.

Na evolução do estudo do Direito, surgiu a denominada *teoria geral do Processo*, com o desafio de analisar os institutos comuns de todos os ramos afins, como o civil, trabalhista e penal. Grandes estudos foram realizados e se difundiu pelo Brasil o entendimento de que a referida teoria traça as questões fundamentais e introdutórias de qualquer ramo do Direito Processual.

Em 05 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte estabeleceu uma Nova Ordem Jurídica no Brasil, fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Essa Ordem Jurídica constituiu a República Federativa do Brasil, formada pela união dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, os quais formam um Estado Democrático de Direito, em que todo poder emana do povo, que o exerce pelos representantes eleitos.

A dignidade da pessoa humana tem especial relevo na persecução penal, pois norteia toda a atividade estatal na apuração da infração penal e na própria aplicação da pena ao culpado.

Decorrem da dignidade da pessoa humana os direitos fundamentais expressos na própria Constituição da República Federativa do Brasil e nos Tratados Internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. A maioria desses direitos humanos se relaciona ao Direito Processual Penal, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o estado de inocência, a comunicação imediata da prisão em flagrante ao juiz, o duplo grau de jurisdição, entre outros.

Esse panorama constitucional ensejou a adequação dos diversos ramos do Direito à Ordem vigente, a fim de estudar a recepção e traçar a releitura das normas infraconstitucionais. O processo sofreu severas modificações, foi enriquecido com as principais conquistas da humanidade, especialmente o penal. As instituições do processo penal brasileiro, em sua maioria codificadas em 1941, recebem uma nova roupagem à luz da inovadora hermenêutica constitucional.

Isso também ensejou o início de uma nova fase da Ciência do Direito Processual Penal, em âmbito mundial, que passou a pautar os estudos nos direitos fundamentais estabelecidos nas Constituições Democráticas, como a da República brasileira de 1988. Pouco a pouco os trabalhos científicos começaram a abordar os institutos, regramentos e princípios do processo penal com enfoque constitucional. Os Tribunais passaram a aplicar e a interpretar as normas constitucionais e processuais penais infraconstitucionais como meios de tutela do acusado, mas não culpado, contra o forte poder estatal, que pode, eventualmente, ser arbitrário. Esse novo prisma implica a denominar essa Ciência do Direito como “Direito Processual Penal Constitucional”.

As inúmeras peculiaridades dos objetos de estudo do Direito Processual Penal desafiam a elaboração de uma nova teoria, em sentido diametralmente oposto da teoria geral do processo, uma vez que a generalidade não se coaduna com as especificidades desses objetos.

Assim, desperta nos cientistas do Direito o sentimento de elaborar a específica “teoria do Direito Processual Penal”, que oferta valiosas contribuições no sentido de propor um estudo altamente especializado acerca da sua natureza jurídica, das implicações advindas de sua previsão legal no ordenamento jurídico de uma Nação e, fundamentalmente, das novas posturas que devem ser levadas a cabo para que os direitos fundamentais sejam inseridos nesta área de concentração do Direito em que se tem o indivíduo como acusado criminalmente, mas que não pode ser punido, ainda que os fatos sejam incontroversos, sem o devido processo legal e sem a prolação de decisão condenatória irrecorrível.

O principal ponto de divergência entre as teorias geral do Processo e do Direito Processual Penal diz respeito à existência de lide no processo penal. Para a primeira, que se baseia em estudos de índole eminentemente processuais civis, há pretensão resistida por parte do acusado criminalmente, o que leva a concluir pela instalação de um conflito de interesses (lide) entre o Estado (direito de punir) e o acusado (direito de liberdade) que resiste à pretensão estatal.

A teoria do Direito Processual Penal, por outro lado, combate à utilização de institutos do processo civil no processo penal e demonstra a não adequação do conceito de pretensão resistida no âmbito processual penal, pois quando o acusado resolve confessar a prática da infração penal, mesmo assim, o Poder Judiciário não lhe pode impor diretamente a sanção penal sem processo, sob pena de violar o direito fundamental que veda a restrição da liberdade sem o devido processo penal. Para essa teoria o conflito não é de interesses, mas de *alta relevância social*, em decorrência da indisponibilidade do direito de liberdade.

O estudo específico do sistema processual penal permite a descoberta de soluções para os conflitos normativos existentes no Código de Processo Penal e nas leis especiais, que decorrem da adoção da teoria geral do Processo, que utiliza conceitos típicos do processo civil na legislação processual penal, tanto na elaboração, quanto na interpretação dos dispositivos legais.

Além disso, as constantes reformas pontuais do Código de Processo Penal geram um grave problema sistêmico, ou melhor, pressupõem a negação do próprio sistema, pela falta de coerência lógica. Essas descobertas possibilitam a elaboração de sugestões de modificações, pautadas na teoria do Direito Processual Penal, que visem a harmonizar as incoerências existentes e tornar o sistema eficiente.

O desenvolvimento contínuo da teoria do Direito Processual Penal, além de complementar os estudos anteriores, pode estabelecer as balizas fundamentais para o Poder Legislativo criar um Código de Processo Penal harmônico e eficiente, sem contradições, imperfeições e equívocos decorrentes das peculiaridades do processo civil empregadas no processo penal.

Esta pesquisa tem o desafio de suprir uma aporia da literatura jurídica sobre o aspecto que funda a teoria do Direito Processual Penal. Para isso, socorre-se dos estudos sobre a teoria dos sistemas estendidos ao Direito. Esses estudos esclarecem teoricamente a dinâmica das normas e do ordenamento jurídico no mundo fático. Um desdobramento dessa teoria torna indispensável a constatação da existência de subsistemas decorrentes do grande sistema jurídico, no qual um deles é o sistema processual penal.

A presente linha de pesquisa é de grande valia por contribuir para identificar as características e fundamentos dos posicionamentos da ciência, elaborando uma constatação esclarecedora dos objetivos, discutindo as hipóteses concebidas inicialmente ante ao nítido descortinamento das variáveis trazidas pela temática.

A presente proposta temática para a tese, tem como característica inédita, a imersão numa profunda investigação científica que parte do estabelecimento de critérios científicos, especialmente das teorias da norma, do ordenamento e do sistema jurídico, para alcançar determinados institutos processuais penais.

Desponta como problema na proposta de pesquisa ora formulada o questionamento sobre a existência de uma teoria específica do Direito Processual Penal, independente da teoria geral do Processo (civil) e se esta teoria, pautada em conceitos eminentemente civis, constitui meio eficiente de traçar os aspectos fundamentais do Direito Processual Penal?

A principal sustentação ao problema apresentado é a constatação da necessidade e da existência de uma teoria do Direito Processual Penal, no sentido de adequar o tratamento ofertado aos princípios, regramentos e institutos próprios da Ciência Jurídica que a embasa. Outras sustentações que complementam o principal eixo da vertente pesquisa dizem respeito à consideração da existência de subsistemas jurídicos, decorrentes do grande sistema constitucional, que ensejam a especialidade do ramo do Direito objeto de estudo. Além dos parâmetros em que deve operar o supraprincípio da dignidade

da pessoa humana, no sentido ético e jurídico, para delinear as balizas que conformam o instituto do devido processo legal.

Ainda complementa a hipótese principal a verificação dos patamares jurídicos em que deve ser assentada a garantia do estado de inocência que apresenta no trânsito em julgado da sentença penal condenatória sua derradeira instância.

Algumas variáveis, no entanto, podem interferir ou afetar o objeto da pesquisa aqui proposta. Detectam-se, a princípio, duas delas. A primeira se baseia na sustentação de que o Direito Processual Penal deve ser regido por uma teoria própria, a fim de conferir eficiência na interpretação e na feita dos dispositivos legais específicos. A segunda situa-se na verificação de que a teoria geral do Processo traça, satisfatoriamente, os principais institutos do Direito Processual Civil e Penal, principalmente quando da análise dos aspectos da ação, jurisdição e processo. As variáveis supramencionadas podem ser refutáveis ou não, e as fundamentações para tanto são apresentadas ao longo do desenvolvimento da presente pesquisa.

Essa tese tem como objetivo geral analisar as implicações da aplicação da teoria geral do Processo (civil) no estudo do processo penal e se existe uma teoria do Direito Processual Penal. Pretende ainda, contextualizar a evolução da Dogmática Processual Penal, situando as fases científicas, os principais estudiosos e suas respectivas teses ou pensamentos. Visa a identificar o marco inicial e apontar os fundamentos da teoria geral do Processo e da teoria do Direito Processual Penal, bem como, os elementos que indicam o caráter científico do Direito e do Direito Processual Penal.

O estudo pretende também contextualizar as teorias da norma e do ordenamento jurídico, especificando o que vem a ser um sistema jurídico para identificar e delimitar o sistema processual penal.

A contextualização dos modelos políticos e ideológicos que circundam o sistema processual penal e as consequências da adoção de um deles permitem a identificação do modelo adotado pelo sistema processual penal brasileiro, como inquisitivo, acusatório puro ou misto. A análise profunda, específica e a definição dos institutos próprios da ciência Processual Penal conduz à identificação das imperfeições do sistema, especialmente do brasileiro.

A fim de explicitar a operacionalidade do sistema conceptual convém esclarecer sobre o uso constante no desenvolvimento do trabalho dos termos “dispositivo”, “norma”, “princípio”, “supraprincípio” e “regra” ou “regramento”. Cada um tem o seu significado próprio e adequado, conforme a pesquisa desenvolvida nos capítulos IV e V.

A técnica de pesquisa é a documentação indireta, que abrange a pesquisa documental e bibliográfica. Esta permite o resgate factual e teórico das peculiaridades do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional, através do confronto entre as correntes doutrinárias que formam os pilares centrais de sustentação das teses defendidas, cujo objetivo se volta para os aspectos científicos dessas fontes.

Os métodos de procedimento utilizados são o histórico; comparativo da dogmática jurídico-nacional com a ciência jurídica de outras Nações; monográfico e; estático.

O eixo fundamental da pesquisa está no método empírico-dialético, como arte de solucionar o problema, pautada na realidade (experiência jurídica) e no conhecimento do Direito em dado momento histórico. Esse método possibilita a formação de enunciados descritivos, através da formação de pensamentos ordenados em teses e antíteses, o que possibilita o descobrimento de novos elementos que auxiliam na confirmação ou no afastamento das hipóteses levantadas no desenvolvimento do trabalho. Em complementação, adota-se o método técnico-jurídico, mediante as concepções valorativas e sociais, para compreender o sentido dos enunciados normativos voltados ao Direito Processual Penal brasileiro.

TEORIA DO PROCESSO PENAL

TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

SUMÁRIO: 1.1 A colocação do problema: teoria geral do Processo versus teoria do Direito Processual Penal – 1.2 As concepções da teoria do processo na doutrina e no Direito comparado: 1.2.1 Doutrina e Direito italiano: 1.2.1.1 Vincenzo Manzini; 1.2.1.2 Giovanni Leone; 1.2.1.3 Francesco Carnelutti; 1.2.1.4 Paolo Tonini; 1.2.1.5 O Direito Italiano; 1.2.2 Doutrina e Direito alemão: 1.2.2.1 James Goldschmidt e a teoria da situação jurídica no processo penal; 1.2.2.2 A vinculação do Direito Processual Penal ao Direito Constitucional na visão de Klaus Tiedemann; 1.2.2.3 A relevância da Teoria do Direito Processual Penal segundo Claus Roxin; 1.2.2.4 Direito Alemão; 1.2.3 A dogmática constitucional do Direito Processual Penal português: 1.2.3.1 Jorge de Figueiredo Dias; 1.2.3.2 As esferas do direito constitucional processual delineadas por José Joaquim Gomes Canotilho; 1.2.3.3 A ilusão do processo penal democrático como meio de dominação segundo Rui Pinheiro e Artur Maurício; 1.2.3.4 O Direito Processual Penal Português de raízes constitucionais; 1.2.4 A doutrina e o Ordenamento processual penal espanhol: 1.2.4.1 A teoria unificadora de Pedro Aragoneses Alonso; 1.2.4.2 Ordenamento processual penal espanhol - 1.3 A discussão brasileira sobre a existência de uma Teoria Geral do Processo: 1.3.1 Teoria geral do processo: 1.3.1.1 Vicente de Paula Vicente de Azevedo; 1.3.1.2 José Frederico Marques; 1.3.1.3 Hermínio Alberto Marques Porto; 1.3.1.4 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco; 1.3.1.5 Afrânio Silva Jardim; 1.3.1.6 Fernando da Costa Tourinho Filho; 1.3.1.7 As posições intermediárias de Julio Fabbrini Mirabete e Vicente Greco Filho; 1.3.2 Delineamentos de uma teoria do Direito Processual Penal: 1.3.2.1 Joaquim Canuto Mendes de Almeida; 1.3.2.2 Sérgio Marcos de Moraes Pitombo; 1.3.2.3 Rogério Lauria Tucci; 1.3.2.4 Novos adeptos da teoria do Direito Processual Penal: Paulo Rangel e Walter Nunes da Silva Júnior - 1.4 Considerações sobre a visão do conjunto de regras e princípios do processo penal.

Neste capítulo pretende-se apresentar a problemática a ser enfrentada nessa pesquisa, a fim de analisar as implicâncias da aplicação da teoria geral do Processo (Civil) no Processo Penal e se existe uma teoria do Direito Processual Penal.

O questionamento central da presente pesquisa se refere a (in)existência de uma teoria específica do Direito Processual Penal, independente da teoria geral do Processo (civil) e se esta teoria, pautada em conceitos eminentemente civis, constitui meio eficiente de traçar os aspectos fundamentais do Direito Processual Penal?

James Goldschmidt considera um problema entorno do fenômeno do processo penal a questão de explicar o dualismo e o paralelismo do processo penal e civil.¹

A análise da doutrina comparada, como da Ciência pátria, implica a constatação da divergência sobre a concepção do Direito Processual Penal como ciência autônoma do Direito Processual Civil. Desponta entre os cientistas do Direito, atualmente, como instrumento principal para solucionar o problema posto o tecnicismo jurídico.

2 **A** **q** **d** **b** **d**
ph

pa **te** **o** **D** **b**

D **b**

D **b**

A principal fonte científica sobre o problema da unidade do Direito Processual deriva, seguramente, da rica Escola italiana de processualistas.

Diana e Rende propuserem, respectivamente, *a unidade do processo e da doutrina processual* (1914) e *a unidade fundamental do processo civil e do processo penal* (1921).

¹ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 17, v. II.

Opõem-se a ambos, Vincenzo Manzini e Giovanni Leone, no sentido de conferir independência e autonomia ao Direito Processual Penal.

A discussão se acirra com os estudos de Francesco Carnelutti, inicialmente civilista que, posteriormente, passou a lecionar sobre o Direito Penal substantivo e instrumental. Com isso, considera o processo penal a cinderela do processo civil em decorrência dos poucos estudos dedicados ao Direito Processual Penal. Atribui quase nenhum mérito na evolução do processo aos pesquisadores desta disciplina. Por isso, primeiro propõe uma teoria geral do processo de bases processuais civis. Com o amadurecimento científico, passa a sustentar a construção dessa teoria com o auxílio dos estudos de Direito Processual Civil e de Direito Processual Penal.

Como Francesco Carnelutti assumiu a causa da teoria geral do processo, a sistematizou, identificou seus elementos e os pôs em movimento, bem como a difundiu a outros continentes.

Essa doutrina repercutiu demasiadamente no Brasil, dando ensejo a criação de uma “nova disciplina de Teoria Geral do Processo”, com a “unificação, em uma só disciplina, dos estudos de Direito Processual Civil e penal”, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo na década de 70.

21

Vincenzo Manzini segue a tradição da escola italiana em estruturar o Direito Processual Penal como ciência autônoma do Direito Processual Civil.²

² Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931. v. I, p.70.

Explica que “o processo penal se diferencia do processo civil principalmente por seu objeto”.³

O objeto do processo penal, segundo o autor, está na pretensão punitiva do Estado decorrente de um fato previsto na norma penal como crime. Geralmente o processo civil tem a “pretensão a uma prestação de direito privado.”⁴

Observa que existe uma perfeita paridade de tratamento das partes no processo civil, onde os representantes dos interesses privados têm vastos poderes de disposição dos conteúdos material e formal do processo. Em sentido diverso, o conceito de parte no processo penal tem significado especial e impróprio. O interesse será sempre público no processo penal e a pretensão punitiva é sempre indisponível. Prevalece no processo penal a oralidade na discussão, ao contrário do processo civil.⁵

Observa ainda, que o juiz penal tem uma liberdade de convencimento e uma iniciativa instrutória que não se estendem ao juiz civil. O ofício deste é de examinar os elementos do fato trazidos pelas partes e decidir se esses elementos foram provados ou não. A confissão da parte civil é suficiente para se determinar a verdade do fato. Além disso, a prova documental aflora como principal meio de demonstrar a verdade no processo civil.⁶

Assim, conclui Vincenzo Manzini que “tudo se contrapõe nitidamente aos princípios do Direito Processual Penal”.⁷

O autor situa o Direito Processual Penal, igualmente ao Direito Processual Civil com parte do direito público interno. É formado para a tutela do interesse social, coletivo, para analisar a violação da ordem legal geral e assegurar a sua

³ Tradução livre do autor. Original: “Il processo penale si differenzia dal processo civile principalmente per il suo oggetto.”

⁴ Tradução livre do autor. Original: “del proceso civili è generalmente la pretesa ad una prestazione di diritto privato.”

⁵ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., p.70.

⁶ Idem, ibidem, p.71.

⁷ Ibidem, p.70. Tradução livre do autor. “Tutto ciò si contrappone nettamente ai principi del diritto processuale penale.”

reintegração. Já no Direito Processual Civil tem há a faculdade de decidir sobre um ilícito eminentemente privado. O caráter de direito público não confere faculdade, a não ser, para verificar se houve violação ou não da norma penal mediante ação.⁸

O autor não nega a relação entre ambas as disciplinas, ao afirmar que o Direito Processual Penal “por manter-se essencialmente distinto do Direito Processual Civil, entra com este em relação de reciprocidade, por tudo que se vê de comum entre os dois na atividade jurisdicional.”⁹

Visualiza uma regra comum entre as duas ordens processuais: a intervenção no processo penal da parte civil e do civilmente responsável, o que impõe a observância das normas processuais civis no que for compatível. Além disso, ressalta a influência recíproca na ação e no julgamento penal e civil sobre as matérias de falso testemunho civil, falsidade documental no processo civil e o seqüestro para garantir interesses civis.¹⁰

Vincenzo Manzini, em nota de rodapé expõe seu posicionamento e diverge de Rende e de Diana sobre a unidade processual em decorrência do princípio da tutela de interesses dos vários ramos do direito substancial. Com isso, afasta essa tendência ao afirmar o seguinte:

a unidade fundamental do processo civil e penal se reduz a unidade do princípio relativo à intervenção da garantia jurisdicional; mas deste modo a função pública se pode reconduzir a unidade essencial, porque tudo provem o exercício da soberania, que é sempre única.¹¹

Além disso, demonstra incoerência no pensamento de Rende, no qual afirma que a diferença entre o processo civil e o processo penal não depende de outros elementos formais do processo (poderes de disposição), mas só em relação ao direito subjetivo. Assim Vincenzo Manzini sustenta a diferença

⁸ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*. cit., p.79-80.

⁹ Tradução livre do autor. Original: “por mantenendosi essenzialmente distinto dal diritto processuale civile, entra com questo in rapporti di ricambio, per tutto cio che v'è di comune tra le due attività giurisdizionali.”

¹⁰ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., p.80-81.

¹¹ Idem, ibidem, p.81.

fundamental entre o processo penal e o civil reside no objeto de cada um, o que determina a existência de outros elementos formais dos dois processos.¹²



Giovanni Leone desenvolve seus estudos pautados exclusivamente numa teoria do próprio Direito Processual Penal. Parte do pressuposto de que a sanção penal não pode ser aplicada por vontade do réu, mas somente por decisão judicial. Nisto reside a instrumentalidade do Direito Processual Penal como característica que o difere do Direito Processual Civil.¹³

Didaticamente, o autor delinea um quadro contencioso das situações conectadas a norma penal subjetiva e processual: direito subjetivo do Estado para observar os preceitos penais que decorrem das normas penais substantivas; direito subjetivo de punir que nasce do crime, onde tem titularidade o Estado-Administração, em contraposição a isso está o direito de liberdade do indivíduo expresso no mandamento de se submeter a aplicação da pena somente nos casos e nos limites previstos na legislação penal; direito de ação penal, do qual é titular o Ministério Público, expresso na decisão se a notícia do crime se relaciona ao imputado para promover a ação; relação processual penal expressa no relacionamento jurídico instaurado com a notícia do crime perante as autoridades administrativas – Polícia Judiciária ou Ministério Público; objeto genérico do processo penal como conflito entre o direito subjetivo estatal de punir e o direito de liberdade do cidadão; objeto específico do processo penal que é formado pelo conflito entre o direito subjetivo de punir estatal e o direito de liberdade do indivíduo em relação a uma determinada imputação, por isso, o objeto específico é a imputação; jurisdição penal como poder de resolver, por meio de decisão motivada, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do

¹² Ibidem.

¹³ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972, p. 183.

indivíduo, mediante ação penal e nos limites da norma penal; processo (procedimento) penal como o conjunto de atos onde se desenvolve a relação processual que se exaure na coisa julgada; processo penal como complexo de atos direcionados a decisão judicial sobre a notícia do crime.¹⁴

Em seguida, Giovanni Leone define o Direito Processual Penal como o

complexo de normas de direito: a) para avaliar a *notitia criminis* (avaliação se o crime implica na pena); b) avaliação da periculosidade social para aplicação de medida de segurança; c) avaliação de responsabilidade civil conexas ao crime e implicação da conseqüente sanção; d) assegurar os provimentos.¹⁵

Explica que essa definição permite delinear a quadripartição da matéria da seguinte forma: processo penal jurisdicional – trata de todos os institutos relacionados a avaliação do crime e a determinação da responsabilidade penal; processo de segurança e de prevenção penal – se relaciona aos institutos voltados a periculosidade e aplicação de medida de segurança como processo jurisdicional; processo civil jurisdicional inserido no processo penal – trata de todos os institutos relacionados a ação civil decorrente do crime; execução o provimento – trata de todos os institutos relacionados a execução penal e civil em decorrência do provimento do juiz penal.¹⁶

Por isso, Giovanni Leone afirma que o estudo do Direito Processual Penal como indicado “constitui a ciência do Direito Processual Penal, na qual, em paridade com outras disciplinas jurídicas, obedece ao método rigorosamente jurídico.”¹⁷

¹⁴ Idem, ibidem, p. 183-184.

¹⁵ Ibidem, p. 186. Tradução livre do autor. Original: “Diritto processuale penale, pertanto, è il complesso delle norme dirette: a) all'accertamento della pena; b) all'accertamento della pericolosità sociale ed all'applicazione di misure di sicurezza; c) all'accertamento delle responsabilità civili connesse al reato ed all'inflizione delle conseguenti sanzioni; d) all'esecuzione dei provvedimenti.”

¹⁶ Idem, ibidem, p. 186-187.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 187. Tradução livre do autor. Original: “Lo studio del diritto processuale penale, di quell'insieme cioè di norme innanzi indicate, costituisce la scienza del diritto processuale penale, la quale, alla pari di ogni altra disciplina giuridica obbedisce ad un metodo rigorosamente giuridico.”



O estudo de Francesco Carnelutti, como o principal percussor da teoria geral do Processo, impõe observações sobre a ordem cronológica das fontes consultadas.

Em 1938, Francesco Carnelutti distingue a jurisdição civil da penal com base na diversidade dos efeitos de cada uma. Pouco importa os elementos objetivos e subjetivos do fato, ou seja, se foi praticado com dolo ou culpa. O critério de distinção se pauta na responsabilidade a ser declarada, isto é, civil ou penal. “Tanto o juiz civil como o juiz penal podem e devem julgar acerca da existência de tais fatos; precisamente um julga para a declaração de certeza do primeiro tipo de responsabilidade, e o outro para o do segundo”, esta é a diferença. Ressalva que o juiz penal pode estar investido para julgar a responsabilidade civil, mas o juiz civil está privado da jurisdição penal quando o processo penal não existe.¹⁸

No ano de 1946 destacam-se duas publicações de Francesco Carnelutti. Em *Lições sobre o processo penal*¹⁹ traça um estudo específico sobre o processo penal atrelado ao direito material. Paralelamente, apresenta estudo sobre a *Cinderela*²⁰ do Direito, onde indica a inferioridade da ciência e da teoria do Direito Processual Penal em comparação com a Processual Civil.

Carnelutti desenha uma parábola para posicionar o Direito Processual Penal. Relembra a história da Cinderela, onde três irmãs tinham em comum um de seus genitores. Chamavam-se Ciência do Direito Penal, do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. O Direito Processual Penal em comparação

¹⁸ Francesco Carnelutti, Declaracion de certeza de los efectos civiles del delito extinguido. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. Este estudo foi publicado originariamente na *Revista di diritto processuale*, 1938, I.

¹⁹ Francesco Carnelutti, *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. t. I.

²⁰ Este estudo foi publicado originariamente na *Revista di diritto processuale*, 1946, I. Fonte utilizada: Francesco Carnelutti, La cenicienta. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

com as outras viveu uma infância e uma adolescência pobre e infeliz. Considera tanto o Direito Penal como o Direito Processual Civil ciências mais belas e prósperas.²¹

Explica o autor que durante muito tempo o Direito Processual Penal dividiu a mesma habitação com o Direito Penal. Mas considera que o estudo do Direito Penal, por sua amplitude, não se adéqua a estrutura disciplinar única de ensino. Com o passar do tempo, o ensino de ambas as disciplinas, se separou.²²

Destaca Carnelutti que o Direito Processual Civil se encontra em uma posição mais vantajosa que o Direito Processual Penal, pois em comparação com a relação daquela com o Direito Civil obteve o reconhecimento de sua exata paridade com o direito material e afirmou a sua dignidade científica. Reconhece o mérito dos dogmáticos alemães e franceses, e dos italianos como Massari, Manzini, Vannini, Sabatini, De Marsico, Grispigni, que desenvolveram uma dogmática processual penal mais “por imitação do Direito Processual Civil do que por uma enérgica afirmação de paridade.”²³

Considera inegável que se situam em posições diferentes o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil. Afirma ter a impressão “de que o cultivador do processo penal seja conduzido pela mão do outro.”²⁴ Afirma que o Direito Processual Penal, para progredir, recorre a noventa por cento de adaptações dos conceitos construídos pela ciência do Processo Civil para explicar os fenômenos processuais penais.²⁵ Com isso, conclui o seguinte: “em uma palavra, a teoria do processo penal se encontra, todavia, em uma fase de franca dependência da teoria do Processo Civil: de onde se trata de superar o empirismo, servem, quase exclusivamente, dos esquemas importados.”²⁶

²¹ Francesco Carnelutti, *La cenicienta*, cit., p. 15.

²² *Idem*, *ibidem*, p. 15 e 16.

²³ *Ibidem*, p. 17. Tradução Livre do autor. No original: “más por imitación del derecho procesal civil que por una enérgica afirmación de paridad.”

²⁴ Tradução Livre do autor. No original: “(...) a la impresión de que el cultivador del proceso penal sea conducido de la mano por el otro.”

²⁵ Francesco Carnelutti, *La cenicienta*, cit., p. 17.

²⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 18.

Considera as elaborações próprias do Processo Penal irrelevantes, e, menor ainda uma exportação para o campo processual civil. Por isso, regressa na parábola para concluir que “à Cinderela, justamente, se contentava com os vestidos desprezados por suas más e ricas irmãs.”²⁷

Carnelutti considera que é preciso reagir contra essa situação infeliz. No fundo o processo penal situa-se no mesmo ambiente do processo civil. Aquele aparenta ser turbulento. Este denota nobreza que é mais agradável. Considera que noventa por cento dos casos civis se relacionam a processos sobre posses, tratam da propriedade. O processo penal dispõe sobre a liberdade. Este é o primeiro conceito que a ciência processual penal deve esclarecer. A considera como a principal questão do processo penal, inversamente ao pensamento comum que considera que se pede ao juiz penal, como ao juiz civil algo imprescindível que falta. Com isso, considera muito mais grave o erro sobre a liberdade do que sobre a propriedade. Isso deu ensejo a distinções profundas entre os processos civil e penal e não entre os direitos, onde o civil discute sobre o possuir e o penal sobre o ser. Observa que não é surpresa para ninguém que a Ciência do Direito Processual Penal lhe reservou a mesma sorte da Cinderela.²⁸

Francesco Carnelutti admite que já cometeu o equívoco de sustentar um orgulho de civilista ao afirmar que o Direito civil é a verdadeira ciência do Direito. Com o tempo, abriu os olhos ao estudar cientificamente o Direito penal. Constatou que não existe transferência de conceitos civilísticos ao Direito Penal, muito menos uma troca entre ambos, “senão uma contribuição de um e de outro a um plano verdadeiramente superior.”²⁹

Carnelutti coloca esse caminho como o mesmo para que a ciência do processo e especialmente a ciência do processo penal utilizem para evoluir. Recorre ao conto de fadas para comparar, mais uma vez, o Direito Processual

²⁷ Ibidem. Tradução livre do autor. Original: “La cenicienta, justamente, se contentaba con los vestidos desechados por sus más afortunadas hermanas.”

²⁸ Francesco Carnelutti, *La cenicienta*, cit., p. 19.

²⁹ Idem, *ibidem*, p.19-20. Tradução livre do autor. Original: “no hay ya una transferencia de conceptos civilísticos al campo penal, ni siquiera un intercambio entre uno y otro campo, sino una aportación del uno y del otro a un plano verdaderamente superior.”

Penal com a Cinderela como “uma boa irmã na qual não passa por sua imaginação elevar-se de seu lugar para que suas irmãs ocupem seu posto”.³⁰

Ressalta Francesco Carnelutti que não se trata de “uma pretensão de superioridade que ela oponha a suas ciências contiguas, senão, unicamente, uma afirmação de paridade.”³¹

Assim, nesse estudo Carnelutti conclui que deve existir uma relação entre as ciências processual penal e processual civil. As dúvidas daquela devem ser sanadas com acréscimos desta. A teoria geral do Processo não prescinde das contribuições da Teoria Processual Penal. Por outro lado, admite que para este fim a preparação civilística é preciosa, pois facilita a compreensão do que venha ser o processo penal, uma vez que permite compreender o que não é.³²

Em trabalho apresentado na *Revista de Derecho Procesal* da Argentina, em castelhano, no ano de 1948, tratou específica e diretamente da denominada *teoria geral do Processo*. O autor se diz impressionado com o título da referida Revista, pois “não se encontra nenhum limite ao estudo do direito processual”. Uma investigação aberta como esta, voltada às “todas formas de processo não pode ser mais que uma teoria processual geral, não ao lado, senão bem mais sobre as teorias particulares, complementando-se, assim, harmoniosamente o edifício científico no campo do direito processual”.³³

O autor considera que naquele momento da história do pensamento jurídico as teorias gerais do processo civil, penal e administrativo se fundem na

³⁰ Tradução livre do autor. Original: “La Cenicienta es una buena hermana a la cual no le pasa por la imaginación elevarse de su rincón para que sus hermanas ocupen su puesto.”

³¹ Francesco Carnelutti, *La cenicienta* cit., p. 20. Tradução livre do autor. Original: “no es, por consiguiente, una pretensión de superioridad que ella oponga a sus ciencias contiguas, únicamente una afirmación de paridad.”

³² Francesco Carnelutti, *La cenicienta*, cit., p. 20-21.

³³ Este estudo foi publicado originariamente na *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, 1948, I. Fonte utilizada: Francesco Carnelutti, *Sobre una teoría general del proceso*. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. No original: “El primero de los motivos, que me impresionó, cuando llegó a mis manos, hace poco más de un año, esta magnífica *Revista*, fue su título, donde no se encuentra ningún límite al estudio del derecho procesal. (...) Naturalmente el alcance de una investigación extendida a todas las formas del proceso no puede ser más que una teoría procesal general no al lado sino más bien sobre las teorías particulares, completándose así armoniosamente el edificio científico en el campo del derecho procesal” (*Sobre una teoría general del proceso*, cit., p. 43).

“mais geral teoria do processo³⁴”. Afirma que o processo administrativo deve se unir ao processo civil para se oporem ao processo penal, ou seja, o processo administrativo é considerado como processo civil em relação ao processo penal. A distinção entre processos administrativo e civil perde importância. Desponta como distinção fundamental para o estudo do direito a relacionada ao civil como meio e o penal como fim.³⁵

Francesco Carnelutti, para explicar a dualidade entre os direitos civil e penal, remonta as origens do próprio direito. Considera como pressuposto social deste a guerra. Para combatê-la o direito se forma. Nasce como direito penal como a primeira medida para combater e proibir a guerra, pois “a guerra proibida se chama delito”.³⁶ Evoluindo, a guerra em âmbito social perde o sentido original como aquela entre os povos para ser aquela no seio da sociedade denominada individual, como ocorre com homicídios e demais crimes.³⁷

Ressalta que não basta proibir a guerra para combatê-la. É preciso estabelecer as condições necessárias para que as pessoas possam viver em sociedade sem a guerra, através do direito civil. Por isso, contrato e delito formam os fundamentos do direito. Neste esteio, considera a oposição do próprio direito e do direito processual penal e civil, enquanto atenderem a mesma razão devem orientar os estudos jurídicos, caracterizando o primeiro princípio metodológico para construir uma teoria geral do processo.³⁸

Em busca de atender os fins de ambos os ramos processuais considera importante verificar os aspectos comuns e diversos dos respectivos ramos. O que indica que a construção da teoria geral não encontrará grandes dificuldades. Procura conferir certa unanimidade entre os processualistas para a realização da

³⁴ Tradução livre do autor. Original: “Las teorías generales del proceso civil penal y administrativo, se funden a su vez en la más general teoría del proceso, despojada de todo adjetivo.”

³⁵ Francesco Carnelutti, Sobre una teoría general del proceso. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1961, p. 44.

³⁶ Tradução livre do autor. Original: “la guerra prohibida se llama delito.”

³⁷ Francesco Carnelutti, Sobre una teoría general del proceso, cit., p. 45.

³⁸ Idem, ibidem, p. 45-46.

teoria geral ao estender “os princípios fundamentais do direito processual civil ao direito processual penal.”³⁹

Observa Francesco Carnelutti que a diferença funcional entre os processos, quando for definida em profundidade, possibilitará a visualização de novas diferenças de estrutura, elementos, relações e atos. Para isso, a teoria geral do processo precisa que as ciências do processo civil e do processo penal adquiram o mesmo nível de desenvolvimento. Com isso, admite que a “indiscutível inferioridade da segunda frente a primeira não constitui somente um dano para o processo penal, se não para o civil”, Isso “impede as contribuições que a teoria geral necessita receber não somente de uma, senão de outra parte”.⁴⁰ Encontra como explicação para esta situação na cegueira dos homens que se preocupam mais em ter do que propriamente ser.⁴¹

Neste texto dirigido aos argentinos, Carnelutti reconhece a paridade entre o processo civil e o processo penal, especialmente depois do livro denominado Lições sobre o Processo Penal. Com isso, considera injustificável qualquer pretensão de superioridade da ciência do Direito Processual Civil.⁴²

Sobre os críticos de suas comparações observa que é importante advertir sobre as diferenças, mas não admite a incomparabilidade do civil e do penal, os cientistas do direito processual penal devem resistir contra a falta de variedade civilística e não contra as comparações. O fato de a teoria do processo civil estar mais adiantada do que a do processo penal implica o aproveitamento do trabalho da primeira, em decorrência de uma “comodidade tentadora.”⁴³

Francesco Carnelutti não considera louvável esse fato. Isso constitui um perigo para o Direito Processual Penal, para o Direito Processual Civil e para

³⁹ Ibidem, p. 46. Tradução livre do autor. Original: “la extensión de los principios fundamentales del derecho procesal civil al derecho del proceso penal.”

⁴⁰ Francesco Carnelutti, Sobre una teoría general del proceso cit., p. 48. Tradução livre do autor. Original: “La indiscutible inferioridad de la segunda frente a la primera no constituye solamente un daño para el proceso penal sino para el civil, a su vez, en cuanto impide las contribuciones que la teoría general necesita recibir no solamente de una sino de otra parte.”

⁴¹ Francesco Carnelutti, Sobre una teoría general del proceso cit., p. 47-48.

⁴² Idem, ibidem, p. 49.

⁴³ Ibidem, p. 50.

teoria geral do processo. Nessa linha, destaca que as aplicações ao processo penal dos conceitos de parte, ação, jurisdição e execução, além de outros, da forma como foram delineados pelos processualistas civis prejudicam o desenvolvimento de ambas as ciências. Trata-se de uma “falsificação de teoria geral atribuindo à civilística credenciais de representante dessa teoria, que nem os civilistas, nem os penalistas, tem autoridade para afirmar.”⁴⁴

Neste estudo, Francesco Carnelutti reforça a idéia de lide no processo penal, onde os sujeitos são o culpado e a parte lesionada.⁴⁵

Por fim, conclui aos argentinos que a construção da teoria geral do processo exige a colaboração paritária dos cientistas de ambos os campos, bem como é necessária a renúncia do Direito Processual Civil a qualquer direito primogênito, exigindo dessa ciência a revisão dos próprios dogmas para adaptá-los à teoria geral do processo.⁴⁶

Paralelamente e antecedendo em exíguo tempo, apresentou o estudo denominado *Lições sobre o Processo Penal* onde conceitua o Direito Processual Penal como um setor do direito que designa a realidade quando se refere à parte material. Em relação à processual concebe essa ciência com aquela voltada a “composição de conflitos de interesses mediante a guerra”. O delito é o ponto de partida e a pena é o de chegada do método processual, considera o Direito Processual Penal como espécie do “gênero Direito Processual, dentro do qual particularmente se distingue do Direito Processual Civil.”⁴⁷

Neste mesmo estudo, conceitua o processo penal como “conjunto de atos em que se resolve o castigo do réu. O processo penal é, portanto, uma parte ou uma fase, mais exatamente a segunda parte ou a segunda fase, do que se costuma chamar de fenômeno penal.”⁴⁸

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 50.

⁴⁵ Ibidem, p. 46-47.

⁴⁶ Ibidem, p. 50.

⁴⁷ Ibidem, p. 55-56.

⁴⁸ Ibidem, p. 67.

No ano de 1960, Francesco Carnelutti apresenta um estudo sobre os *Princípios do processo penal*,⁴⁹ muito mais ponderado do que nos anteriores, onde se retrata por se referir ao Direito Processual Penal como Cinderela do Direito (1946). Esclarece que o objetivo era um “incitamento para conduzir o estudo do processo penal ao nível mais alto do estudo do processo civil”.⁵⁰

Nessa obra, Francesco Carnelutti reconhece que “o estudo do processo penal exige uma vocação e força, uma abnegação mais rara do que aquela, que basta ao estudo do processo civil.”⁵¹ Considera como um problema no processo penal a postura dos homens em conflito, que parecem inimigos. Considera que “um cético pode tornar-se um ótimo cultor da ciência do processo civil, mas não do processo penal.”⁵²

Francesco Carnelutti adverte o leitor que nesse momento traça um sistema de princípios e não de normas, a delinear as linhas essenciais do processo. Afirma que não há lugar para as normas neste livro que regula a mescla entre o processo civil e o processo penal, daquele surgem às figuras da parte civil e do responsável civil, e esta mescla ou “contaminação, não responde, certamente repugna, aos princípios do processo penal.”

Ressalta que *em pouco tempo (cerca de um ano) alcançou posições mais avançadas, e aprendeu o valor da profunda diferença entre processo penal e processo civil*, tanto mais quando se trata de processo civil contencioso, todavia, “muitos princípios são comuns a um e a o outro, a leitura desse livro poderá ser útil também a quem vai conhecer o meu mais recente pensamento sobre muitos institutos do processo civil e uniforme da teoria geral do direito.”⁵³

⁴⁹ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 2. Tradução livre do autor. Original: “l’incitamento a portare lo studio del processo penale al livello raggiunto dallo studio del processo civile”.

⁵¹ Tradução livre do autor. Original: “lo Studio del processo penale esige una vocazione e forse una abnegazione più rara di quella, cha basta allo studio del processo civile.”

⁵² *Principi del processo penale*, cit., p. 3. Tradução livre do autor. Original: “Uno scettico può diventare un ottimo cultore della scienza del processo civile, non del processo penale.”

⁵³ *Principi del processo penale*, cit., p. 5-6. Tradução livre do autor. Original: “Del pari non trovano posto in questo libro le norme, che regolano la commistione tra processo penale e processo civile, onde emergono le figure della parte civile e del responsabile civile, proprio perché tale commistione, e meglio sarebbe dire contaminazione, non risponde anzi repugna ai principi del processo penale, come nelle pagine seguenti sarà dimostrato.” “Per questa ragione, poichè, pur

Considera, aparentemente, correto o consenso de que o juiz penal decide igualmente ao juiz civil, quando este afirma a existência ou inexistência de um débito, por conseguinte, as sentenças penais e civis são consideradas gêmeas. Isso porque esta opinião decorre de uma estrutura do processo penal que “não responde à sua função”.⁵⁴

Entretanto, explica o autor, se fosse verdade, a absolvição ou a condenação do imputado pelo juiz penal seria igual a do juiz civil quando absolve ou condena o “sujeito interessado passivo”⁵⁵ da demanda do pagamento de um pretense débito”.⁵⁶

Ocorre que no processo penal o ofendido (*parte lesa*) é admitido como parte para obter a restituição ou o ressarcimento do dano, mas sua atividade se limita a este fim, não pode pedir a punição, vincula-se ao nome de parte civil. Por isso, conclui Francesco Carnelutti que “a demanda de punição não pode ser proposta, senão da outra parte, que se chama ministério público”.⁵⁷

tenuto conto delle profonde differenze tra processo penale e processo civile, tanto più se si tratta tratta di processo civile contenzioso, tuttavia molti principi sono comuni all'uno e all'altro, la lettura de questo libro potrà essere utile anche a chi voglia conoscere il mio più recente pensiero su molti istituti del processo civile e perfino di teoria generale del diritto.”

⁵⁴ *Principi del processo penale*, cit., p. 38-39. Tradução livre do autor. Original: “Vendremo che da questa opinione è derivata al processo penale una struttura, che, per certi riflessi, non rrisponde alla sua funzione”.

⁵⁵ Optou-se por traduzir o termo *convenuto* como *sujeito interessado passivo* por expressar o conceito de parte no processo civil, conforme as precisas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Partes são os sujeitos *interessados* da relação processual, ou *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (Liebman). Dizem-se *interessados* porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. Elas participam dos combates inerentes a este e beneficiar-se-ão com seus efeitos substanciais diretos ou indiretos, ou os suportarão: a tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-se à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida. Nisso elas se diferenciam do juiz, que é estranho ao conflito, paira sobre ele e, nessa condição, é um sujeito *desinteressado*. (...) sem ser parte” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 252-253).

⁵⁶ *Principi del processo penale*, cit., p. 39. Tradução livre do autor. Original: “Se fosse vero che il giudice penale, quando assolve o condanna um imputato di furto, non fa altro se non quello che fa quando assolve o condanna il convenuto dalla domanda di pagamento di um pretense debito (...)”.

⁵⁷ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 39. Tradução livre do autor. Original: “La domanda di punizione no può essere proposta se non da un'altra parte, che si chiama pubblico ministero.”

Ressalta a existência de uma *profunda diferença* entre o *processo penal* e o *processo civil* e, em seguida, apresenta uma *retratação* sobre a *inserção da lide como conteúdo do processo penal*, nos seguintes termos:

Entre aqueles povos, que não tem percebido a profunda diversidade entre o processo civil e o processo penal ou, pelo menos, entre este e o tipo mais famoso do processo civil, que é o processo contencioso, eu mesmo enumerei, na primeira fase de minhas buscas no processo penal. Eu sou certamente o que carregou, do princípio, ao limite extremo a analogia entre o processo penal e o processo civil contencioso quando eu coloquei o argumento contido na lide como conteúdo do processo penal, além daquele do processo civil (...). Provavelmente era necessário que alcançasse esta extremidade a fim de observar o erro, que descobri quando supus, na Universidade de Roma, tarefa e a responsabilidade de ensinar sobre processo penal: o primeiro aceno do processo penal como não contencioso está nas *Lições sobre o processo penal*, cit., I, pag. 120, na qual a primeira edição é de 1946; mas não foi realizado senão muitos anos depois (...).⁵⁸

Francesco Carnelutti considera o Ministério Público como “uma garantia imprescindível para a imparcialidade do juiz”, porque se o juiz fosse o acusador no processo penal, lutaria com o acusado e “comprometeria sua imparcialidade”. Sob o ponto de vista da exigência de buscar e avaliar no processo penal, ressalta o autor, desde o fim do primeiro estudo sobre o processo, especificamente nas páginas de *Lições de Direito Processual Civil* (1931), sobre a necessidade de afastar o juiz da “tarefa de procurar; considero ainda aquelas páginas como fundamentais, sobretudo, para a teoria do processo penal”.⁵⁹

⁵⁸ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 39. Tradução livre do autor. Original: Tra coloro, i quali non hanno avvertito la profonda diversità tra processo civile e processo penale o, almeno, tra questo e il tipo più noto del processo civile, che è il processo contenzioso, debbo essere annoverato io stesso, nella prima fase delle mie ricerche sul processo penale. Io sono anzi quello che ha portato, da principio, all'estremo limite l'analogia tra processo penale e processo civile contenzioso quando ho posto la lite come contenuto del processo penale oltre che del processo civile (...) Probabilmente era necessario che giungessi a questo estremo per accorgermi dell'errore, il quale mi si è scoberto quando ho assunto, all'Università di Roma, il compito e la responsabilità dell'insegnamento del processo penale: il primo accenno al processo penale come processo non contenzioso è nelle *Lezioni sul processo penale*, cit., I, pag. 120, la cui prima é del 1946; ma non fu svolto se non molti anni dopo (*Crisi della giustizia penale*, Riv. Di dir. Proc., 1958, I, pag. 333 e *Diritto e processo*, cit., pag. 60). – Ma vedi da ultimo, in favore della mia vecchia concezione, , Bellavista, *Lezioni di dir. proc. pen.*, Milano, Giuffré, 1959, pag. 83 e seg.”

⁵⁹ *Principi del processo penale*, cit., p. 41. Tradução livre do autor. Original: “Se pertanto, il giudice si trova da solo di fronte all'imputato, finisce per dover lottare con lui, ossia, se non proprio per diventagli un nemico, almeno per compromettere la sua imparzialità. Questa è la ragione, per la quale la funzione punitiva si sdoppia con la distinzione dell'*accusa* dal giudizio. Tale sdoppiamento è una garanzia imprescindibile della imparzialità del giudice: e la imparzialità del giudice è una garanzia imprescindibile della giustizia del giudizio. Fino dai primi studi sul processo io ho notato il contrasto tra le esigenze della ricerca e le esigenze della valutazione affermando la necessità di

Nota-se acima, que o cultor da teoria geral do processo *já reconhecia a existência de uma teoria própria para o processo penal*, embora, inferior.

Retornando ao Ministério Público, Francesco Carnelutti o considera como parte em comparação com o juiz, mas imprópria ou *sui generis*, pois não é interessado, atua por ofício. Trata-se de uma parte artificial, sendo qualificado pelo antigo Código de Processo Penal italiano como parte pública. Tem o ofício de promover a punição do acusado mediante ação para dar início à jurisdição, que se desenvolve em colaboração com o juiz e as demais partes.⁶⁰

Sobre a aparente equivalência entre os binômios das partes adversas no processo penal e no processo civil, admite que “é quase irresistível a tentação de acreditar que a posição recíproca das duas indica que sejam as mesmas.” Isso o fez se retratar por ter considerado o desenvolvimento do processo penal idêntico ao processo civil, “para compor uma lide”. Não resistiram, como explica Francesco Carnelutti, nem “os cultores de nossos estudos”.⁶¹

Em seguida, nega “a existência de lide no processo penal”.⁶² Sobre a consequência desta mudança de direção no estudo do processo penal, Francesco Carnelutti, reconhece o equívoco ao admitir que ele mesmo deve “pagar o débito para a coerência lógica que reconhece ao processo penal uma natureza completamente diversa, não tanto do processo civil quanto daquele tipo de processo civil, no qual figuram autor e interessado passivo”.⁶³

esonerare il giudice, per quanto è possibile, dal compito di ricercare; considero tuttora quelle pagine come fondamentali soprattutto per la teoria del processo penal”.

⁶⁰ *Principi del processo penale*, cit., p. 42.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 43. Tradução livre do autor. Original: “Purtroppo a tale tentazione no hanno resistito neppure i cultori dei nostri studi; da tale impostazione, molti anni fa, io ho tratto la logica conseguenza nel senso che anche il processo penale si faccia, come il processo civile, per comporre una lite. Probabilmente, era necessario che esaurissi, così, lo svolgimento logico del modo di pensare comune affinché mi potessi avvedere dell’errore che vi si annida”.

⁶² Original: “Mi si è risposto negando l’esistenza della lite nel processo”.

⁶³ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 43. Tradução livre do autor. Original: “Dovevo essere io medesimo a pagare, su questo tema, il debito verso la coerenza logica riconoscendo al processo penal una natura del tutto diversa non tanto dal processo civile quanto da quel tipo di processo civile, nel quale figurano l’attore e il convenuto”.

Justifica a antiga opinião no necessário rigor dos primeiros relacionamentos, em busca de obter “um profundo conhecimento” de ambas as áreas.⁶⁴

Francesco Carnelutti aduz que “após as inevitáveis incertezas”, o conceito de lide foi consolidado como “o conflito de interesses entre duas pessoas qualificados pela pretensão de uma e pela resistência de outra”.⁶⁵ Ressalta que no processo penal o único interesse em jogo é o do imputado que tem a necessidade, se for considerado culpado, de receber a retribuição, resolvendo pela punição.

Para Francesco Carnelutti, o imputado tem o mesmo interesse que o doente tem para cura de sua doença. Entende que não há como falar que tem também o interesse em ser liberado quando é culpado. Considera o Ministério Público sem interesse na punição do imputado, pois caso a inocência deste fosse demonstrada, se atribuiria ao Ministério Público “uma desonestidade.”⁶⁶

Assim, o autor firma o posicionamento no sentido de existir, ao invés de lide, uma *controvérsia* estabelecida entre o Ministério Público e o imputado, definida como “um contraste de opiniões entorno de um mesmo interesse, que é o interesse do imputado”.⁶⁷

⁶⁴ *Principi del processo penale*, cit., p. 43. Original: “Ocorreva qualificare con rigore il primo di codesti rapporti per aprire la via di una conoscenza approfondita così del processo civile come del processo penale; quando codesto rapporto fu chiamato *lite* non tanto fu dato un vecchio nome a una vecchia cosa quanto fu definito, finalmente, un concetto, che costituisce una premessa indispensabile per la teoria del processo, anzi per la teoria del diritto; non fa meraviglia, per chi conosce la storia della scienza, che questa verità non sia ancora riconosciuta, ma verrà tempo in cui si chiarirà.”

⁶⁵ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 43-44. Original: “Ormai, comunque, dopo le prime inevitabili incertezze, quel concetto è consolidato: la *lite* è il conflitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell’una e dalla resistenza dell’altra”.

⁶⁶ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 44.

⁶⁷ Idem, *ibidem*. Tradução livre do autor. Original: “Allora il contrasto, che si può ammettere tra pubblico ministero e imputato, risponde al concetto della *controversia*, non della *lite*; insomma, è un contrasto di opinioni intorno a un medesimo interesse, che è l’interesse dell’imputato;”.

As retratações de Francesco Carnelutti com a Ciência Processual Penal não param por aí, sobre a *pretensão penal* do Ministério Público⁶⁸ as faz nos seguintes termos:

Esta primeira observação me induz a corrigir um erro, no qual eu mesmo tenho caído, mesmo depois de ter afirmado o caráter voluntário do processo penal; uma afirmação, da qual em princípio não foi bem-sucedida para extrair as consequências: O erro consiste em ter colocado como conteúdo da demanda do ministério público a pretensão penal (1); O conceito de pretensão tem significado muito variado, tinha sido definido por mim, depois de algumas incertezas, como a *exigência da satisfação de um interesse próprio em confronto com um interesse alheio* (2); como tal, a pretensão é um elemento da lide. Na primeira tentativa de estudo do processo penal, eu adaptei a este conceito, definindo a *pretensão penal* como *exigência de sujeição de alguém a uma pena* (3). Isso foi um erro, por várias razões: em primeiro lugar, porque a exigência se põe a outros que devam satisfazê-la, enquanto, existindo o Ministério Público, mesmo investido no magistério punitivo, não tem motivo, nem possibilidade, para exigir o exercício de algum outro, muito menos do imputado; e segundo lugar porque, admitindo-se, também, que a punição do culpado satisfaz um interesse da sociedade, personificada pelo Estado, tal satisfação não ocorre a cargo do imputado, no qual, ao contrário, enquanto seja culpado, tem interesse solidário com aquele do Estado, em ser punido.⁶⁹

Assim, esclarece que o Ministério Público “não faz valer uma pretensão”, mas expõe um propósito, entendido como um projeto do que se propõe a fazer (punir o infrator mediante o processo), para que o juiz lhe autorize.⁷⁰

⁶⁸ Esse episódio é ignorado pela literatura majoritária. No Brasil, Rogério Lauria Tucci notou essa evolução do pensamento de Francesco Carnelutti no seguinte artigo: Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do advogado*, Associação dos advogados de São Paulo, n. 61, Nov/2000, p. 92-93.

⁶⁹ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 93. Tradução livre do autor. Original: “Questa prima osservazione mi induce a correggere un errore, nel quale io stesso sono caduto, pur dopo avere affermato il carattere volontario del processo penale; una affermazione, dalla quale in principio non sono riuscito a trarre le conseguenze: l’errore consiste nell’aver posto come contenuto della domanda del pubblico ministero la pretesa penale (1). Il concetto di pretesa, assai variamente inteso, era stato da me definito, dopo alcune incertezze, quale *esigenza della soddisfazione di un proprio interesse in confronto con un interesse altrui* (2); come tale, la pretesa è un elemento della lite. Nel primo tentativo di studio del processo penale, ho adattato a questo tale concetto, definendo la *pretesa penale* come *esigenza dell’assoggettamento do alcuno alla pena* (3). E’ stato uno sbaglio, per parecchie ragioni: prima di tutto perché l’esigenza si pone rispetto ad altri che la debba soddisfare mentre; essendo il pubblico ministero stesso investito del magistero punitivo, non ha motivo né possibilità di esigerne l’esercizio da alcun altro e tanto meno dall’imputato; in secondo luogo perché, ammesso pure che la punizione del colpevole soddisfi un interesse della società, impersonata pello Stato, tale soddisfazione non avviene a carico dell’imputato, il quale, al contrario, in quanto sia colpevole, ha un interesse, solidade con quello dello Stato, a essere punito.”

⁷⁰ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 93. Tradução livre do autor. Original: “(...) com la domanda il pubblico ministero non fare valere una pretesa, mas spiega il proposito e

Sobre a estrutura do processo penal, em decorrência do contraditório, aduz Francesco Carnelutti que se tem entendido que é similar ao do processo civil, em decorrência da relação entre os sujeitos principais do processo, tanto que isso ensejou a erro até os próprios estudiosos sobre a natureza do processo penal. Admite a dificuldade em se libertar dos enganos em transferir os conceitos da doutrina do processo civil ao processo penal. Com isso, justifica esta constatação nos seguintes termos:

porque, como foi dito, o processo penal é colocado em uma região mais alta que o processo civil, o seu conhecimento, empírico e científico, tem encontrado e encontra maiores dificuldades que aquele do processo civil; isto vem acontecendo porque a ciência processual civil teve a continuação a ter uma função de guia a respeito da ciência do processo penal.⁷¹

A leitura dos estudos de Direito Processual Penal de Francesco Carnelutti, como demonstrado, exige atenção para a evolução do pensamento, através do conjunto produzido e, principalmente, da última fase do pensamento carneluttiano expresso na obra *Princípios do processo penal*,⁷² onde faz ajustes relevantes acerca de *contenciosidade*, *lide* e *pretensão*. Isto, quiçá, tenha passado despercebido na proposta de uma teoria geral do processo englobando o processo penal.

meglio ancora il *progetto* di un *afflare* (di qualcosa che si propone di fare; supra, n. 39) affinché il giudice ve lo possa autorizzare”.

⁷¹ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 48. Tradução livre do autor. Original: “Proprio perché, come fu detto, il processo penale è collocato in una regione più alta che il processo civile (supra, n.8), la sua conoscenza, empirica e scientifica, ha incontrato ed incontra maggiori difficoltà che quella del processo civile; è avvenuto perciò che la scienza processuale civile abbia avuto e continui ad avere una fusione di guida rispetto alla scienza del processo penale.”

⁷² Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit.

210

Paolo Tonini, como doutrinador italiano contemporâneo, desenvolve o estudo a partir da edição do Código de Processo Penal italiano promulgado em 24 de outubro de 1988 e que entrou em vigor um ano depois, onde trouxe como principal inovação a passagem do sistema misto ao acusatório.⁷³ Apresenta estudo independente do Direito Processual Civil, aproximando o Direito Processual Penal ao sistema constitucional italiano.

O autor conceitua o Direito Processual Penal como o “complexo de normas legais que disciplinam a atividade direta de atuação do Direito Penal ao caso concreto.” Essa definição implica o reconhecimento da função instrumental do Direito Processual Penal, o que não deprecia essa disciplina.⁷⁴

Considera que a lei processual penal tem dupla finalidade. Regula a atividade das partes e do juiz; predispõe instrumentos lógicos para o juiz, com a contribuição dialética das partes, decidir sobre o fato considerado criminoso.⁷⁵

Paolo Tonini reconhece, com fundamento constitucional, diversos princípios relacionados ao processo em geral expressos no justo processo, em decorrência do direito da pessoa humana. E o principal princípio em decorrência disso é o do contraditório, que exige audiência alternativa das partes.⁷⁶

Todavia, identifica princípios inerentes ao processo penal expressos nos direitos do acusado, de tomar ciência da acusação, de dispor de um tempo necessário para preparar a defesa, de ser assistido por advogado, de contar com intérprete quando não falar a língua local; o princípio do contraditório em sentido forte, efetivo em âmbito processual penal.⁷⁷

⁷³ Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*. 7.ed. Milano: AG, 2006.

⁷⁴ Idem, *Ibidem*, p. 1-2.

⁷⁵ *Ibidem*, p.2.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 41-43.

⁷⁷ *Ibidem*, p.44-47.

O autor constata, pela evolução histórica, a aproximação do processo penal ao constitucional, diante da extensão dos regramentos constitucionais à persecução penal. Destaca como a principal conquista a consideração do acusado como pessoa.

D Dbb

O Direito italiano adotou a separação dos Códigos para tratar do processo civil e do processo penal. Este é regulamentado pelo *Código de Processo Penal* – DPR 447, de 22 de setembro de 1988, no qual é dividido em duas partes.

A primeira trata dos *sujeitos* que participam da persecução penal (artigos 1-108); dos *atos processuais* (artigos 109-186); das *provas* (artigos 187-271) e; das *medidas cautelares* (artigos 272-325).

Dispõe o Código de Processo Penal italiano que os *sujeitos que participam da persecução penal* são: juiz penal (consagra a “jurisdição penal”); Ministério Público; Polícia Judiciária; imputado; parte civil, responsável civil e civilmente obrigado pela pena pecuniária; pessoa ofendida pelo crime e; defensor.

Os *atos processuais* recebem uma regulamentação preliminar e são dispostos como atos e provimentos judiciais; documentação dos atos; tradução dos atos; notificações; termos e; nulidades.

O Código de Processo Penal italiano adota uma estrutura similar ao brasileiro sobre a *prova*, especialmente sobre os meios de prova. Porém, delineia os meios de pesquisa para obter a prova de forma mais atual, como a interceptação telefônica.

Ao final da primeira parte, o Código de Processo Penal italiano traça um sistema de *medidas cautelares* pessoais e reais.

Na *segunda parte* do Código de Processo Penal italiano são disciplinadas as *indagações preliminares* e a *audiência preliminar* (artigos 326-437); os *procedimentos especiais* (artigos 438-464); o *juízo de primeiro grau* (artigos 464-548); os *procedimentos frente ao tribunal em composição monocrática* (artigos 549-567); as *impugnações* (artigos 568-647); a *execução* (artigos 648-695) e; as *relações jurisdicionais com autoridade estrangeira* (artigos 698-746).

Nota-se que o modelo jurídico italiano continua adotando a separação das disposições sobre o processo penal, conferindo tratamento específico para os problemas criminais daquela Nação. Por isso, o estudo desses institutos recebe tratamento especializado na dogmática italiana, o que demonstra que o pensamento de Francesco Carnelutti sobre a unificação do processo praticamente não repercutia na própria pátria.

DtDt

Os estudos de James Goldschmidt marcam o delineamento da teoria geral do processo alemã pela transferência mecanicista dos fundamentos da teoria da processual civil da situação jurídica ao processo penal.

A dogmática contemporânea desenvolveu pesquisa desvincula do Direito Processual Civil, aproximando o Direito Processual Penal ao Direito Constitucional, como Claus Roxin e Klaus Tiedemann. A abordagem de Winfried Hassemer sobre o processo penal será objeto de estudo no Capítulo 4 desta tese.

2016**2016**

Embora considere como tarefa árdua diferenciar o processo penal do civil, James Goldschmidt desenvolve uma ampla e complexa teoria geral do processo.⁷⁸

Para isso, traça as linhas mestras para estabelecer as categorias adequadas da “Ciência do Direito Processual”,⁷⁹ em estudo sistemático denominado “Teoria geral do Direito”. Adota como ponto de partida todos os conceitos construídos no desenvolvimento da teoria da situação jurídica processual.⁸⁰

James Goldschmidt parte da definição clássica de processo penal como o procedimento voltado à declaração do delito e para impor uma pena (objeto), bem como para executar uma sentença, onde constata que descreve apenas os objetos, “porém, não explica sua essência”, o que gera dois problemas. O primeiro se relaciona à suposição de impor a pena por meio de um processo. Para responder, adere ao posicionamento de Francesco Carnelutti que define o delito como um fato que exige aplicação de uma pena mediante um processo. O segundo problema está em explicar tanto o dualismo como o paralelismo, entre o processo penal e o processo civil. Este, na visão do autor, tem o fim de solucionar, por uma decisão, as controvérsias ou dirimir os conflitos de vontades para proteger juridicamente os direitos privados.⁸¹

Ressalta o autor, que processo penal e civil formam uma unidade e depois de diferenciá-los, se encontram sempre juntos, como “duas únicas espécies de um mesmo gênero, como as partes integrantes de uma totalidade”.

⁷⁸ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 17, v. II.

⁷⁹ Tradução livre do autor. Original: “Ciencia del Derecho procesal”.

⁸⁰ A primeira edição foi publicada com o título de *Teoría general del Derecho*. Barcelona: Labor, 1936. A base de consulta desta pesquisa é a segunda edição: *Principios generales del proceso: Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. I.

⁸¹ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. II, p.15-17.

Para solucionar o problema, o autor socorre-se dos ensinamentos de Aristóteles, postos aproximadamente em 340 a.C. Assim parte do pressuposto que a justiça estatal tem a missão de manter o ordenamento jurídico, para cumpri-la utiliza-se a jurisdição civil, como espécie de justiça corretiva.⁸²

Agora quando for necessário avaliar o valor de um direito, a fim de retribuir a cada um em relação ao outro, conforme os méritos, se decide distribuindo prazer ou dor, como explica Aristóteles, a retribuição “é o regulador fundamental da vida social”. A retribuição, assim, tem fins sociais. Não há sociedade em que os atos nocivos são praticados constantemente a fim de produzir sentimentos prazerosos, sem perecer em pouco tempo. Por isso, se faz necessária uma outra justiça denominada distributiva, “que regula os sentimentos de prazer, ou de dor, é decidir por manter os homens conforme seus méritos frente ao direito: esta é a justiça penal.”⁸³

Assim, considera o processo como o caminho da pena e a jurisdição penal como a “antítese da jurisdição civil, porque ambas representam os dois ramos da justiça já estabelecida por Aristóteles.”⁸⁴

Sobre o objeto do processo penal, James Goldschmidt coloca a *exigência* punitiva como a teoria dominante a defini-lo. Tanto o *processo penal*, como a *exigência punitiva*, são considerados *construções artificiais*, porque o *direito de punir estatal decorre da própria soberania* e, “por isso, não é necessário invocar a proteção judicial para realizá-lo”. O Estado tem que aplicar a pena mediante um processo em decorrência dos próprios postulados, que o considera imprescindível. Utiliza-se a ação penal para fazer valer a referida exigência estatal. Essas construções implicam a “transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal.”⁸⁵

⁸² Idem, ibidem, p. 29-30.

⁸³ Ibidem, p.30-31.

⁸⁴ Ibidem, p.31.

⁸⁵ Ibidem, p. 41-43.

Imagina-se um Estado comparecendo perante o Poder Judiciário igual a um indivíduo que pede proteção jurídica. Esta concepção não tem fundamento, pois caso contrário não se impede que o Estado como titular do direito de punir “use de seu direito perante o juiz civil”.

Nota-se que o próprio James Goldschmidt admite que “as construções anteriores fixam uma transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal”.⁸⁶ Explica o autor que nos tempos remotos onde a vítima cumpria as funções da pena por meio da composição,

processo civil e penal formavam uma unidade. Porém desde que a pena pública substituiu a composição privada, e, por conseguinte, o processo penal tem se destacado do processo civil, o processo penal requer suas próprias categorias adequadas a essência de seu objeto, o direito do Estado de punir.⁸⁷

Observa e critica James Goldschmidt que a visão da pena como manifestação da justiça distributiva, como correspondência ao direito de punir conferido ao tribunal, significa que “o direito de punir coincide com o poder judicial de condenar o culpado e de executar a pena.” Por isso, a denominada concepção de exigência punitiva “desconhece que o Estado, titular do direito de punir, realiza seu direito no processo não como parte, se não como juiz.”⁸⁸

A essência do estudo de James Goldschmidt reside em afastar a teoria da relação processual civil e aplicar a sua própria teoria da situação jurídica processual à jurisdição penal.

Observa o autor que a pena, como manifestação da justiça distributiva, ensejou a construção dogmática do objeto do processo penal diverso do considerado no processo civil. Com isso, coloca como problema se é possível transportar as categorias do processo civil ao processo penal.⁸⁹

⁸⁶ Tradução livre do autor. Original: “Es claro que las construcciones anteriores arraigan en una transmisión mecánica de las categorías del proceso civil al proceso penal” (James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, cit., p. 43, v. II).

⁸⁷ Tradução livre do autor. Original: “Pero desde que la pena pública ha reemplazado a la composición privada, y, por consiguiente, el proceso penal se ha destacado del proceso civil, el proceso penal requiere sus propias categorías adecuadas a la esencia de su objeto, el derecho del Estado de penar” (James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, cit., p. 44, v. II).

⁸⁸ Idem, ibidem, p.44.

⁸⁹ Ibidem, p. 71-72.

A teoria dominante, desenvolvida por Bülow concebe o processo civil como uma relação jurídica. Isso foi emprestado ao processo penal, ao considerá-lo como uma relação jurídica processual penal pelo exercício da ação penal, “compreendida como um direito abstrato e formal. São sujeitos da relação o acusador, o acusado e o juiz”.⁹⁰

James Goldschmidt considera essa visão equivocada, porque o dever do juiz de conhecer a ação se embasa na obrigação estatal de administrar a justiça. As partes não têm obrigações processuais mútuas, nem perante o juiz. A obrigação do Estado em administrar a justiça se relaciona com os direitos subjetivos das partes. Com isso, afirma que “não há sequer que reconhecer um direito potestativo do querelante de constituir a relação jurídica processual, senão, somente, uma faculdade de fazer aparecer a obrigação estatal de administrar a justiça.”⁹¹

Considera que o processo “não é uma relação jurídica abstrata, senão porque se constitui uma situação jurídica de seu objeto”. O ponto de partida está na natureza dupla das normas jurídicas, como imperativos aos indivíduos e medidas para o juiz.⁹²

Afirma que se formam as situações processuais através dos atos das partes e do juiz, que tem por fim constituir, modificar ou extinguir as expectativas, as possibilidades ou os encargos processuais, ou até dispensar esses encargos. Os atos das partes podem ser de obtenção ou causados. Os atos de obtenção são aqueles praticados pelas partes para obter uma resolução sobre determinado conteúdo, que se submetem a valoração acerca da admissibilidade e fundamento, como as petições, as afirmações e as indicações de prova. Os demais atos das partes, que não são de obtenção, são denominados como causados, como as declarações unilaterais de vontade, que desafiam uma valoração de validade e

⁹⁰ Ibidem, p. 72.

⁹¹ Ibidem, p. 74.

⁹² Ibidem, p. 76.

eficácia idêntica aos negócios jurídicos. Existem ainda as resoluções, que são manifestações emitidas pelo juiz com o fim de verificar o que considera justo.⁹³

Como isso, repete, sumariamente, a teoria processual estabelecida para o processo civil. Assim, o autor coloca como problema se a sua aplicação serve também para o processo penal.⁹⁴

Para que os atos das partes transcendam, principalmente os de obtenção, se faz necessário adotar o princípio acusatório.⁹⁵ Em âmbito processual penal são articuladas petições, afirmações, e propostas de prova, que devem se submeter a valoração judicial de admissibilidade e de fundamentação.⁹⁶ Isso ganha importância principalmente quando se tratar das propostas de provas a serem produzidas.⁹⁷

James Goldschmidt identifica no processo penal a existência de atos causados como a confissão do acusado. São todos os atos manifestados voluntariamente.⁹⁸

Sobre o poder de praticar diligências do juiz, James Goldschmidt afirma que este “não tem outra função que a de receber a prova, para decidir, com todo rigor, uma função receptiva.”⁹⁹

Considera como *modelo ideal para obter a verdade e a justiça* aquele em que as *partes produzem as provas*, e o *juiz encarregado da jurisdição penal se limita a decidir sobre as solicitações interpostas*. Assim considera que o “procedimento penal se converte, deste modo, em um litígio”. Essa configuração embasa-se no princípio dispositivo. A distância do juiz da produção probatória garante a sua imparcialidade e assegura o respeito a dignidade do acusado.¹⁰⁰

⁹³ Ibidem, p.79-80.

⁹⁴ Ibidem, p.82.

⁹⁵ Ibidem, p. 94.

⁹⁶ Ibidem, p. 99.

⁹⁷ Ibidem, p.102.

⁹⁸ Ibidem, p. 104.

⁹⁹ Ibidem, p.106.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 113-114.

Observa que essa *configuração deve se conformar com as consequências da inatividade das partes e reconhecer esse defeito na decisão*. Isso porque esse perigo se previne por meio da atividade da defesa, da acusação e do acusado. Afirmar que o processo criminal tem uma natureza inquisitiva decorre “de uma confusão sobre o fim essencial do processo, a saber, a averiguação da verdade e a verificação da justiça”.¹⁰¹

Convém encerrar a sucinta exposição do pensamento de James Goldschmidt com a célebre frase que denota a realidade do Direito Processual Penal: “a estrutura do processo penal de uma nação não é, senão, o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição.”¹⁰²

25
De
2018

100
Di

10

Para Klaus Tiedemann as leis penais são realmente aplicadas somente no processo penal. Por isso qualifica este como dinâmico em comparação com o Direito Penal – estático.¹⁰³

Visualiza uma situação de conflito entre o indivíduo e o Estado em decorrência da prática do fato penal típico. Essa situação exige uma regulação jurídica para limitar com exatidão, tantos os poderes estatais de coerção, como os direitos e obrigações do suspeito e dos demais participantes do processo penal – vítimas, testemunhas, peritos e interpretes. Trata-se de uma regulamentação do procedimento penal que tem início na apuração da infração e se estende até a fase da execução penal. O autor considera essa relação conflituosa como “um problema do Direito Constitucional”.¹⁰⁴

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem, p. 110.

¹⁰³ Klaus Tiedemann. O direito processual penal. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 146.

¹⁰⁴ Klaus Tiedemann. O direito processual penal, cit., p. 145-146.

O autor diante do objetivo do processo penal de apurar a verdade sobre o crime e efetivar a punição do culpado, expresso no n. 244, 2º do Código de Processo Penal alemão, afirma que essa descoberta “não é um fim em si, mas simplesmente uma finalidade intermediária, devendo esclarecer se a suspeição levantada contra o acusado é justa ou não.”¹⁰⁵

Entende Klaus Tiedemann que a sentença penal restabelece a paz jurídica, como mais intensidade normativa ao restabelecer a ordem violada, do que no sentido fático, para tranquilizar a população. Portanto, o processo penal concretiza o direito penal.¹⁰⁶

Ressalta o autor como diferença fundamental entre os âmbitos civil e penal o fato de que somente o juiz pode impor uma pena, conforme disposição constitucional,¹⁰⁷ “como direito fundamental, afirmando que existe um *monopólio punitivo* do Estado.” Para isso, traça uma explicação lógica ao afirmar que as proibições expressas nas normas penais incriminadoras são seguidas fora do processo penal. Mas “a norma sancionadora do princípio processual penal deve ser concretizada, necessariamente, pelo juiz, que é quem ela se dirige.”¹⁰⁸

Em âmbito civil, a dinâmica é diferente, isso porque quem causa o dano pode repará-lo diretamente à vítima, sem recorrer à justiça. O autor considera o denominado processo de adesão,¹⁰⁹ onde no desenvolvimento do processo penal se decide sobre os direitos reparatórios da vítima, “não se insere no processo penal sem causar alguma perturbação. Em consequência disso, a jurisprudência não reconhece a *proteção da vítima* como objetivo (secundário do processo penal).¹¹⁰

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p. 146-147.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 147.

¹⁰⁷ Artigo 92 da Constituição da Alemanha de 23 de maio de 1949, conhecida como Lei Fundamental; tornou-se a constituição da Alemanha unificada em 3 de outubro de 1990.

¹⁰⁸ Klaus Tiedemann. O direito processual penal, cit., p. 147.

¹⁰⁹ § 403 e seguintes do Código de Processo Penal alemão.

¹¹⁰ Klaus Tiedemann. O direito processual penal, cit., p. 147.

Klaus Tiedemann considera o estado de inocência do acusado como uma obrigação decorrente dos objetivos processuais penais de esclarecer a suspeita e gerar a paz pública. Há uma dupla possibilidade no processo penal (reconhecimento de culpa ou da inocência do acusado) estar diante de uma “relação especial de tensão do direito processual penal”, na qual implica em considerar constantemente a possibilidade do acusado ser inocente. Ampara o princípio na Convenção Européia de Direitos Humanos que consagra a presunção de inocência no artigo 6º, § 2º, onde o acusado ocupa a posição subjetiva de inocente que relativiza todas as medidas coercitivas contra o indivíduo.¹¹¹

Esclarece o autor que os instrumentos de coerção do Estado e o procedimento penal, bem como os princípios processuais constitucionais centrais voltados ao direito processual penal dependem da situação histórica e constitucional. Evidência isso a compreensão contemporânea de que o exercício de coação no âmbito processual penal “representa uma intervenção nos direitos fundamentais da pessoa atingida, não apenas do acusado, mas também, por exemplo, da testemunha”.¹¹²

O autor destaca dois aspectos importantes sobre a conveniência e a legalidade dos instrumentos estatais de persecução penal. O primeiro diz respeito “a abolição fundamental da tortura”, abolida por ato de Frederico, o grande rei da Prússia, três dias depois de assumir o governo em 1740. Com isso, *suprimiu-se esse instrumento utilizado para obter confissões da Alemanha*. Observa que há um paralelismo com o atual problema de intervenção estatal penal, contra os supostos terroristas. Essa situação confere a adoção de uma entre duas possibilidades ao legislador: criar regras processuais penais especiais contra os terroristas ou endurecer as regras processuais gerais. O legislador alemão optou pela segunda hipótese, limitando os direitos de defesa de todos os acusados.¹¹³

O segundo aspecto ressaltado por Klaus Tiedemann sobre a conveniência e a legalidade dos instrumentos estatais diz respeito ao “vínculo formal da prova

¹¹¹ Idem, ibidem, p. 147-148.

¹¹² Idem, ibidem, p. 140.

¹¹³ Ibidem, p. 150.

da verdade”. O Estado quando reconhece os excessos cometidos durante a história da humanidade trata essa regra como “uma das garantias fundamentais do processo penal no Estado de Direito e um dos objetivos principais do nosso Código de Processo Penal, proveniente do movimento liberal de reforma do século XIX”.¹¹⁴

Conseqüentemente, o processo penal nos Estados Modernos deve proceder com dignidade humana, preservando os direitos fundamentais e respeitando a personalidade do acusado. Mas essa proteção não impede a adoção de “medidas coercitivas transitórias sem caráter punitivo”, como a prisão preventiva.¹¹⁵

Esse postulado, na visão de Klaus Tiedemann, da obtenção da verdade através de instrumentos limitados, em decorrência da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais demonstra “a estreita ligação do direito processual penal com o Direito Constitucional”.¹¹⁶

Observa o autor que o Código de Processo Penal alemão, diferente de outras codificações, é essencialmente e relativamente *autônomo para regular as situações de colisão direta entre o indivíduo e o Estado*, como se observa nas medidas coercitivas previstas neste estatuto. Então, sobre o ponto de vista técnico jurídico não se trata de um estatuto para executar as normas constitucionais. Mas, estas impõem os limites extremos da persecução penal. Assim, visualiza hierarquicamente, em primeiro lugar a Constituição; em segundo lugar os Tratados Internacionais sobre direitos humanos que antecedem hierarquicamente o Código de Processo Penal, complementando-o em algumas questões e; por último, este Estatuto Processual.¹¹⁷

Por último, Klaus Tiedemann observa que o referido vínculo formal do processo penal é denominado “judiciariiedade”, a qual corresponde ao processo

¹¹⁴ Ibidem, p. 152.

¹¹⁵ Ibidem, p. 152-153.

¹¹⁶ Ibidem, p. 154.

¹¹⁷ Ibidem, p. 155.

penal regular, apto a conduzir a uma condenação.¹¹⁸ Essa chamada *judicialidade* se equivale ao devido processo penal brasileiro.

Importa destacar o entendimento do autor sobre as limitações pelos elementos formais do poder de punir do Estado, no continente europeu devem ser entendidas “como decisão contra a arbitrariedade de caráter estatal-policial do Estado e contra a histórica justiça de gabinete dos monarcas realizada sob violação da jurisdição regular”.¹¹⁹

2.4.1
Rio

Direito

Claus Roxin visualiza o Direito Processual Penal como parte de um grande conjunto do Direito Processual, caracterizando-o como público. Ressalta que com frequência tem se procurado traçar princípios gerais para os diversos direitos processuais, através da teoria geral do direito processual, deduzindo consequências aplicáveis ao Direito Processual Penal. Contudo, enfatiza o autor “que a utilidade deste ponto de vista tem sido muito reduzida. Um paralelismo com o processo civil está destinado ao fracasso”.¹²⁰

Isso porque, segundo o autor, a pretensão penal estatal diverge daquela do demandante do processo civil. Além disso, se pode estabelecer diversos conceitos gerais como a coisa julgada, o objeto processual, entre outros, mas “uma definição penal de sentido só pode ser alcançada no próprio direito processual correspondente”, pois conceitos superiores e comuns a todos os processos são excessivamente abstratos e, por isso, em nada “agregaria à tarefa de administrar a justiça.”¹²¹

¹¹⁸ Ibidem, p. 161.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba et al. Buenos Aires: del Puerto, 2000. p. 06.

¹²¹ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 06.

Sobre as pretensões, acrescenta, Claus Roxin que por regra geral são satisfeitas “voluntariamente e o processo é exceção, à pretensão penal estatal só pode ser realizada no procedimento penal; inclusive, se alguém solicita ser punido voluntariamente deverá levar a cabo antes um processo penal contra si”.¹²²

Observa que o processo civil é regido pelo poder de disposição do objeto pelas partes, extensivo a obtenção das provas. O juiz pode se basear no que as partes afirmaram. As manifestações coincidentes vinculam o juiz. Além disso, está vinculando, também, pela confissão. As afirmações fáticas que não foram rebatidas correspondem a verdade; devem ser provados somente os fatos controvertidos, por isso, o processo civil se contenta com a verdade meramente formal.¹²³

Destaca o autor que o processo penal se encontra em oposição ao processo civil, é regido pelo princípio da investigação ou da verdade ou da instrução ou inquisitivo. Isso significa que o juiz não se vincula às afirmações das partes, nem à confissão do acusado; não se admite a revelia no processo penal; o juiz não se limita aos requerimentos de prova, pode agir de ofício para adotar outros meios não solicitados pelas partes.¹²⁴

Claus Roxin constata a relação estreita entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal, em comparação com os outros ramos processuais, pelos aspectos da política criminal, e, ainda, pela relação complementar de ambos, entre outros aspectos.¹²⁵

O autor afirma a necessidade e a existência do Direito Processual Penal. Nesta área são analisadas cientificamente as normas sob o desenvolvimento do procedimento penal, em outras palavras, as normas são “tipificadas, sistematizadas e concretizadas”.¹²⁶

¹²² Idem, *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 99.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 99-100.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 06-07.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 08.

Observa Claus Roxin que a teoria do Direito Processual Penal descreve e explica os dados objetivos de desenvolvimento do processo, busca com isso, delinear uma teoria geral para realizar o processo penal.¹²⁷

Destaca que o campo de investigação desta teoria está ampliando e exige uma cooperação interdisciplinar “de juristas, criminólogos, criminalistas, sociólogos, psicólogos e médicos”.¹²⁸

Para Claus Roxin não se deve subestimar as contribuições da teoria do Processo penal para o Direito processual penal, pois ela contribui com uma investigação sistemática dos aspectos processuais. Permite a abertura científica para se relacionar como outras ciências da realidade, que pode revelar o significado real de alguns princípios processuais, como também identificar possíveis fontes de erro das decisões penais. Essa teoria constitui uma contribuição indispensável para uma crítica normativa e política sobre o processo penal.¹²⁹

Importa destacar a denominação dada por Claus Roxin ao Direito processual penal “como sismógrafo da Constituição do Estado”, pois reflete a “atualidade política, na qual significa, ao mesmo tempo, que cada troca essencial na estrutura política, também conduz a transformações do procedimento penal.”¹³⁰

Isso porque das diversas espécies de intervenção estatal na vida do indivíduo, “a pena representa a medida mais grave”. Isso significa que “no procedimento penal entram em conflito os interesses coletivos e individuais entre si, com mais intensidade que em nenhum outro âmbito”. A regulamentação legal

¹²⁷ Ibidem, p. 09.

¹²⁸ Ibidem. O autor considera as áreas desses profissionais como “disciplinas clássicas da teoria do processo penal”.

¹²⁹ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, cit., p. 09.

¹³⁰ Idem, Ibidem, p. 10.

dessa situação resulta no estabelecimento de “uma relação entre Estado e indivíduo genericamente vigente em uma comunidade.”¹³¹

Por fim, Claus Roxin mostra-se preocupado com os fins dos Estados modernos, por isso, ressalta a importância do “*compromisso* do processo penal com o *Estado social*”, relacionado às obrigações dos órgãos de persecução penal com as condições pessoais do acusado, a fim de propiciar uma defesa efetiva.¹³²

1.2.2.4 Direito Alemão

A Alemanha adota um Código de Processo Penal (Strafprozeßordnung) para reger, minuciosamente, a atividade estatal durante a persecução penal.

O Código de Processo Penal Alemão é dividido em oito partes ou livros. O primeiro livro trata das disposições gerais sobre jurisdição e competência; o segundo livro dispõe sobre os processos na primeira instância; o terceiro livro elenca os recursos; o quarto livro trata da reabertura de julgamento definitivo; o quinto livro regulamenta a participação do ofendido; o sexto livro trata dos tipos especiais de processo; o sétimo livro dispõe sobre a execução penal e o custo processual e; o oitavo livro trata do registro nacional dos processos.

Essa estrutura do Código de Processo Penal Alemão demonstra a opção histórico-cultural desta Nação em separar as disposições processuais penais daquelas de natureza processual civil.

¹³¹ Ibidem, p. 10.

¹³² Ibidem, p. 13-14.

1.2.3 A dogmática constitucional do Direito Processual Penal português

1.2.3.1 Jorge de Figueiredo Dias

Nas legislações primitivas, segundo Jorge de Figueiredo Dias, “faltava a consciência clara de uma *diferenciação de vários tipos de processo*, nomeadamente do processo penal e do civil”. Isso se justificava porque existia uma confusão dos ramos de direito subjetivo, com uma visão sobre a concepção da pena voltada somente à vítima, a fim de obter vingança e a reparação do dano sofrido, sem a presença do interesse da sociedade em punir o infrator. O processo naquela época representava a oposição entre o acusado e a vítima, em destaque os institutos “*delicta privata*” dos romanos e “*compositio*” do primitivo povo germânico.¹³³

A evolução da humanidade possibilitou a nítida visualização da diversidade dos “espaços sociais em que se projectam as relações da vida juridicamente relevantes – e à descoberta da sua intrínseca legalidade própria corresponde a necessidade de um específico modo de realização de cada um daqueles ramos.” Com isso, como ressalta Jorge de Figueiredo Dias, decorrem do primitivo processo unitário “*diferentes tipos de processo*, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo de direito material. O *processo civil*, o *processo penal* e, mais recentemente, o *processo administrativo* e o *processo constitucional*”.¹³⁴

Essa evolução se estabilizou, conseqüentemente, no pensamento desenvolvido em 1974 por Jorge de Figueiredo Dias, na qual colocou

um obstáculo intransponível à realização do sonho de uma certa corrente da ciência jurídica – cujos corifeus se topam principalmente nas últimas décadas do século passado e nas

¹³³ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 51-52.

¹³⁴ Idem, *Ibidem*, p. 52.

primeiras do presente – que pretendia eleger, dentre a multidão de normas constitutivas dos diversos tipos de processo, aquelas que haviam de formar o objeto de uma nova ciência: a *teoria geral do processo*. O que seria permitido e mesmo incentivado, sobretudo, pela circunstância de nos diferentes tipos de processo se divisarem facilmente, pese à sua irremissível diversidade, pensamentos básicos, estruturas fundamentais e até mesmo problemas comuns ou análogos.¹³⁵

Jorge de Figueiredo Dias observa que a causa do processo civil está numa relação do direito privado e pertence somente aos sujeitos desta. O processo penal, de forma diversa,

deriva juridicamente de um crime, tende à aplicação de uma pena, pertence à sociedade – que a exerce ela própria (“ação popular”) ou delega o seu exercício em magistrados especializados (no Brasil são os membros do Ministério Público) – e só pode ser exercida contra pessoas singulares, tidas como autoras ou participantes da infração.¹³⁶

Observa o autor que, em regra, a relação privada não necessita de uma decisão judicial para sua concretização. Por outro lado, o criminoso só pode se submeter às reações criminais previstas na norma penal incriminadora no âmbito estatal, por meio do processo e de uma decisão judicial final. Jorge de Figueiredo Dias expressa a fórmula *nulla poena sine processu* para concluir pela imprescindibilidade do processo penal, ou seja, “o processo penal é o *necessário* pressuposto de realização e complemento do direito penal.”¹³⁷

Jorge de Figueiredo Dias aponta que em Portugal, desde D. Afonso II, o processo penal tem caráter público a fim de “representar, em primeira linha, o interesse da sociedade na punição do criminoso”.¹³⁸

Constata o autor que o direito civil atribui uma faculdade aos particulares interessados para fazerem valer as suas pretensões no processo civil. Faculta também a possibilidade de renúncia desde que não viole o interesse público preponderante, o que leva a concluir a existência de “uma quase total

¹³⁵ Ibidem, p. 53.

¹³⁶ Ibidem, p. 56.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem, p. 52.

disponibilidade do objeto do processo, fortemente limitadora dos poderes do tribunal.”¹³⁹

1.2.3.2 As esferas do direito constitucional processual delineadas por José Joaquim Gomes Canotilho

José Joaquim Gomes Canotilho, na clássica obra denominada *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*,¹⁴⁰ atribui algumas esferas ao direito constitucional processual.

Entende que o direito constitucional processual tem como objeto de estudo os “princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos dos *status activus processualis* no ordenamento constitucional português.”¹⁴¹

Considera que esse ramo constitucional “abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Alude-se aqui ao *direito constitucional penal* ou *constituição processual penal*”, especialmente pelos direitos humanos fundamentais expressos no artigo 32 da Constituição da República Portuguesa.¹⁴²

O autor visualiza uma ordenação ao conjunto de regras e princípios relacionados ao julgamento de conflitos, de natureza administrativas e fiscais, pelo direito constitucional processual administrativo ou constituição processual administrativa.¹⁴³

¹³⁹ *Ibidem*, p. 56 - 57.

¹⁴⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 966.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

Por último, observa que seguindo os demais ramos, ganha relevo o direito constitucional processual civil ou constituição processual civil, que tem por fim organizar o conjunto de normas constitucionais “processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis.” Porém, o autor observa que não há “na Constituição um recorte tão preciso como o que existe relativamente ao processo constitucional penal”.¹⁴⁴

José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que algumas normas constitucionais processuais “são aplicáveis também à justiça civil” como as garantias de defesa e de recurso. Além disso, ressalta que há direitos fundamentais processuais dispersos pela Constituição direcionados a toda ordem processual, como a imparcialidade do juiz.¹⁴⁵

José Joaquim Gomes Canotilho constata que os princípios da Constituição constituem “um paradigma processual”, o que impõe “a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os Códigos Processuais Ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições”.¹⁴⁶

1.2.3.3 A ilusão do processo penal democrático como meio de dominação segundo Rui Pinheiro e Artur Maurício

Rui Pinheiro e Artur Maurício não enfrentaram diretamente a problemática posta neste trabalho, mas, retratam um processo penal totalmente desvinculado do processo civil, principalmente porque aquele tem caráter político e serve como meio de enganar as classes dominadas pela burguesia. Ilude a população, como democrático, para que suportem a exploração econômica. Ademais, apresentam

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 967.

conclusões que podem ser denominadas como inéditas sobre o reflexo dos direitos fundamentais no processo penal português.

Partem da premissa de que desponta exagerada a afirmação na qual o processo penal reflete a “democraticidade ou autoritarismo de um Estado”, afirmam que isto “é mistificar a natureza e o conteúdo do direito”.¹⁴⁷

Os autores não negam a natureza política do direito processual penal, porém, entendem que as consequências afirmadas pela doutrina dessa natureza demonstram uma visão distorcida e limitada da realidade. Isto porque decorre da ideologia burguesa das doutrinas liberais do final do século XVIII.¹⁴⁸

Essa concepção, segundo os autores, traça um conceito de liberdade do indivíduo em contraposição ao Estado, como entidade repressora. Consideram essa conclusão como abstrações equivocadas, enganadoras, pois as doutrinas burguesas idealizaram um Estado não intervencionista, um mero fiscal das regras.¹⁴⁹

Enfatizam que o Estado, nessa posição, “correspondia aos interesses da burguesia triunfante. Como classe dominante, a burguesia ditava as regras que a satisfaziam, ao mesmo tempo que, através das estruturas do Poder, se arvorava ela própria em fiscal e árbitro dessas regras.”¹⁵⁰

Afirmam os autores que, no início, os direitos de liberdade e as garantias do cidadão significavam “a condição necessária para a expansão dos apetites daqueles que só com esses direitos, liberdades e garantias iriam beneficiar a burguesia.” Simultaneamente, isso “funcionava enganosamente como conquista de um povo explorado, aliado da burguesia no derrube do absolutismo, e que bem cedo se viria a perceber das novas formas de exploração que sobre ele se exerciam.”¹⁵¹

¹⁴⁷ Rui Pinheiro; Artur Maurício. *A constituição e o processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1976, p.11.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, p. 13.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 13.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem, p. 14.

Rui Pinheiro e Artur Maurício advertem que imaginar a relação entre o Estado e o indivíduo em que aquele representa uma *superclasse*, acima da sociedade e pronto para exercer o seu poder repressivo sobre o explorado ou o explorador, “ambos em idêntica posição”, é esquecer a “verdadeira natureza do fenômeno político em uma sociedade de classes”. Consideram que não existem “interesses opostos do Estado e do indivíduo, mas oposição de classes”, na qual o Estado representa, somente, os interesses da classe dominante.¹⁵²

Por isso, concluem os autores que *a definição dos direitos fundamentais tem um caráter meramente formal* e, que “pese aos crentes nas virtualidades de um processo penal ‘democrático’, não será este que fundamentalmente garantirá o exercício – embora o condicione – daqueles direitos.”¹⁵³

Observam que os mecanismos de domínio utilizados pelo Estado moderno “dispensam que a repressão se processe através de institutos processuais ‘não democráticos’.”¹⁵⁴

Rui Pinheiro e Artur Maurício apontam como resultado desse problema que

mais importante do que saber se o processo penal respeita e tutela os direitos fundamentais (mais importa que os respeite e tutele), estabelecidos na Constituição, é indagar se aquele corresponde às exigências de uma sociedade que se pretende edificar e se harmoniza com o conceito de Estado, a quem incumbirá a “substancialização” de tais leis.¹⁵⁵

Isso significa que o importante, segundo os autores, para o processo penal é saber “quem tem o poder”.¹⁵⁶

¹⁵² Ibidem, p. 15.

¹⁵³ Ibidem, p. 17.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem.

1.2.3.4 O Direito Processual Penal Português de raízes constitucionais

O Direito Português estruturou os dispositivos infraconstitucionais processuais penais por meio do Decreto-lei 78, de 17 de fevereiro de 1987 – *Código de Processo Penal*.

O advento deste Código se deu num momento em que a sociedade portuguesa clamava por uma revisão total do ordenamento processual penal, pois a nova codificação pretendia representar um marco em resposta aos desafios da sociedade portuguesa. Reconhece-se que isso decorreu da intensa participação de Portugal nas comunidades supranacionais e ainda pelo acompanhamento dos grandes movimentos científicos, culturais, político-criminais, bem como, da experiência jurídica pátria decorrente do universo histórico-cultural português.¹⁵⁷

Além disso, a edição do Código de Processo Penal Português em 1987 visava a adequar a estrutura do processo penal àquela delineada na Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, que a elevou à categoria dos direitos fundamentais.¹⁵⁸

Assim, a Constituição da República Portuguesa pauta-se em princípios fundamentais conquistados na evolução da humanidade e enuncia garantias diretamente ao “processo criminal”,¹⁵⁹ voltadas a assegurar todas as garantias de defesa e de recurso;¹⁶⁰ o estado de inocência do arguido até a sentença condenatória irrecorrível; a celeridade processual em equilíbrio com as garantias;¹⁶¹ a ampla de defesa (autodefesa e defesa técnica);¹⁶² o juiz natural;¹⁶³

¹⁵⁷ Exposição de motivos do Código de Processo Penal, item n. 1 e 2, *Diário da República*, 17.02.1987, p.619.

¹⁵⁸ Exposição de motivos do Código de Processo Penal, item n. 4, *Diário da República* 17.02.1987, p.620.

¹⁵⁹ Constituição da República Portuguesa de 1976: “Artigo 32 (Garantias de processo criminal)”.

¹⁶⁰ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”.

¹⁶¹ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

a estrutura acusatória; o contraditório;¹⁶⁴ a possibilidade legal de ausência do acusado;¹⁶⁵ a intervenção do ofendido no processo;¹⁶⁶ a vedação das provas obtidas ilicitamente;¹⁶⁷ o duplo grau de jurisdição.¹⁶⁸

O legislador infraconstitucional optou por dividir o Código de Processo Penal português em duas partes.

A primeira dispõe sobre os *sujeitos do processo* (artigo 8º-artigo 84º); os *atos processuais* (artigo 85º-123º); *prova* (artigo 124º-190º); as *medidas de coação e de garantia patrimonial* (artigo 191º-228º); e das *relações com autoridades estrangeiras* (artigo 229º-240º).

A segunda parte do Código de Processo Penal português disciplina as *fases preliminares* (artigo 241º-310º); o *juízo* (artigo 311º-380º); os *processos especiais* (artigo 381º-398º); os *recursos* (artigo 399º-466º); as *execuções* (artigo 467º-512º) e; a *responsabilidade pelas custas* (artigo 513º-524º).

Portanto, o Direito português, também, não unificou a legislação processual, ao contrário, dispôs minuciosamente sobre a persecução penal, especialmente sob a ótica da democrática Constituição da República Portuguesa.

¹⁶² Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória”.

¹⁶³ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”.

¹⁶⁴ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

¹⁶⁵ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento”.

¹⁶⁶ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei”.

¹⁶⁷ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

¹⁶⁸ Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 32: “9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”.

1.2.4 A doutrina e o Ordenamento processual penal espanhol

1.2.4.1 A teoria unificadora de Pedro Aragonese Alonso

Pedro Aragonese Alonso desenvolve pesquisa sobre o Direito Processual,¹⁶⁹ sistematizando-o com amparo na ciência Processual Civil. Sobre a teoria geral do processo, dedica uma parte do estudo, onde apresenta considerações sobre o processo penal.

O autor considera o processo penal como um tipo autônomo, relacionado à jurisdição ordinária e que tem por objeto a satisfação das pretensões fundadas no direito punitivo.¹⁷⁰

Pedro Aragonese Alonso considera a desagregação entre os processualistas civis e os penalistas, decorrente de dois motivos. Primeiro porque aqueles se dedicam ao estudo do processo civil sem visualizar a questão da unidade do direito processual, quando a aceitam, se limitam a expor somente a sua matéria por influência da divisão traçada pela legislação ou até pelos planos de aula. O segundo motivo está no fato de que o processualista penal é sempre professor de Direito penal, e para complementar esta disciplina acaba explicando o procedimento criminal.¹⁷¹

Por isso, pautado em Alcalá Zamora e Levene se diz que a unificação é uma luta para retirar o processo penal do campo penal, a fim de incorporá-lo ao direito processual.¹⁷²

¹⁶⁹ Pedro Aragonese Alonso, *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.

¹⁷⁰ Idem, *ibidem*, p.273.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 277.

¹⁷² *Ibidem*.

Ressalta o autor que a tendência em unificar os dois tipos de processo tem por fundamento os elos de um sobre o outro, como a penalização do processo civil e a implantação do princípio acusatório no processo penal.¹⁷³

Considera Pedro Aragonese Alonso que os estudos do processo penal são atrasados em relação ao processo civil e, mais uma vez baseado em Alcalá Zamora e Levene, conclui que o processualista civil se dedica plenamente à sua atividade. O processualista penal se esforça mais na área do Direito penal substantivo, e, quando volta os olhos ao processo penal o estuda como prolongamento daquele. Portanto, considera absurda essa captação pelos penalistas e conclui que devem entregá-lo aos processualistas.¹⁷⁴

O autor entende que o dualismo expresso no processo civil e no processo penal não indica diversidade, mas, constitui, “sem dúvida, uma defesa da unidade do processo”, podem ocorrer diferenças acidentais, mas os “conceitos essenciais são válidos para todos os tipos”.¹⁷⁵ Assim, Pedro Aragonese Alonso afirma que “a teoria geral do processo é, sem dúvida, uma realidade porque são várias as formas em que pode se manifestar, agora ou no futuro, a instituição processual.”¹⁷⁶

1.2.4.2 Ordenamento processual penal espanhol

O Direito espanhol disciplina a persecução penal pela centenária *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, promulgada pelo decreto real de 14 de setembro de 1882.

¹⁷³ Ibidem, p. 277-278.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 279.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 294.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 294.

Essa lei disciplina meticulosamente todo o procedimento processual penal espanhol. Foi dividida em sete livros.

O primeiro livro trata das disposições gerais, como questões prejudiciais e competência; o segundo livro trata do procedimento denominado sumário, com abordagem da atuação da Polícia Judiciária e dos demais atos estritamente judiciais; o livro três regulamenta o juízo oral, dedicando uma sessão para confissão e para as provas periciais; o livro quatro dispõe sobre os procedimentos especiais; o livro cinco trata dos recursos para caçar ou rever as decisões; o livro seis dispõe sobre o procedimento para o julgamento dos crimes leves, similares às contravenções brasileiras; o livro sete trata da execução das sentenças penais condenatórias.

Assim, constata-se que na Espanha, por tradição secular, a persecução penal se faz independente do procedimento civil.

1.3 A discussão brasileira sobre a existência de uma teoria geral do Processo

A teoria geral do Processo chegou ao Brasil por influência dos estudos de Enrico Tullio Liebman, Francesco Carnelutti e James Goldschmidt.

Os processualistas se entusiasmaram com o avançado desenvolvimento das pesquisas processuais civis, o que, de certo modo, contribuiu para o entendimento de que o sistema processual gravita em torno do sistema processual civil.

O principal ponto de divergência entre as teorias geral do Processo e a teoria do Direito Processual Penal reside na lide e na pretensão em âmbito penal.

1.3.1 Teoria geral do Processo

A origem da teoria geral do processo é diversificada. Decorre da unidade do processo e de teorias desenvolvidas na história do direito, como da relação jurídica processual, dos pressupostos processuais, das condições da ação e, especialmente, dos conceitos de lide e de pretensão adaptados ao processo penal por Francesco Carnelutti.¹⁷⁷

1.3.1.1 Vicente de Paula Vicente de Azevedo

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo em estudo sobre a antiga denominação da ciência processual penal como “*Direito Judiciário Penal*”, coloca a questão a ser enfrentada nesta tese como “problema e controvérsia relativos à *autonomia do processo penal*, ou à sua *subordinação ao processo civil*”.¹⁷⁸

Manifesta-se o autor pela falta de sentido da controvérsia, pois não há como “negar é a existência de uma teoria geral do processo, a que se subordinam, tanto o Direito Processual Civil, como o Direito Processual Penal. A ambos é comum uma estrutura geral.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ Vide o tópico: 1.2.1.3 Francesco Carnelutti.

¹⁷⁸ Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32, v 1.

¹⁷⁹ Idem, ibidem.

1.3.1.2 José Frederico Marques

Nas obras de José Frederico Marques¹⁸⁰ a teoria geral do processo brasileira ganha forma e estrutura sistemática, repercutindo pela doutrina processual penal brasileira, tornando-a a corrente majoritária e quase inquestionável.

O autor considera *raríssimos* “aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo a que se subordinam tanto o Direito Processual Civil como o Direito Processual Penal”. Prossegue o autor sustentando a unidade do processo para caracterizá-lo como instituto jurídico uno, variando apenas a forma do procedimento.¹⁸¹ Em trabalho sistemático sobre o Direito Processual Penal, José Frederico Marques conclui o seguinte:

O direito processual penal não é mais um complemento do chamado direito material. Sua autonomia nos quadros da ciência jurídica está, plenamente, reconhecida e firmada pela moderna doutrina do Direito. O processo tem uma teoria geral, aplicável a todos os seus ramos, e, para fins práticos, está dividido em dois grandes setores: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal. Êste último é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal, enquanto que o primeiro consiste na regulamentação da jurisdição não penal.¹⁸²

Como ressaltado anteriormente, Francesco Carnelutti introduziu os conceitos de lide e pretensão no processo penal. No Brasil, José Frederico Marques foi o precursor desses conceitos em âmbito processual penal. Para o autor com a ocorrência de uma infração penal surge uma lide decorrente do suposto conflito “entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu.”

¹⁸⁰ José Frederico Marques, Teoria geral do processo. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 5; Vide ainda o mesmo autor, Direito processual penal. *Estudos de direito processual penal*. cit., p. 1-4 e; *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, p. 11-22.

¹⁸¹ José Frederico Marques, Teoria geral do processo. *Estudos de direito processual penal*, cit., p. 5; Direito processual penal. *Estudos de direito processual penal*. cit., p. 1-4 e *Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 11-22; Afrânio Silva Jardim. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19-49; James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. I; Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37-49.

¹⁸² José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 17.

Prossegue o autor afirmando que “a pretensão punitiva encontra, no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse *conflito com litígio*, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de *plano*, o seu interesse repressivo.”¹⁸³

José Frederico Marques reforça que a *única diferença entre o processo penal e o civil se relaciona a ordem procedimental*. *Repudia* o argumento pautado na afirmação de que *o processo penal é eminentemente publicístico, enquanto o civil se relaciona ao direito privado*. Para o autor esse argumento confunde:

alhos com bugalhos (o processo é sempre de direito público qualquer que seja seu conteúdo), é de uma inconsistência absoluta. Será que as causas em que a administração pública é parte se apresentam como lides de direito privado? Ou será que o executivo fiscal, as ações expropriatórias, os mandados de segurança, a anulação de atos administrativos, constituem causas que são objeto do direito processual penal?¹⁸⁴

O autor *repudia, também, a afirmação baseada na aplicação do princípio dispositivo no processo civil e a sua inexistência no processo penal*. Argumenta o autor o seguinte:

nas ações penais iniciadas mediante queixa do ofendido, predomina a disponibilidade, enquanto que nas ações de anulação de casamento não há acordo entre as partes que possa obrigar o juiz a decretar a nulidade do vínculo matrimonial. Tais aspectos de ambos os processos são focalizados para que se veja de como não há diferença substancial entre um e outro, porquanto as diversidades acaso existentes têm apenas caráter quantitativo e secundário.¹⁸⁵

José Frederico Marques afirma que a *estruturação processual da justiça penal*

não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo.¹⁸⁶

¹⁸³ Idem, *Ibidem*, p. 11-12.

¹⁸⁴ José Frederico Marques, *Direito processual penal. Estudos de direito processual penal*. cit., p.10.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Idem, *Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 15.

Porém, José Frederico Marques admite que “não há dúvida de que a marcha e o desenvolvimento do processo penal apresentam peculiaridades que não se encontram no processo civil.”¹⁸⁷

Frederico Marques afasta o argumento da especialização científica como forma de separar o processo penal do civil, nos seguintes termos:

Pretende-se estabelecer um dualismo irreconciliável entre o processo civil e penal, em nome do princípio da especialização. Bem de ver, no entanto, que esta ou se refere ao procedimento, e então surge no próprio seio de cada um dos processos; ou se liga ao conteúdo do processo, e então nada tem com este, mas tão só com os preceitos legais sobre os interesses em conflito na lide a ser decidida. Pode-se falar, por exemplo, em especialização do juiz penal; mas com isso em nada é atingido o processo, pois que tal especialização se refere a maior conhecimento do direito penal e disciplinas afins, e nunca a radicais transformações de ordem processual.¹⁸⁸

1.3.1.3 Hermínio Alberto Marques Porto

O Professor Hermínio Alberto Marques Porto se fez discípulo do Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, do qual sempre expressou admiração e respeito, e do Professor José Frederico Marques, o principal expoente da teoria geral do Processo no Brasil, que o convidou para lecionar na Faculdade Paulista de Direito, onde em 1971, mediante concurso, defendeu a tese *Decisão de pronúncia* perante a Banca Examinadora integrada pelos Professores José Frederico Marques, Manoel Pedro Pimentel, Noé Azevedo, Paulo José da Costa Júnior e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior.

Com isso, conquistou o mais alto posto da carreira docente em nossa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, ao tornar-se *Catedrático* em Direito Judiciário Penal.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 16.

¹⁸⁸ Idem, Teoria geral do processo. *Estudos de direito processual penal*. cit., p. 7.

Sobre a problemática, Hermínio Alberto Marques Porto considera o fundamento do direito de agir postulado perante o Poder Judiciário, tanto na esfera penal, como na civil, de idêntica natureza jurídica.¹⁸⁹

Segundo o autor, trata-se de mera divisão em razão da matéria (civil ou penal). Ampara o seu posicionamento em José Antônio Pimenta Bueno. Ressalta Hermínio Alberto Marques Porto, em sala de aula,¹⁹⁰ a *unidade processual*, mantendo-se fiel ao pensamento de José Frederico Marques.¹⁹¹

Considera diversa apenas “a fundamentação jurídico-constitucional”, pois esse direito de agir, em relação à jurisdição na ação civil, é um direito que pertence aos particulares para obter do órgão estatal a prestação jurisdicional. Em âmbito penal, como direito de acesso à justiça penal, pertence ao Estado.¹⁹²

Neste caso, Hermínio Alberto Marques Porto identifica a *autolimitação* estatal, que age por meio de órgão com atribuição própria (Ministério Público) “perante o poder judiciário para pleitear o reconhecimento do direito de punir”, em decorrência da fundamentação constitucional da ação penal pública.¹⁹³

Visualiza o autor a “essência da Jurisdição centrada na atividade estatal de tutela de direitos,” direcionada ao ordenamento jurídico e ao particular em âmbito penal e civil.¹⁹⁴

Seguindo a tendência moderna do Direito Processual Penal, constata Hermínio Alberto Marques Porto a “fundamentação constitucional das normas de Direito Processual Penal”. Com isso, a “atividade jurisdicional expressa, em

¹⁸⁹ Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri: Procedimentos e aspectos do julgamento* Questionário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

¹⁹⁰ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Área de concentração Direito das Relações Sociais, Sub-área de Direito Processual Penal, na regência da Disciplina *Fundamentos e Efetividade do Processo Penal em face dos Princípios e Regramentos Constitucionais*, 1º/2009.

¹⁹¹ Professor Hermínio Alberto Marques Porto informa que influenciou diretamente o pensamento de José Frederico Marques o estudo de James Goldschmidt sobre a *Teoria geral do processo*.

¹⁹² Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri*, cit., p. 12.

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ *ibidem*, p. 13.

relação a princípios constitucionais que são sua fonte, forma de atividade do Estado com sentido de complementar a tutela a que ele enumera e garante”.¹⁹⁵

Conclui Hermínio Alberto Marques Porto, no sentido de conceber o *Direito Processual Penal como Constitucional*, com as seguintes palavras:

Diversificadas, pois, as formas de proteção a interesses – pela atividade legislativo-constitucional e pela atividade jurisdicional; a fonte da tutela imediata é encontrada na norma legislativa e constitucional ao oferecer os princípios para a tarefa do legislador processual. São encontradas, por isso, no cerne de normas de processo penal, inspirações vindas de mandamentos constitucionais e esta presença inspiradora mostra a superação de um sentido meramente instrumental nas normas processuais.¹⁹⁶

1.3.1.4 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco

Na obra intitulada como *Teoria geral do processo*, Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco procuram traçar as linhas fundamentais da referida teoria.¹⁹⁷

Com isso, concebem o Direito Processual, baseado em disposições constitucionais e infraconstitucionais, como criador e regulador do exercício dos “remédios jurídicos que tornam efetivo todo o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos, com o objetivo precípua de dirimir conflitos interindividuais, pacificando a fazendo justiça em casos concretos.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ibidem, p. 13-14. Sobre o tema, vide ainda: Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁹⁶ Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri*, cit., p. 14-15

¹⁹⁷ Antonio Carlos Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 47.

Baseiam-se na *unidade da jurisdição* como “expressão do poder estatal igualmente uno”, por conseguinte, “uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição.”¹⁹⁹

Observam na estruturação da teoria geral do processo, que o *Direito Processual*, visto como “um todo”, *decorre das normas constitucionais*, postas como “grandes princípios e garantias constitucionais” relacionadas ao processo.

Destaca-se a colocação de que “a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”. A embasar essa afirmação ressaltam a existência de “regulamentação unitária do Direito Processual Civil com o Direito Processual Penal, em um só Código (*Codex iuris canonici*, de 1917; Código Processual sueco de 1942; Código do Panamá e Código de Honduras).”

No ordenamento pátrio, apontam como expressão da teoria geral do processo as disposições constitucionais sobre a competência legislativa concorrente entre a União e os Estados,²⁰⁰ que se referem “ao direito processual, unitariamente considerado, de modo a abranger o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal”.²⁰¹

Em decorrência disso, identificam os principais conceitos processuais como comuns aos Direitos Processual Penal e Processual Civil, “como os de jurisdição, ação, defesa e processo”, “autorizando assim a elaboração científica de uma *teoria geral do processo*”.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 48.

²⁰⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; (...)”

²⁰¹ Antonio Carlos Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 48.

Coligam “igual medida, em ambos os campos do direito processual” nos significados de “coisa julgada, recurso, preclusão, competência, bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição”.²⁰²

Como prova inequívoca da unidade funcional do processo apontam a “recíproca interferência entre jurisdição civil e jurisdição penal”, sob o argumento da economia processual para impedir a duplicação de demandas para alcançar fim idêntico e da necessidade de evitar decisões contraditórias sobre os mesmos fatos.²⁰³

Ressalvam, que tudo isso não implica na “falsa idéia da identidade de seus ramos distintos. Conforme a natureza da pretensão sobre a qual incide, o processo será civil ou penal”.²⁰⁴

Os autores diferem o processo penal do civil nos seguintes termos: “Processo penal é aquele que apresenta, em um dos seus pólos contrastantes, uma pretensão punitiva do Estado.” O processo civil se configura como aquele que “não é penal e por meio do qual se resolvem conflitos regulados não só pelo direito privado, como também pelo direito constitucional, administrativo, tributário, trabalhista, etc.”²⁰⁵

Convém observar que os autores reconhecem que disciplinam os referidos processos, respectivamente, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, “cujas normas espelham as características próprias dos interesses envolvidos no litígio civil e na controvérsia penal.”²⁰⁶

Assim, traçam os princípios gerais do Direito Processual,²⁰⁷ os regramentos sobre a jurisdição, ação e processo, bem como estudos sobre a

²⁰² Idem, ibidem.

²⁰³ Ibidem, p. 48-49.

²⁰⁴ Ibidem, p. 49.

²⁰⁵ Idem, ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Estruturados na seguinte ordem: Imparcialidade do juiz; igualdade; contraditório e ampla defesa; ação – processos inquisitivo e acusatório; disponibilidade e indisponibilidade; dispositivo e livre apreciação das provas – verdade formal e real; impulso oficial; oralidade; persuasão racional

norma processual, a evolução histórica da disciplina, a organização judiciária, a competência, etc., com aplicação comum ao processo penal e ao processo civil.

Sobre o ponto principal de divergência entre as teorias contrapostas, afirmam os autores que “a existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional”.²⁰⁸ Assim, quando a jurisdição for acionada por uma das partes, deve solucionar conflitos decorrentes de

pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.²⁰⁹

Os autores transportam ao processo penal o dogma posto acima decorrente do processo civil nos seguintes termos:

Quando se trata de lide envolvendo o Estado-administração, o Estado-juiz substitui com atividades suas as atividades dos sujeitos da lide – inclusive a do administrador. Essa idéia também encontra aplicação no processo penal. Quem admitir que existe a lide penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que ela se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão da acusação pede absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais.²¹⁰

Porém, fazem um pequeno ajuste ao admitirem que “em vez de ‘lide penal’ é preferível falar em *controvérsia penal*”.²¹¹

do juiz; motivação das decisões judiciais; publicidade; lealdade processual; economia e instrumentalidade das formas; duplo grau de jurisdição.

²⁰⁸ Antonio Carlos Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 134.

²⁰⁹ Idem, *ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

1.3.1.5 Afrânio Silva Jardim

Afrânio Silva Jardim segue a idéia Carneluttiana de lide pautada no conflito de interesses qualificado pela pretensão de determinado sujeito e pela resistência de interesse alheio. Entretanto, não considera a lide essencial ao processo, pois “casos há em que o conflito de interesses não se faz presente e a existência do processo é indiscutível, até mesmo para declarar esta circunstância.”²¹²

Para explicar esse posicionamento o autor se baseia na possibilidade de julgamento do mérito no processo civil quando o réu citado reconhece a procedência do pedido do autor. Nesta hipótese o processo existiu, “mesmo sem conflito de interesses”. “No processo penal, o réu pode confessar integralmente os fatos que lhe são imputados na denúncia ou queixa e manifestar inequívoco desejo de submeter-se à pena máxima prevista na norma penal incriminadora.”²¹³

O autor também destaca a inexistência de lide ou conflito de interesses no processo de execução civil ou penal, onde existe apenas sujeição do réu. Somente com a oposição de embargos no processo civil ou na instauração de incidentes de execução no processo penal estará diante de um “processo de conhecimento, de forma incidental.”²¹⁴

Afrânio Silva Jardim chama a atenção ainda para as denominadas ações constitutivas necessárias, como ocorre com a ação de anulação de casamento, a revisão criminal, a reabilitação e algumas hipóteses de *habeas corpus* onde “autor e réu podem estar integralmente de acordo”. “A toda evidência, nestas hipóteses, há processo e atividade jurisdicional própria. Portanto, processo sem conflito de interesses ou lide.”²¹⁵

²¹² Afrânio Silva Jardim, Reflexão teórica sobre o processo penal. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 22.

²¹³ Idem, ibidem.

²¹⁴ Ibidem, p. 22-23.

²¹⁵ Ibidem, p. 23.

Convém destacar integralmente as palavras conclusivas de Afrânio Silva Jardim sobre a extensão do conceito de lide:

Não obstante, fecham-se os olhos para esta realidade jurídica. Prefere-se tentar ampliar o conceito de lide, não mais se exigindo resistência à pretensão do autor. Para a existência da lide, seria suficiente que a pretensão se apresentasse como insatisfeita.

Ora, pelo simples fato de haver uma pretensão insatisfeita não se pode afirmar a ocorrência de um real conflito de interesses. Em sendo este, por definição, essencial ao conceito de lide, cai-se numa incoerência incontornável: lide é conflito de interesses, mas também seria pretensão insatisfeita (onde não há conflito necessariamente).

Assim, de duas uma: ou se reformula coerentemente o conceito de lide, ampliando-o, de forma a abranger situações onde não exista o conflito (e o novo conceito passaria a ser inútil), ou trabalha-se com ele até onde seja logicamente possível, desistindo-se da obstinação de sistematizar toda a teoria da jurisdição e do processo à luz do litígio.²¹⁶

Assim, Afrânio Silva Jardim adota uma posição intermediária sobre a existência de lide no processo penal, no sentido de haver ou não, “dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor, tanto na ação condenatória, quanto nas ações penais não condenatórias”.

Todavia, Afrânio Silva Jardim considera a “pretensão como categoria essencial ao processo penal”.²¹⁷ Explica o autor que a pretensão do autor deduzida em juízo, “exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação”, torna o processo indispensável.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Ibidem, p. 24-26.

1.3.1.6 Fernando da Costa Tourinho Filho

Fernando da Costa Tourinho considera o processo como um meio de compor os litígios penais, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto. Considera o processo como um sistema de atos coordenado por princípios e normas que disciplinam as atividades das partes, do Poder Judiciário e de seus auxiliares. Por isso conclui que ele é conceitualmente uno, substituindo a vingança privada.²¹⁸

Ressalta o autor que o Direito Processual possui dois grandes ramos denominados Direito Processual Civil e Direito Processual penal, considerando o objeto de cada um (lide penal e extra penal).²¹⁹

Contudo, o autor destaca a *vantagem da divisão do trabalho em decorrência de questões que surge no meio social*. Assim, faz uma divisão do poder de julgar determinada questão conforme a natureza da lide de cada grupo. Com isso, o Direito Processual Civil pode ser comum, trabalhista e eleitoral. O Direito Processual Penal pode ser comum, militar e penal eleitoral.²²⁰

Na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho ambos os ramos do processo “não passam de faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por cissiparidade”, caracterizando o processo como um instrumento único de composição dos litígios.²²¹

Afirma o autor que não existe divergência entre os processos civil e penal nas suas linhas estruturais, boa parte de seus institutos são idênticos, sendo conceito de ação único, o que as diferencia é apenas o conteúdo da lide.²²²

²¹⁸ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal* 31 ed. São Paulo Saraiva, v.1, p. 18-19.

²¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 19.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*, p. 20.

²²² *Ibidem*.

Afirma ainda que o Poder Judiciário no exercício da jurisdição atua de forma única, independente da natureza do conflito, sendo que a única distinção que se deve admitir é em decorrência da divisão de trabalho.²²³ Considera a sistematização dos recursos, das exceções processuais, da sentença, dos meios de comunicação do processo, e das provas idênticos em ambas as áreas.²²⁴

Fernando da Costa Tourinho Filho procura ponderar ao afirmar que a *unidade do Direito Processual não implica a confusão entre o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil*, tampouco a reabsorção daquele por este. “Não se pretende, enfim, estabelecer absoluta identidade entre ambos, mas apenas realçar que as pilastras são comuns, que muitos institutos são idênticos e que por isso, se pode falar em uma teoria geral do processo”.²²⁵

Sobre a obrigatoriedade da ação penal defendida especialmente por Vincenzo Manzini, Fernando da Costa Tourinho Filho ressalta que a diferença não tem valor para o direito brasileiro, pois existe a denominada ação penal privada regida pelo princípio da oportunidade. Mesmo no direito italiano é possível que a ação penal seja condicionada (*Querela, Richiesta*).²²⁶

Acerca da indispensabilidade do processo penal o autor justifica que essa “particularidade deflui não da natureza do processo, e sim da própria lide. O processo, forma compositiva de litígio, é coisa diferente do litígio que lhe serve de conteúdo”.²²⁷

Sobre a disponibilidade excepcional das partes em âmbito penal, diversa da estrutura civil, segundo o autor, não é possível negar a unidade do Direito Processual, pois essa disponibilidade decorre também da própria natureza da lide. Ademais, destaca o autor que no Brasil em decorrência da existência da ação penal privada “o poder dispositivo das partes é bem grande”, tanto que se admite o perdão até mesmo após a prolação da sentença penal condenatória

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*, p. 21.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*, p. 22.

²²⁷ *Ibidem*, p. 23.

(artigo 106, parágrafo segundo, do Código Penal) nas infrações de menor valor. Nas infrações de menor potencial ofensivo, independentemente da natureza pública ou privada da ação penal, “admite-se a transação, o que implica um certo poder dispositivo”.²²⁸

Sobre a divisão equivocada entre verdade real e verdade ficta, respectivamente do processo penal e do processo civil, o autor, baseado em José Frederico Marques, destaca que a verdade real “não vigora em toda a sua pureza”, uma vez que é possível a absolvição por falta de provas, conseqüentemente, a coisa julgada impede a propositura de uma nova ação penal. Ressalta, ainda que a maioria dos países não admitem a divisão *pro societate*. Admite uma maior intensidade do “princípio da verdade real”, mas afirma que não é exclusivo do Direito Processual Penal.²²⁹

Inspirado em José Frederico da Costa Marques, destaca “a necessidade da criação de uma teoria geral do processo”, ainda que exista oscilação doutrinária sobre a questão, principalmente de Francesco Carnelutti, que ora defende, outrora repudia a aproximação do processo penal ao processo civil. Considera ambos os ramos como “faces de um mesmo fenômeno” embora, não exista absoluta identidade, mas a estrutura tanto da justiça penal como da justiça civil são idênticas. Expõe como a prova “mais eloqüente e viva dessa unidade reside nos institutos comuns a ambos os ramos do Direito Processual”.²³⁰

Fernando da Costa Tourinho Filho considera o *Direito Processual* como “ciência autônoma no campo da dogmática jurídica, uma vez que tem objeto e princípios que lhe são próprios”.²³¹

Ressalta a *autonomia do Direito Processual Penal* em relação ao Direito Penal, uma vez que não há identidade entre os princípios de ambas as disciplinas. Com isso, repudia a denominação conferida injustamente ao Direito Processual como “adjetivo” “ou acessório” questiona qual seria o direito principal.

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ Ibidem, p. 24.

²³⁰ Ibidem, p. 25-26.

²³¹ Ibidem, p. 27.

Ocorre que caso não exista o Direito Penal não há razão de ser do Direito Processual Penal. “Por outro lado, existindo o Direito Penal, sem o Direito Processual, aquele seria de pouca valia, pois nenhuma pena pode ser imposta senão por meio do *due process of law*”. Afirma que ambos se completam e não há relação de inferioridade de um para o outro.²³²

1.3.1.7 As posições intermediárias de Julio Fabbrini Mirabete e Vicente Greco Filho

Julio Fabbrini Mirabete considera o Direito Processual Penal, além de estudar os conjuntos das normas para aplicar o direito penal, com o fim de apurar o delito e punir o infrator da lei, um instrumento indispensável para que o Estado proponha a ação penal. Para isso, o autor destaca a imprescindibilidade das atividades investigatórias que são praticadas em regra por atos administrativos da Polícia Judiciária através do inquérito policial. Considera a necessidade de normas “que disciplinem a criação, estrutura, sistematização, localização, nomenclatura e atribuição desses diversos órgãos diretos e auxiliares do aparelho judiciário destinado à administração da justiça penal”.²³³

Afasta a utilização da expressão “Direito Judiciário Penal” por ser equivocada ao designar apenas o Direito Processual Penal como ramo do direito que trata da organização judiciária ou, em outro sentido, como a disciplina que trata dos aspectos do poder judiciário. Como o processo penal é o objeto de estudo, a denominação mais adequada é “Direito Processual Penal”.²³⁴

Baseado em José Roberto Baraúna o autor considera o Direito Processual Penal como ciência jurídica, visto que tem como objeto a interpretação das

²³² *Ibidem*, p. 27-28.

²³³ Júlio Fabbrini Mirabete, *Processo penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 31.

²³⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 31-32.

normas processuais penais e o desenvolvimento da dogmática, que possibilita a crítica do ordenamento posto e o desenvolvimento de institutos jurídicos próprios.²³⁵

Assim como Fernando da Costa Tourinho Filho e José Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete considera o processo conceitualmente uno concernente tanto as lides civis como penais. Nesse sentido divide, igualmente, em dois ramos, denominados Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, conforme o conteúdo do processo.

Amparado em Afrânio Silva Jardim, destaca a teoria geral do processo como uma consequência do estudo sistemático do direito processual, contudo, afirma expressamente que “o conteúdo do processo penal, que é a pretensão punitiva, individualiza o ramo jurídico denominado processual penal”.²³⁶

Júlio Fabbrini Mirabete, com precisão, situa o Direito Processual Penal “como uma das partes que compõe o sistema jurídico de um país, não só está subordinado ao Direito Constitucional, como mantém íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas”.

Acrescenta o autor, que essa ciência se beneficia de “ciências extras jurídica, que colaboram com os atos de investigação e do processo a fim de que a composição do litígio penal se faça da forma mais adequada, inspirada sempre no ideal de justiça”.²³⁷

Vicente Greco Filho destaca que o Direito Processual recebe uma inspiração unificadora na atualidade. Séculos atrás o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal recebiam tratamento distinto, mas a busca por pontos comuns da atividade jurisdicional conferiu “tratamento científico unificado em seus institutos fundamentais”.²³⁸

²³⁵ Ibidem, p. 32.

²³⁶ Ibidem, p. 32-33.

²³⁷ Ibidem, p. 33.

²³⁸ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

Considera o autor que o poder jurisdicional é único, estruturado pela Constituição da República, resultando em aspectos comuns que permeiam toda atividade jurisdicional.²³⁹

Afirma Vicente Greco Filho que cabe “ao estudioso do processo a identificação do que é válido para todos os ramos do Direito Processual e do que é específico, apontando, pois, os princípios e normas plurivalentes e os monovalentes”. Contudo, o autor destaca que essa divisão “não é fácil inclusive por razões históricas”.²⁴⁰

Observa o autor que na fase primitiva do direito existia uma indefinição sobre as violações do direito existente, sem uma separação entre civil e penal. O Direito Processual, embora não existisse tecnicamente, acompanhou esse momento. Com a complexidade das relações jurídicas a dogmática passou a agrupar as regras jurídicas e seus próprios princípios em sistema. Essa divisão sistêmica “em ramos principiologicamente distintos separou, também, o processo, por quanto este, instrumental em relação as normas de direito material, submetia-se as exigências diferentes de cada um.”²⁴¹

Vicente Greco Filho não considera um retrocesso a reunificação do processo numa teoria geral, não significa um retorno à fase primitiva do Direito. Observa o autor que além do reconhecimento da autonomia do Direito Processual em relação ao material, a “formulação de uma teoria geral realça essa autonomia e a sua dignidade por meio do reconhecimento de que, qualquer que seja o ramo do direito que se aplica no processo, há algo que não depende daquele e que, portando, é exclusiva e puramente processo”.²⁴²

Vicente Greco Filho considera inegáveis os benefícios da teoria geral do processo ao sistema do Direito Processual. Chama a atenção para a *formulação incompleta dessa teoria*; chega a afirmar que há “muito o que fazer para se chegar a um abrangente conjuntos de princípios omnivalentes, que informem o

²³⁹ Idem, *ibidem*.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*, p. 2.

processo civil, o processo penal (comum e militar), o processo do trabalho e o processo eleitoral”.²⁴³

Embora defenda a teoria geral do processo, Vicente Greco Filho, ao lado de Júlio Fabbrini Mirabete, *apresenta uma posição intermediária*. Propõe a *redução do grau de generalidade para a formulação de teorias gerais do processo civil e do processo penal*, “com princípios plurivalentes”. Explica o autor a necessidade de reduzir “ainda mais o âmbito, cada um dos sistemas pode comportar subsistemas em círculos concêntricos ou na forma de organograma em que a célula superior abrange e informa as a ela inferiores”.²⁴⁴

Dentro desta sistematização geral do Direito Processual *aponta a existência de subsistemas* dos Direitos Processuais civil, penal, trabalhista e eleitoral. Identifica uma *situação comum a todos os ramos do processo*: a *existência de sistemas com princípios próprios* dentro do sistema processual civil, do processual penal e etc. No processual civil visualiza um sistema comum singular, outro relacionado às ações coletivas e o terceiro dos juizados especiais. Observa que a criação destes passou despercebida como a instituição de um novo sistema processual civil, com princípios próprios. Para o autor, *isso não significa a exclusão da teoria geral do processo civil*, mas *restrição* “aos conceitos que possam ser aplicados a ambos os sistemas”.²⁴⁵

Vicente Greco identifica fenômeno idêntico na esfera processual penal atinentes aos procedimentos especiais que tem não apenas procedimentos especiais em relação ao procedimento comum, “mas sistemas com princípios próprios e que comportam também subsistemas”.²⁴⁶

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem, p. 3. O autor cita como exemplo o caso do conceito de legitimidade para agir nas ações coletivas que difere da clássica definição de legitimação ordinária onde “alguém age em nome próprio sobre direito próprio e na extraordinária alguém age em nome próprio sobre direito de terceiro, uma vez que nesse sistema ordinário é a legitimação das associações”. Em decorrência disso, o autor propõe inclusive a reflexão sobre a elaboração de um “código de processo coletivo, com soluções próprias a seus objetivos (*Manual de Processo Penal*, cit., p. 3).

²⁴⁶ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, cit., p. 3.

Por isso, o autor considera *impossível o ensaio para identificar* os “princípios e seus diversos graus de generalidade, da teoria geral do processo para os sistemas e subsistemas”. Por outro lado, afirma que *fica como desafio aos cientistas do direito* que caso venha a ser enfrentado, “trará valiosa contribuição ao estudo do processo”.²⁴⁷

Vicente Greco Filho, de forma imparcial, pondera que a “reaproximação dos ramos do direito processual e a formulação de uma teoria geral têm trazido benefícios, mas também algumas deformações”. Destaca que o Direito Processual Civil no Brasil “evoluiu tecnicamente com maior rapidez que o Direito Processual Penal, consagrando suas teorias, plasmando seus institutos, merecendo, inclusive, maior destaque bibliográfico”. O autor observa que “nem sempre as conclusões foram proveitosas e adequadas”.²⁴⁸

Destaca que o processo civil foi influenciado por uma nova visão publicística, o que o auxilia a romper com a sempre presente subordinação de seus regramentos ao direito privado. Mas a teoria geral do processo civil foi desenvolvida com base no modelo da ação condenatória simples de cobrança,

entrando a teoria geral em crise diante de temas como os procedimentos especiais, a própria execução, o processo em que se aplicam direitos de ordem pública ou outros, cuja peculiaridade repercute no processo de modo a exigir o estudo de seus temas fundamentais aparentemente consagrados.²⁴⁹

Observa Vicente Greco Filho que o Direito Processual Penal e do Trabalho influenciam o processo civil com a propositura de novos institutos e aperfeiçoamentos, “como trancamento da ação por meio de mandado de segurança, a coisa julgada pode ser parcial”.²⁵⁰

Sem a intenção de delinear uma visão unitária intrínseca amparada por princípios gerais que conduzem a correta interpretação dos institutos processuais

²⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 3.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 4. O autor cita como exemplo a teoria da ação, a formulação das suas condições e pressupostos processuais aspectos da competência e da coisa julgada. (*Manual de Processo Penal*, cit., p. 4)

²⁴⁹ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, cit., p. 4.

²⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 4.

que se implicam reciprocamente, destaca que o Direito Processual tem estrutura e desenvolvimento lógico rigorosos, diferente de outros ramos do direito com normas distintas.²⁵¹

Por fim, o autor conclui que *existe uma parte comum a todos os ramos do direito processual* “que justifica a formulação de uma teoria geral”; coloca como um desafio do trabalho científico a “determinação dos verdadeiros princípios gerais do processo, evitando a extensão de idéias privativas de um determinado ramo a outro, mas também que de útil um pode ensinar aos demais”; entende que o processo penal tradicional “apresenta pontos críticos de solução insatisfatória”, com desequilíbrio das partes e uma incorreta aplicação do ordenamento jurídico, do direito de defesa, entre outros.²⁵²

Se a teoria geral do Direito Processual Civil ocasiona uma crise para o próprio processo civil, quanto mais uma teoria geral do processo, com bases eminentemente civis, para o processo penal.

1.3.2 Delineamentos de uma teoria do Direito Processual Penal

1.3.2.1 Joaquim Canuto Mendes de Almeida

Os estudos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida são extremamente relevantes para a compreensão da problemática que ora se insere, principalmente, porque foi Professor na Faculdade de Direito da Universidade de

²⁵¹ Ibidem, p. 5.

²⁵² Ibidem, p. 4-5.

São Paulo dos Professores Hermínio Alberto Marques Porto,²⁵³ Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo.

Consequentemente, muito do que é ensinado pelos Discípulos nas obras e nas aulas decorre dos ensinamentos do “Professor Canuto”, que já ousava discordar dos estudos da teoria geral do Processo extensivos ao Direito Processual Penal.²⁵⁴

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, além de influenciar diretamente a teoria do Direito Processual Penal, deve ser considerado como o principal precursor de suas bases técnico – jurídicas.

O autor chama a atenção para o fato de que existe certo predomínio na teoria geral do processo (judiciário) de “preconceitos da processualística civil, dentre os quais o mais grave esta na indébita generalização da pretensa inércia da autoridade jurisdicional, como se posta sempre à disposição da pretensão das partes”.²⁵⁵

Esclarece o autor que isto ocorre somente no juízo civil, mas não no juízo penal, onde prevalece a necessidade da pena e do processo penal para concretizá-la.²⁵⁶

Ressalta o autor que prevalece no processo civil o princípio da disponibilidade, no processo penal, por outro lado, o princípio da indisponibilidade.²⁵⁷

²⁵³ O Professor Hermínio Alberto Marques Porto se fez discípulo do Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, do qual sempre expressou admiração e respeito, e do Professor José Frederico Marques, o principal expoente da Teoria Geral do Processo no Brasil. A convite do Professor José Frederico Marques passou a lecionar na Faculdade Paulista de Direito, onde em 1971, mediante concurso conquistou o mais alto posto da carreira docente em nossa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, *Catedrático* em Direito Judiciário Penal.

²⁵⁴ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 10.

²⁵⁵ Idem, *ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

Considera o juiz automático, livre “de travas estabelecíveis por obras das partes”, ainda que o processo seja acusatório, pois as partes não têm disponibilidade. Por isso, prefere tratar acusação e defesa como “partícipes” e não como partes.²⁵⁸

Sobre a ação popular penal, onde qualquer do povo poderia propô-la, pois há impessoalidade sobre o titular, com o advento do Ministério Público penal caiu em desuso. O promotor de justiça substitui o titular primário da ação penal publica que é qualquer pessoa do povo, “o público”. A única ação popular do povo, mas que não é processual se refere a comunicação da notícia do crime.²⁵⁹

A ação penal pública, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, tem por fim tutelar o “interesse impessoal do público”, por isso, o Estado assume a tarefa de exercer o poder de punir pela ação do Ministério Público. O autor não se descarta do fim do processo penal de tutelar a liberdade jurídica do acusado que “se apresenta irrenunciável durante a ação penal”. Prevalece uma nota de inquisitividade e a colaboração dos partícipes entre “acusador e acusado” por meio do contraditório no processo jurisdicional.²⁶⁰

Sobre o contraditório, ressalta a indisponibilidade, como característica inerente a ação jurisdicional. Observa o autor que a ação coopera com a jurisdição penal para realizar um fim comum. Volta-se para atingir concretamente o direito de punir por meio da pena ou da medida de segurança e tutelar, pelas leis processuais penais, os direitos individuais. Com isso, conclui que a jurisdição diz respeito a atividade dos juízes e a ação àquela exercida pelas partes. Com isso, o processo penal reflete o direito penal, pois procura satisfazer o interesse público de aplicar uma penalidade. Por isso, “a ação penal, de interesse público, qual também se ostenta, constitui tarefa de Ministério Público”.²⁶¹

Ressalta o autor o caráter publicístico da ação penal, por ser pública. Sobre a ação de iniciativa privada, explica que também deve ser considera

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem, p. 11-12.

²⁶⁰ Ibidem, p. 16.

²⁶¹ Ibidem, p. 16-19.

pública, porque tende a realização do direito penal, simultaneamente, do contraditório judicial, e dos direitos fundamentais do acusado. Ainda que atribua certa disponibilidade ao ofendido, a ação penal conserva “a efetivação do mesmo fim penal, de interesse público.”²⁶²

Destaca a necessidade da ação penal ser pública, regida pelo princípio publicístico, porque visa a realizar concretamente o poder-dever de punir do Estado. Não resta oportunidade ou conveniência para o Ministério Público, cada membro da instituição “está obrigado a realizar sua específica tarefa: a de dar início a ação penal, ou não (se não for caso dela) e a praticar, ou não, atos de postulação (acusação) e probação, bem como atos de impugnação (recursos)”.²⁶³

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, na obra denominada *Princípios fundamentais do processo penal*, ao estudar o contraditório, confronta o processo civil com o processo penal.²⁶⁴

Coloca o autor que o juiz deve observar duas posições: da *norma jurídica* e da *situação de fato*. Para a *primeira* a atividade judicial é idêntica no processo penal e no processo civil. Sobre a posição da *situação de fato* há inúmeras divergências.

O juiz no processo civil não tem o dever precisa buscar a realidade do fato, se contenta com a “mera afirmação das partes”. O acordo “é condição suficiente para a posição do fato na sentença: é uma equivalência judiciária”.²⁶⁵

²⁶² Ibidem, p. 19-20.

²⁶³ Ibidem, p. 21-22. Joaquim Canuto Mendes de Almeida destaca a origem do Ministério Público e como adquiriu a atribuição de acusar penalmente alguém. O poder-dever de ação penal se destacou do poder-dever inquisitivo do juiz com o passar dos séculos. O juiz presidia a devassa especial de ofício e no momento da fase processual acusatória onde se desenvolvia um debate alternado entre as partes, “as cargas de acusar recaiam sobre o escrivão, incumbido este de ler e provar os artigos de imputação.” Estes atos foram reconhecidos como “de verdadeiro ministério público”. Pela sua importância, “reclamaram a criação de cargos a eles especificamente predestinados em relativo descarrego da tarefa do juiz. Seus ocupantes, no Brasil, tomaram o nome de ‘promotor público’, herdado do Direito Canônico, através do Direito do uso” (Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*, cit., p. 10).

²⁶⁴ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 105.

Destaca o autor que o acertamento da verdade para o juiz civil é “um resultado puramente fortuito”. Por isso, “a verdade no processo civil, encontra oposição a verdade real, que se busca no foro criminal, e denominada formal, convencional, jurídica”.²⁶⁶

Enfatiza Joaquim Canuto Mendes de Almeida que o mesmo não ocorre no processo penal, o Estado não é um estranho ao conflito, tem interesse unitário sobre os dois aspectos fundamentais: punição do culpado e; liberdade do inocente. O primeiro está previsto na norma penal incriminadora e o segundo garantido nas “normas de direito constitucional e praticamente reconhecido pela forma jurisdicional imposta à função administrativa de atuação da pena.”²⁶⁷

Sobre o conflito entre o direito de punir o culpado e o direito de liberdade do inocente, considera que não gera “a lide propriamente dita”, porque, segundo o entendimento de Carnelutti, esta existe quando alguém pretende a tutela imediata de seu interesse em conflito com o interesse de outra pessoa que resiste. No processo penal as partes contratantes não existem. O Estado, “em face dos dois aspectos contrários de aplicabilidade da lei penal, não tem preferências especiais e procura, apenas, sob forma jurisdicional, mas com atividade substancialmente administrativa, a *justa* aplicação da norma”.²⁶⁸

Em decorrência da obrigatoriedade e da legalidade o Ministério Público não pode renunciar o processo, tão pouco o imputado em decorrência do princípio da inevitabilidade, “nenhuma relevância, pois, é reconhecida às considerações subjetivas dos sujeitos que parecem personificar os dois interesses contratantes”.²⁶⁹

O processo penal, segundo o autor tem por fim alcançar a verdade real, por isso, não há espaço para as partes modelarem a relação jurídico-material, “assim, o juiz é inquisitivo.”²⁷⁰

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, p.106.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.106.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.106-107.

Esclarece que o princípio inquisitório não impede a atividade processual das “partes”, não tem como fim atribuir o monopólio da busca da verdade ao juiz, mas apenas impedir que as partes o exerçam. Assim, o contraditório não impede a iniciativa instrutória do juiz. O juiz não deve “permanecer passivamente assistindo ao debate.”

Desenvolve um “concurso” entre o acusado e Ministério Público para realizar a justiça penal. Isso ocorre de forma contraditória, não há controvérsia entre as partes, não há dúvida interna da justiça pública, o desenvolvimento contraditório não corresponde aos “interesses contratantes dos sujeitos processuais”.²⁷¹

Exige-se no processo penal a presença efetiva do acusado, que não pode ser julgado à revelia. Diversamente do que ocorre no processo civil, o acusado “nunca perde o direito de defesa”, além disso, é obrigatória a nomeação de defensor para representá-lo em todos os atos do processo.²⁷²

Por fim, Joaquim Canuto Mendes de Almeida delineando as bases teóricas da teoria do Direito Processual Penal, ousou defender o direito de defesa no inquérito policial.²⁷³

1.3.2.2 Sérgio Marcos de Moraes Pitombo

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo em *Prefácio* da obra denominada *Teoria do Direito Processual Penal*, da lavra de Rogério Lauria Tucci, destaca como título

²⁷¹ Ibidem, p.107.

²⁷² Ibidem, p.108.

²⁷³ Idem, O direito de defesa no inquérito policial, resultante da supressão da pronúncia no juízo singular In: *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p.187-217.

*a dignidade do processo penal: de Canuto Mendes a Lauria Tucci.*²⁷⁴ Nessa ocasião, aponta a linha de pesquisa da teoria do Direito Processual Penal pautada na “normatividade constitucional do processo” e na “visão da *Lei Magna* como base do direito processual”.

Prossegue Sérgio Marcos de Moraes Pitombo indicando a necessidade de um estudo sistemático do Direito Processual Penal, nos seguintes termos:

O Congresso Nacional acha-se produzindo, a toque de imprensa, mais que sempre, leis de constitucionalidade, no mínimo duvidosas. Escapam elas, muita vez, de acabar fulminadas, à força de exegese salvacionista, elaborada por doutrina cortesã, que termina aceita pelos tribunais. A vida judiciária, no País, exhibe rol crescido de ameaças e de transgressões aos direitos individuais e suas garantias. Ora se originam na pura ignorância dos preceitos da Lei Maior, ora, em imaginado pragmatismo processual, que nada deseja atender e respeitar, sob a falácia de existir clima de guerrilha. Espécie de direito alternativo da violência, que não serve aos fins sociais da lei.²⁷⁵

Esse contexto, segundo Sérgio Marcos de Moraes Pitombo reforça a necessidade de analisar sistematicamente o Direito Processual Penal em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil. Acrescenta que “daí a atualidade da primorosa obra de Rogério Lauria Tucci, que se fez discípulo de Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo contribui na formação da teoria do Direito Processual Penal, numa parte muito especial: *inquérito policial*.

Procurou despertar o senso crítico dos pesquisadores sobre a importância do inquérito policial para a sociedade e sobre a extensão dos regramentos constitucionais ao investigado, como decorrência lógica do reconhecimento deste como pessoa e, não mais, como simples objeto da investigação criminal. Insurgiu-se contra dogmas mecanicistas, como por exemplo, o inquérito policial é mera peça informativa, de natureza administrativa e inquisitiva.

²⁷⁴ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Prefácio. Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁷⁵ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Prefácio, Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit.

Entre seus estudos, podemos destacar o reconhecimento do *exercício do direito de defesa no inquérito policial*,²⁷⁶ a constatação da *formação da culpa preliminar na fase extrajudicial*,²⁷⁷ a *pesquisa da verdade na persecução penal*,²⁷⁸ o *indiciamento como ato exclusivo de Polícia Judiciária*,²⁷⁹ a natureza jurídica da *decisão de arquivamento do inquérito policial*²⁸⁰ e a *prisão temporária como efeito da crise urbana*.²⁸¹

1.3.2.3 Rogério Lauria Tucci

Rogério Lauria Tucci ressalta a longa “ (mais de um milênio, quase dois) relação de subsidiariedade do processo penal ao civil”. Disso decorre o estreitamento entre ambas as áreas ou “a proclamada vinculação do penal ao civil, - existência da denominada *teoria geral do processo*.”²⁸² O autor procura explicar essa tendência da seguinte forma:

Na realidade contribuíram, para isso, precipuamente, a contemplação (ou confusão...) unívoca dos denominados princípios, regramentos e institutos de cada um deles, tendo-os, portanto, como se idênticos ou semelhantes fossem; e, simultaneamente, a versação destes, em larga escala, por processualistas civis, deslocados, no mais das vezes ocasionalmente, para o campo de abrangência exclusiva do Direito Processual Penal.²⁸³

²⁷⁶ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Inquérito policial: Exercício do direito de defesa. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 7, n. 83, abr. 1999.

²⁷⁷ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Mais de 126 anos de Inquérito Policial – Perspectivas para o futuro. In *Revista da ADPESP*. São Paulo: Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, Ano 19, n.25, Mar. 1998.

²⁷⁸ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: *Processo Penal e Constituição Federal*. Orgs. Hermínio Alberto Marques Porto e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Acadêmica, 1993.

²⁷⁹ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

²⁸⁰ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Arquivamento do inquérito policial. Sua força e efeito. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 11, p.13, out./dez. 1982.

²⁸¹ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Prisão temporária e crise urbana. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 603, jan. 1986.

²⁸² Rogério Lauria Tucci, Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do advogado*, Associação dos advogados de São Paulo, n. 61, Nov/2000, p.89-103.

²⁸³ Idem, ibidem, p. 89. O autor admite o seguinte: “Até mesmo nós nos enquadrámos, em linha de princípio, nessa inusitada situação: livre-docente concursado de Direito Judiciário Civil, passamos

Diante desse panorama, Rogério Lauria Tucci desenvolve um estudo sistemático sobre a *teoria do Direito Processual Penal* ao tratar da *jurisdição*, da *ação* e do *processo*.²⁸⁴ Ressalta o autor como o principal objetivo da pesquisa

conferir ao Direito Processual Penal a exigível dignidade científica, mostrando-o (como, na realidade, se apresenta) de todo despregado do Direito Processual Civil; portanto, autônomo e independente, como um dos mais importantes ramos da ciência processual.

Daí o resultado perseguido e, por certo, atingido: afastada – por excogitável, inadmissível, como temos procurado demonstrar – a concepção (civilística, à evidência) de uma teoria geral do processo, o de lançar as bases sólidas da construção de uma teoria particularizada ao processo penal, tal como ele é, destacadamente, no universo jurídico.²⁸⁵

O autor desenvolve raciocínio lógico demonstrativo de irrelevância de lide em processo penal. Destaca que neste processo estão sempre em jogo interesses indisponíveis e o desajuste da conceituação carneluttiana de lide e de pretensão. Inicialmente, o autor destaca um trecho da lavra de Piero Calamandrei, que reproduzimos abaixo:

O processo penal não tem, de fato, o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado a respeito da existência do crime ou da medida da pena, de sorte a perder sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente composto entre os dois “litigantes”; mas tem lugar porque, em nosso ordenamento jurídico, a punição do culpado só pode ocorrer mediante pronunciamento jurisdicional.²⁸⁶

à regência da disciplina Direito Processual Penal (primeiramente, no Curso de Graduação, e, em seqüência, no de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) circunstancialmente, ou seja, em virtude de doença e posterior falecimento de ilustre e saudoso Professor do Curso Noturno, substituindo-o eventualmente, e, depois, sucedendo-o. É de ser ressaltado, contudo, a bem da verdade, que nos afeiçoamos de tal maneira ao processo penal que, a não ser em episódicas substituições, nunca mais ministramos, na U.S.P., a disciplina Direito Processual Civil. E, assim sendo, cultivando-o com ardor, desde o ano de 1969, foi-nos possibilitada a percepção da autonomia do Direito Processual Penal, no âmbito da ciência penal, *lacto sensu* considerada, e, portanto, sem nenhuma vinculação com o processo civil; vale dizer, com sua própria e inconfundível teoria – a *teoria geral do processo penal*. No derradeiro enfoque, faz-se inequívoca, outrossim, a constatação de que o número de processualistas penais autênticos é infinitamente menor do que o de civis; fato que se verifica, particularmente, em nosso País, numa palpável desproporção...” (Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo, cit., p. 89).

²⁸⁴ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 11.

²⁸⁶ Piero Calamandrei, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, *Opere giuridiche*, Nápoles: Morano, 1965, v. I, p.212; Apud Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 33-34.

Segundo Rogério Lauria Tucci o processo penal se destina a resolver um relevante “conflito de interesses públicos” qualificados pela especial relevância social. Considera inadequado a “transposição do conceito civilístico de pretensão para o processo penal.” A pretensão se apresenta como um elemento “caracterizador da ocorrência de lide – seja pela resistência oposta pelo sujeito passivo da relação jurídica, cuja definição constitui a meta do processo extrapenal de conhecimento; seja pela insatisfação do direito neste reconhecido.” Para existência de processo penal basta “a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, a norma penal material.”²⁸⁷

O autor complementa a retratação de Francesco Carnelutti pontuando que o postulante em ação penal condenatória não faz nenhuma exigência em face de quem quer que seja (nem antes, nem quando da propositura e no desenrolar do respectivo processo), mas, apenas, *requer* a imposição de sanção penal ao processado”. Por isso, o autor afirma que “os conceitos de *pretensão punitiva*, ou, ainda, de *pretensão executória*, não se adequam ao processo penal, sendo lhe que todo estranhas.”²⁸⁸

Rogério Lauria Tucci identifica com uma super-regra do Direito Processual Penal aquela “correspondente ao *caráter publicístico* do respectivo processo.” Isso porque todos os conflitos de interesses que decorrem da infração penal são públicos, sendo o Estado titular exclusivo do poder–dever de punir, em busca de atingir uma dupla finalidade processual penal: a realização de bem comum e a pacificação social, assegurando a liberdade jurídica do indivíduo e protegendo a sociedade contra atos infringentes da norma penal incriminadora.²⁸⁹

A tutela da liberdade jurídica do indivíduo, segundo o autor, “integra a própria *essencialidade do poder–dever de punir*, que, na forma já explicitada, se faz exclusivo do Estado exatamente pelo fato de dever ser ele, precipuamente também, ‘guardião-mor das garantias individuais’”. Conclui que todas essas características delineiam “a incidência do *interesse público*, em altíssimo grau;

²⁸⁷ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 34-35.

²⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 36.

²⁸⁹ *Ibidem*, cit., p. 226.

determinante do *caráter publicístico do processo penal*, que o distingue, nitidamente, de todos os outros ramos do Direito Processual, em especial do Processo Civil.”²⁹⁰

Rogério Lauria Tucci se posiciona no sentido de classificar todas as ações penais como públicas, em outras palavras, a pública propriamente dita e a “*ação penal pública de iniciativa privada*.” Adota como critério de distinção o referente

*ao sujeito do exercício do direito à jurisdição, isto é, respectivamente, a) funcionário público (promotor ou procurador de justiça), agindo em nome do Estado-Administração; e b) particular (ofendido, ou seu representante legal), como substituto processual deste, que é, indubitavelmente, o exclusivo titular do interesse punitivo inserido em concreta relação jurídica de natureza penal.*²⁹¹

Outra questão sobre a disponibilidade no processo penal se relaciona ao fato de o ordenamento jurídico brasileiro permitir a transação penal na hipótese de crime de menor potencial ofensivo.

Isso não significa que a se instituiu a disponibilidade da sanção na esfera penal. Neste caso, como explica Rogério Lauria Tucci, a finalidade da norma é a “de propiciar a autor de infração penal tida como de menor potencial ofensivo a possibilidade de não sofrer os efeitos de processo criminal, em determinadas circunstâncias, e mediante certas condições”.²⁹²

Trata-se de direito subjetivo do autor do fato criminoso de menor potencial ofensivo, desde que preenchidos os requisitos legais. Aduz o autor sobre a verificação desses requisitos “independe da existência de poder discricionário ministerial: basta que estejam reunidos os pressupostos e requisitos do benefício legal, para que o suposto infrator de norma penal a ele faça jus.”²⁹³

²⁹⁰ Ibidem, p. 227.

²⁹¹ Ibidem, p. 112.

²⁹² Ibidem, p. 121.

²⁹³ Ibidem.

1.3.2.4 Novos adeptos da teoria do Direito Processual Penal: Paulo Rangel e Walter Nunes da Silva Júnior

Paulo Rangel admite que a sua formação “foi em cima da idéia de TGP – Teoria Geral do Processo”, mas se “livrar desta postura não foi uma decisão fácil. Venho refletindo, lendo e ouvindo todos que pensam diferente, e vou continuar”.²⁹⁴

Assim o autor destaca que adotou “o conceito de caso penal” e afastou “o de lide no processo penal. Tal postura se deve a influência positiva que tive do Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, meu orientador, quando no Doutorado”.²⁹⁵ Com isso, admite a influência da *filosofia* e da *psicanálise* na formação de seu pensamento jurídico.

Explica que o enfrentamento entre a pretensão e a resistência foi abandonado, mas a expressão *pretensão* continua sendo usada tendo em vista que o Ministério Público “exerce a pretensão acusatória justaposta a pretensão de liberdade do réu (logo, não é contra, nem este subordinado àquele; seria o caos se assim fosse no processo penal)”.²⁹⁶

Com isso, Paulo Rangel explica que a pretensão em seu estudo não tem o sentido conferido por Francesco Carnelutti, mas não pretende “dar um novo conceito de pretensão, processualmente falando”. Como o direito de punir pertence ao Estado-juiz entende que o Ministério Público “não exerce pretensão punitiva”. A pretensão penal deve ser entendida como a “reivindicação, aspiração contida na acusação (imputação penal + pedido)”.²⁹⁷

Ressalva o autor que essa mudança de posição não impõe a decisão de deixar de utilizar conceitos do processo civil. Pelo contrário, sempre que utilizá-

²⁹⁴ Paulo Rangel, *Direito Processual Penal* 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. xlix.

²⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. xlvi.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. xlvi e xlv.

los, tomara o cuidado “de não emprestar a idéia de que o faço em decorrência da teoria geral do processo como se fosse única”, pois “o processo penal tem suas categorias próprias”.²⁹⁸

Paulo Rangel procura situar o seu leitor sobre a mudança de teoria adotada nos seguintes termos:

(...) convencido estou de que a famigerada teoria geral do processo não serve para ambas as ciências, civil e penal. Mas isso não significa que aqueles, que, assim como eu pensava, ainda pensam estejam errados. Trata de posição doutrinária que temos que respeitar, pois tenho dito (e incorporei isso à obra) que temos que apreender a lidar com as diferenças (Warat). Nosso problema, no Direito, é que achamos que aqueles que pensam diferente de nós estão sempre errados, ou seja, não sabemos lidar com as diferenças de pensamento. Eu mesmo tenho-me corrigido e me policiado. *Orai e vigiai*, é uma máxima cristã.²⁹⁹

Walter Nunes da Silva Júnior estrutura uma obra sobre Direito Processual Penal,³⁰⁰ onde dedica parte dela para demonstra a existência de uma *teoria do Direito Processual Penal Constitucional*.

O autor parte do pressuposto que o Direito Processual Penal deve ser “concebido como o ramo da ciência jurídica que se ocupa do estudo dos princípios e institutos que dizem respeito ao exercício da atividade jurisdicional.” Acrescenta que para “rebuscar a teoria do processo penal é preciso, mais do que pura investigação jurídica, ir além dessa área restrita para resgatar e compreender as suas raízes político-filosóficas.”³⁰¹

Para isso, considera imprescindível constatar os reflexos decorrentes da “nova configuração dos Estados contemporâneos (neoconstitucional) e a função desempenhada pelas Constituições”, o que permite a compreensão das normas infraconstitucionais.³⁰²

²⁹⁸ Ibidem, p. xlix.

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ Walter Nunes da Silva Júnior, *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁰¹ Idem, ibidem, p. 253.

³⁰² Ibidem.

Constata que esse paradigma, embora encontre as raízes na queda do Absolutismo, evidencia-se e repercute pelo mundo após a Segunda Grande Guerra. Molda os Estados como Constitucional de Direito, em decorrência da ampliação do plano normativo com a adoção de uma Constituição para vários países (Comunidade Européia).³⁰³

Por isso, considera mais adequado ao cientista do Direito Processual Penal

perquirir a teoria constitucional de um determinado ramo do Direito do que a teoria geral, até porque esta se subordina àquela, especialmente no campo do Direito Processual Penal, cujo perfil tutelar dos direitos fundamentais é um corolário lógico do ideário firmado pelo Estado democrático com raízes fincadas em uma Constituição, uma vez que este texto possui posição hegemônica no sistema jurídico e tem a sua inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação assegurada mediante ampla jurisdição constitucional, exercida pela adoção da técnica concentrada e difusa. Os direitos fundamentais, assim, possuem função fundamentadora, interpretativa e supletiva do ordenamento jurídico processual penal.³⁰⁴

O autor identifica uma dimensão constitucional da teoria do processo penal, porque o constitucionalismo contemporâneo (pós Segunda Guerra) tem como premissa a democracia e os direitos fundamentais. Consequentemente, importa pesquisar a teoria constitucional do processo, do que a teoria geral do processo. Principalmente a teoria constitucional do processo penal, pois constata que a “história dos direitos fundamentais mostra que a razão de ser destes repousa em movimento iniciado no sentido de impor limites ao poder do Estado, aí inserido o de punir por meio do exercício da jurisdição penal.”³⁰⁵

Com isso, Walter Nunes da Silva Júnior identifica o processo penal como um legítimo instrumento para o uso da força estatal na persecução penal, porém, se manifesta “como uma limitação quanto ao uso desse poder-dever. O processo penal foi pensado e existe como uma forma de freio ao poder de punir do Estado”. Por isso, observa o autor, “desde as primeiras cartas constitucionais, com especial destaque para a americana e a brasileira de 1824, dentre os direitos

³⁰³ Ibidem, p. 254.

³⁰⁴ Ibidem, p. 256.

³⁰⁵ Ibidem, p. 260-262.

fundamentais, encontram-se catalogadas várias disposições referentes à perseguição criminal”.³⁰⁶

Portanto, o autor considera essencial visualizar o processo penal como a “imagem e semelhança da teoria que informa e alicerça os direitos fundamentais. Com isso, se tem que a teoria do processo penal é, substancialmente, constitucional”, conforme os direitos humanos fundamentais assegurados na Constituição brasileira e nos tratados internacionais sobre direitos humanos.³⁰⁷

Por fim, conclui Walter Nunes da Silva Júnior que esse movimento de

constitucionalização do ordenamento subconstitucional, sente-se a necessidade de a doutrina esboçar a teoria constitucional do processo penal, principalmente porque, como já foi visto antes, esse ramo do Direito trata da proteção da maioria dos direitos fundamentais, que detém função fundamentadora, interpretativa e supletiva desse microsistema jurídico.³⁰⁸

Essa mudança gradativa de pensamento dos cientistas do Direito Processual Penal fortalece as primeiras observações lançadas por Joaquim Canuto Mendes de Almeida sobre a estruturação de uma teoria própria, cuja voz vem ecoando cada vez mais na Ciência do Direito.

1.4 Considerações sobre a visão do conjunto de regras e princípios do processo penal

Os dogmas consagrados e marcados pela autoridade do cientista do direito são quase inquestionáveis, tidos como verdadeiros “objetos sagrados”. Em pleno século XXI as denominadas correntes majoritárias do direito, além de desprezarem as minoritárias, não admitem questionamentos.

³⁰⁶ Ibidem, p. 263-264.

³⁰⁷ Ibidem, p. 264.

³⁰⁸ Ibidem, p. 264-265.

A simples tentativa de discordância de posicionamento jurídico pacificado gera um movimento sincronizado e inconsciente da comunidade jurídica que fulmina arbitrariamente com os novos argumentos.

Cabe à ciência discordar sem agredir, mesmo porque a verdade dos enunciados é aproximada, tudo desponta como relativo, quanto mais nas ciências humanas, como a Jurisprudência.

Portanto, compete ao cientista, independentemente da área de pesquisa, aperfeiçoar as teorias conhecidas e descobrir novos caminhos em prol do progresso científico e da humanidade.

A especialização na ciência jurídica processual penal traz avanços significativos para a própria ciência e para toda sociedade.

Tércio Sampaio Ferraz aduz sobre “a necessidade de uma ciência jurídica que se construa em parte de conexões vitais”³⁰⁹, relacionadas aos seus diversos ramos, como o civil, o penal, o ambiental, o trabalhista, o processual civil, o processual penal, etc.

Nos Estados Democráticos de Direito se soma à especialização o conteúdo das normas de direitos humanos fundamentais que qualificam o processo penal como instrumento de tutela do indivíduo, pautado na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, manifesta-se Jorge de Figueiredo Dias, após diferenciar os objetos processuais das jurisdições civil e penal identifica “diferenças marcadas na estrutura e nos princípios fundamentais.”³¹⁰

Para encontrar a solução de um problema, entendido como uma questão que permite mais de uma resposta e que exige um entendimento prévio se deve

³⁰⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *A ciência do direito*, cit., p. 38.

³¹⁰ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., p. 57.

levá-lo para um conjunto de deduções denominado sistema, ou seja, na busca da solução o “problema se ordena dentro de um sistema”.³¹¹

A problemática sobre a existência de uma teoria específica do Direito Processual Penal, independente da teoria geral do Processo (civil) e se esta teoria, pautada em conceitos eminentemente civis, constitui meio eficiente de traçar os aspectos fundamentais do Direito Processual Penal, está contida no sistema jurídico.

Para compreendê-lo se faz necessário definir a linha jusfilosófica da presente pesquisa, verificar os fundamentos desse ramo jurídico, compreender o que vem a ser um sistema jurídico e, ainda, identificar e contextualizar a natureza jurídica dos seus principais elementos: direito; norma e; ordenamento jurídico.

³¹¹ Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 34.

CAPÍTULO II

A CIÊNCIA JURÍDICA: OBJETO, MÉTODO, SISTEMATIZAÇÃO E A FORMULAÇÃO DE TEORIAS

SUMÁRIO: 2.1 Considerações iniciais – 2.2 Ciência – 2.3 Ciências sociais - 2.4 Epistemologia jurídica (filosofia do direito) relativa ao caráter científico do saber jurídico e a definição da linha filosófica - 2.5 Considerações sobre o desenvolvimento de uma teoria.

2.1 Considerações iniciais

Neste capítulo se busca identificar a *Jurisprudência* como ciência social, através da identificação do método, do objeto e da sistematização científica, a fim de apontar os elementos que indicam o caráter científico daquela ciência, extensíveis ao Direito Processual Penal.

Compreender toda a dimensão do Direito auxilia no desenvolvimento científico de qualquer dos ramos da *Jurisprudência*, pelo método e definição do objeto de estudo, além conferir uma certa dinâmica ao sistema jurídico.

Qualificar um trabalho como teoria exige o preenchimento de certos requisitos. Neste capítulo, são delineadas as premissas básicas para que uma disciplina proponha uma teoria à sociedade científica na qual faz parte.

A presente pesquisa não tem como propósito esgotar, tampouco, aprofundar as controvérsias entre os naturalistas e positivistas, pois corre-se o risco de disvirtuar-se dos objetivos traçados.

2.2 Ciência

A ciência deriva do latim *scientia* e possui diversos significados.¹ Importam para a presente pesquisa aqueles relacionados à formação e organização de conhecimentos alcançados pela observação humana, por meio da razão e de métodos, para explicar fenômenos e fatos, bem como às disciplinas voltadas a esses conhecimentos.

Segundo o dicionário de filosofia, a ciência diz respeito ao conhecimento que garante a própria validade “em qualquer forma ou medida”. Essa definição visa a se conformar com a ciência moderna, superando o conceito tradicional que exigia a garantia absoluta de validade (“grau máximo de certeza”).²

As diversas concepções de ciência se distinguem conforme a atribuição da garantia de validade consistente na *demonstração*, na *descrição* e na *corrigibilidade*.

¹ O Dicionário da língua portuguesa traz inúmeros significados para o termo *ciência*: “1 conhecimento atento e aprofundado de alguma coisa” (...) “1.1 esse conhecimento como informação, noção precisa; consciência <c. do bem, do mal>” (...) 1.2 conhecimento amplo adquirido via reflexão ou experiência <a c. do bom convívio> (...) 2 processo racional us. pelo homem para se relacionar com a natureza e assim obter resultados que lhe sejam úteis <a c. da pesca> 3 corpo de conhecimentos sistematizados que, adquiridos via observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, são formulados metódica e racionalmente <homem de c.> <dedicar-se à c.> <os progressos da c.> <as leis da c.> 4 p.met. atividade, disciplina ou estudo voltado para qualquer desses ramos do conhecimento <a c. da biologia> <c. do direito> (...) 5 p.ext. conjunto de conhecimentos teóricos, práticos ou técnicos voltados para determinado ramo de atividades; talento; mestria <há c. em conceber um programa de computação> <a c. da gastronomia> <a pouca c. do futebolista> 6 p.ext. erudição, saber <ser um poço de c.> 7 conhecimento puro independente da aplicação 8 FIL conhecimento que, em constante interrogação de seu método, suas origens e seus fins, procura obedecer a princípios válidos e rigorosos, almejando esp. coerência interna e sistematicidade - p.opos. a *opinião* 8.1 na metafísica grega ou no *hegelianismo* moderno, conhecimento filosófico racional, absoluto e sistemático a respeito da essência do real, culminância de todos os saberes particulares e específicos 8.2 FIL cada um dos inúmeros ramos particulares e específicos do conhecimento, caracterizados por sua natureza empírica, lógica e sistemática, baseada em provas, princípios, argumentações ou demonstrações que garantam ou legitimem a sua validade [Menos importante na filosofia grega, tal sentido da palavra tornou-se hegemônico no decorrer do pensamento filosófico moderno.] - ciências s.f.pl. 9 conhecimentos ou disciplinas que mantêm articulações, semelhanças ou conexões sistemáticas, tendo em vista o estudo de determinado tema <c. econômicas> <c. naturais> 10 disciplinas voltadas para o estudo sistemático da natureza ou para o cálculo matemático <no ensino secundário, formavam-se bacharéis em c. e letras> (Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006).

² Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 136.

A *demonstração* das afirmações como garantia de validade da ciência interliga-se no sistema unitário onde nenhuma delas pode ser retirada ou alterada, caracterizado o *ideal da ciência clássica*. A ciência moderna não abalou esse ideal, pois a ciência tende a formar uma totalidade organizada com proposições (compatíveis entre si e não contraditórias). Isto é menos rigoroso do que a unidade sistêmica absoluta. Na linguagem científica a exigência sistêmica foi reduzida para à incompatibilidade.³

Com o iluminismo, os filósofos Bacon e Newton começaram a formar a ciência descritiva. Newton a conceitua ao contrapor o método de análise ao método de síntese. Com isso, supera a fase de mera demonstração por experiências e observações que conduzem a conclusões gerais, para ingressar na fase das causas descobertas como princípios e explicações dos fenômenos.⁴

A falibilidade do conhecimento humano ensejou uma nova concepção para reconhecer como garantia de validade da ciência a *autocorrigibilidade*. Essa concepção ainda não se desenvolveu como as anteriores, mas é muito significativa por superar a pretensão de garantia absoluta e por possibilitar novas perspectivas sobre o estudo analítico. A autocorrigibilidade garante uma exigência de validade da ciência menos dogmática e permite a análise mais imparcial dos instrumentos de verificação e controle científico.⁵

Embora existam as referidas concepções sobre a garantia de validade da ciência, uma não é a negação da outra. Essas concepções coexistem simultaneamente. É comum entre os pesquisadores definir a ciência como a organização ou sistematização de conhecimentos, estruturada em proposições correlacionadas logicamente com o comportamento de determinados fenômenos do objeto de estudo.⁶

³ Idem, ibidem, p. 136-138.

⁴ Ibidem, p. 138.

⁵ Ibidem, p. 139-140.

⁶ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 80.

As infinitas manifestações dos fenômenos, a complexidade do universo, a necessidade humana de explicá-los interpreta-los e estudá-los exigem a estruturação de ramos científicos.⁷ Com isso, foi desenvolvida uma classificação das ciências, dividindo-as em grupos conforme a afinidade de seus objetos ou de instrumentos de pesquisa.⁸

2.3 Ciências sociais

O renascimento marca o redescobrimto de textos antigos e o prazer de investigar sem a influência religiosa e metafísica. No século XIX, as ciências sociais se desenvolvem, especialmente a sociologia (a ciência da sociedade).⁹

Isso ocorre pela necessidade de entender a organização da sociedade e as bases da vida humana inseridas nessa, através da construção de um modelo de pensamento para observar, controlar e explicar os fenômenos sociais.¹⁰

A razão humana trilha a busca pela verdade e possibilita a antecipação e o controle dos fatos sociais, “fazendo uso de mecanismos eficientes de intervenção”.¹¹

Entre as ciências sociais, destacam-se a antropologia cultural, a economia, a sociologia e o direito.

A antropologia “é o estudo do homem, ontem, hoje e no futuro”. A antropologia cultural ou Etnologia estuda o “homem através de sua evolução cultural”.¹² A economia estuda “a formação e o funcionamento dos sucessivos

⁷ Idem, *ibidem*, p. 81.

⁸ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 140.

⁹ Cristina Costa, *Sociologia: Introdução à Ciência da sociedade*. cit, p. 18.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² José Manuel de Sacadura Rocha, *Antropologia jurídica: por uma filosofia antropológica do Direito*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 9.

modos de produção, vista como a ordem econômica da qual dependem o desenvolvimento de um país e suas relações sociais”.¹³ A sociologia se desenvolve porque a sociedade deve ser conhecida pelos seres humanos que nela convivem para que seus objetivos sejam alcançados. Todos os setores da vida social necessitam dos conhecimentos sistematizados pela sociologia, a fim de praticar condutas com segurança. Para isso, há necessidade de planejamento, pesquisa e método.¹⁴

Vale ressaltar que as ciências sociais não são auxiliares, mas complementares, “pois não há hierarquia entre os ramos da ciência, prevalecendo, em determinadas circunstâncias, um ou outro enfoque como o principal.”¹⁵

2.4 Epistemologia jurídica (filosofia do direito) relativa ao caráter científico do saber jurídico e a definição da linha filosófica

Como aspecto preliminar que antecede qualquer análise científica acerca de problemas jurídicos desponta o questionamento sobre o que vem a ser o direito, como meio de definir a opção do pesquisador por determinada linha jusfilosófica, a fim de produzir resultados harmônicos e coerentes entre si. Essa questão suscita discussões intermináveis entre os juristas, sociólogos e demais cientistas sociais.

A definição essencial do direito se trata de um problema “supracientífico ou jusfilosófico”, que ultrapassa a competência da ciência jurídica, “pois a questão do ‘ser’ do direito constitui campo próprio das indagações da ontologia jurídica”.¹⁶

¹³ Lair da Silva Loureiro Filho, *Introdução ao direito. Introdução ao direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61.

¹⁴ Cristina Costa, *Sociologia: Introdução à Ciência da sociedade*, cit., p. 21.

¹⁵ Lair da Silva Loureiro Filho, *Introdução ao direito. Introdução ao direito*, cit., p. 61.

¹⁶ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

Nilo Batista ressalta a relevância das referências pautadas na investigação metodológica jurídica. Além da escassez dessas referências, o autor chama a atenção para o recorrente desinteresse da “literatura penalística nacional em incorporar tal debate, optando freqüentemente por refugiar-se em concepções simplistas e surradas, ou mesmo, sob o influxo do neotecnicismo jurídico antes referido, por silenciar a respeito dele.”¹⁷

Como ponto de partida para responder o que vem a ser o direito, deve-se passar necessariamente pela definição do que vem a ser a ciência jurídica?

No sentido filosófico, a ciência implica a existência de complexos conhecimentos constatados, com caráter descritivo, ordenados em relação de conexidade, genéricos e sistematizados. Procura dar uma explicação satisfatória da realidade, constata o que existiu, existe e existirá, justificando como saber o certo e verdadeiro.¹⁸

Pode-se afirmar que determinada disciplina é ciência quando houver objeto de estudo determinado pela operação do cientista, através do método que fixa as bases de sistematização da ciência.¹⁹ O sucesso da investigação científica depende do método adotado, “porque a segurança e a validade do resultado do pensamento científico dele advém”, sob pena de resultar em “experimentos sem consistência”.²⁰

¹⁷ Nilo Batista, Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2004, n. 1, p. 133.

¹⁸ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 17.

¹⁹ Sobre a ciência jurídica vide Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 30.

²⁰ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 31.

Júlio German Von Kirchmann defende a abordagem científica do direito, caso contrário, a simples alteração de palavras pelo legislador faz com “bibliotecas inteiras se convertam em lixo”.²¹

A Jurisprudência²² preenche todos os requisitos do conhecimento científico, por sistematizar o conhecimento demonstrado, obtido metodicamente e voltado a determinado objeto.²³

As doutrinas epistemológicas justificam teoricamente a ciência do direito, dando à investigação jurídica um caráter científico, em seis direções fundamentais: jusnaturalismo²⁴; empirismo exegético²⁵; historicismo casuístico²⁶; sociologismo eclético²⁷; racionalismo dogmático²⁸ e; egologia existencial²⁹.³⁰

²¹ Júlio German Von Kirchmann, El carácter a-científico de La llamada ciencia Del derecho. Savigny, Kirchmann, Ziltelmann, Kantorowicz. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, [s.d.], p. 251-286.

²² Miguel Reale explica que a “Ciência do Direito durante muito tempo teve o nome de *Jurisprudência*, que era a designação dada pelos juriconsultos romanos. Atualmente, a palavra possui uma acepção estrita, para indicar a doutrina que se vai firmando através de uma sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais ou de resoluções administrativas (jurisprudências judicial e administrativa). Pensamos que tudo deve ser feito para manter-se a acepção clássica dessa palavra, tão densa de significado, que põe em realce uma das virtudes primordiais que deve ter o jurista: a *prudência*, o cauteloso senso de medida das coisas humanas” (*Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62).

²³ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 33.

²⁴ O jusnaturalismo acompanha a evolução humana desde os primórdios quando as leis eram de origem divina, passando pela moderna filosofia de Stammler e Del Vecchio. A lei natural tem a característica da imutabilidade dos seus primeiros princípios, indissociável da natureza humana, por isso, não depende do legislador. As leis elaboradas por este derivam dos primeiros princípios naturais, contudo, não são naturais. O direito natural no século XVII passou da fase objetiva e material para a fase subjetiva e formal, de raízes teológicas, “buscando seus fundamentos de validade na identidade da razão humana”. Nessa fase o direito natural adota o método dedutivo cujo ponto de partida está na hipótese lógica sobre o estado natural do ser humano para se alcançar todas as normas derivadas. Essa evolução trouxe uma “dignidade metodológica especial” à ciência do direito, através da ordenação de preposições, ligando a ciência e o pensamento sistemático. Nesse período surgem estudos indicativos da natureza humana como genuinamente social (Grotius, Pufendorf e Locke) ou como originariamente a-social ou individualista (Hobbes, Spinoza e Rousseau) (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 36-40).

²⁵ A principal expressão da ciência jurídica no século XIX foi o exegetismo, pautado no entendimento de que a lei escrita significa a totalidade do direito positivo, o que levou os juristas a exercerem a função de analisar com rigor o texto legal e “revelar o seu sentido”. Contudo, não negaram o jusnaturalismo, admitiam que as leis positivadas eram a expressão do direito natural. Isso conduz ao raciocínio da época de reduzir o estudo do direito “a mera exegese dos códigos”. “O racionalismo buscava a simetria, a construção lógica perfeita, o que levou à utopia. Foi essa mesma simetria que conduziu os juristas franceses, do século XIX, à idolatria do Código de Napoleão, resumo da moral do mundo, considerado como o edito de natureza eterna e imutável”. “A escola da exegese reuniu a quase-totalidade dos juristas franceses (Proudhon, Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc, Aubry e Rau, Laurent, Marcadé, Demolombe, Troplong, Pothier, Baudry-Lacantinerie, Duranton etc.)”. A doutrina da exegese por considerar somente a

Essas concepções epistemológico-jurídicas sobre o caráter científico da Jurisprudência expressam discrepâncias inconciliáveis atinentes ao problema, impossibilitando pronunciamentos definitivos sobre “o objeto de investigação da ciência jurídica e de se eleger o seu método adequado”.³¹

Maria Helena Diniz observa que o jusnaturalismo foi superado pela moderna filosofia fenomenológica dos valores, “ao conceber o direito como objeto cultural, que pode ocorrer tanto sob a forma de direito justo como de direito injusto”. O direito natural, como ideal valorativo, é incompatível com a imprescindível neutralidade axiológica da ciência. Por isso, não embasa a ciência do direito.³²

Goffredo Telles Júnior discorda da idéia indicativa de um direito natural formado pelo conjunto dos primeiros e imutáveis princípios da moralidade. Estes “não são normas *jurídicas* e, em conseqüência, não podem ser chamadas de

existência do direito positivo delineia um sistema jurídico fechado e completo, onde as lacunas não existem (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 50-57).

²⁶ O historicismo casuístico tem três vertentes: 1ª) rejeita a “teoria jusnaturalista como sistema de princípios morais e racionais”; desenvolve uma teoria “acentuando a dimensão histórica da relação jurídica” (Gustav Hugo); 2ª) “oposição à codificação do direito”, pois não deve ser considerado como “produto racional do legislador”, mas como manifestação do povo pelas tradições e costumes (Savigny) e; 3ª) conjuga o direito natural – formado pela história com o direito positivo, no qual o legislador os representa; considera que o conhecimento científico do direito deve se pautar na experiência jurídica, através do método empírico, pois o direito é um objeto real decorrente da experiência (Friedrich Puchta) (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 97-101).

²⁷ O sociologismo eclético tem essa denominação porque conjuga diversas tendências teóricas que consideram o direito como sociologia, dogmática, direito positivo, etc. (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 101-116),

²⁸ O racionalismo dogmático foi expresso pelo positivismo kelseniano. Maria Helena Diniz esclarece que Hans Kelsen “não negou a utilidade sociológica do direito, nem mesmo sustentou que a justiça não existe, pois em inúmeras passagens de suas obras chega até a admitir a possibilidade de considerações axiológicas, não permitindo apenas que essas lucubrações sejam feitas pela ciência jurídica” (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 116-131).

²⁹ A escola da egologia existencial foi fundada por Carlos Cossio, que considera necessário pautar a ciência do direito na “conduta humana, enfocada em sua dimensão social, e não a norma jurídica. Considera o direito como um objeto cultural, composto de um substrato, que é a conduta em interferência intersubjetiva, e de um sentido, que é o dever de realizar um valor. O direito (...) é um objeto cultural egológico por ter por substrato uma conduta humana compartilhada, sobre a qual incidem valores” (Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 97-101).

³⁰ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 35.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 33.

³² *Ibidem*, p. 47.

Direito.” Considera o direito natural como aquele “que não é artificial. É o Direito consentâneo com o sistema ético de referência, vigente em uma dada coletividade”. O direito artificial pode não coincidir com o sistema de referência da sociedade, constituindo “um Direito desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um pseudo-direito e, às vezes, uma contrafação do direito. Ele forçará o surgimento de interações humanas insubmissas.”

Observa o autor que “nem todo Direito promulgado é Direito natural. Natural, só o é o Direito promulgado que for *consoante com o sistema ético de referência* da coletividade em que ele vigora.”³³

A idéia central de Goffredo Telles Júnior está na tese denominada como *direito quântico*³⁴, na qual os primeiros sinais de vida no planeta Terra foram às manifestações no núcleo das células, que trazem mensagens genéticas emitidas pelo *DNA* (ácido desoxiribonucleico), “sendo causa determinante de *predisposição* dos seres vivos. Dessas indefectíveis mensagens, depende, certamente, a vocação *social* do gênero humano, isto é, o impulso natural para a *convivência*.” Trata-se, segundo o autor, da “primeiríssima fonte da *disciplina da convivência*”, “situada no *patrimônio genético* do ‘animal político’.”³⁵

No entendimento de Goffredo Telles Júnior isso não significa que existe apenas “uma *ordenação ética ideal*” em decorrência da identidade do fundo genético humano. O meio ambiente diversificado influencia a ocorrência de “*mutações* nos patrimônios genéticos coletivos, ocasionando a formação de *índoles e estados de consciência* diferentes, em grandes e diversificadas coletividades”, fato que explica a diversidade cultural das Nações.

³³ Goffredo Telles Júnior define o direito natural como “o conjunto das normas autorizantes em que a inteligência governante da coletividade consigna os movimentos humanos que podem ser oficialmente exigidos, e os que são oficialmente proibidos, de acordo com o sistema ético vigente” (*Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 356).

³⁴ Explica o autor que, “O termo DIREITO QUÂNTICO é um nome. É o nome criado pelo autor deste livro, com a intenção deliberada de assinalar que as LEIS – criações da inteligência, para a ordenação do comportamento humano em sociedade – são tempestivas expressões culturais de subjacentes, silenciosas e perenes disposições genéticas da Mãe-Natureza. Esse nome foi inventado para lembrar que a DISCIPLINA JURÍDICA DA CONVIVÊNCIA é a ordenação do UniVerso no setor humano” (Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, cit., p. 361).

³⁵ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 359-360.

Com o passar do tempo o sistema ético de referência se modifica, por conseguinte, os bens soberanos de determinada sociedade. Estes têm existência histórica, com fundamento no ácido nucléico. O ser humano constrói e é construído pela história. Esta é permanente, em contínuo desenvolvimento para promover “a *fonte doadora de sentido* ao mundo circundante.” Essa história serve de referência para a pessoa julgar, avaliar e conferir valor às coisas. O ser humano constitui “o *bem primordial* e, nessa qualidade, a referência para a determinação dos valores dos outros bens”.³⁶

Convém transcrever as palavras de Goffredo Telles Júnior sobre a experiência jurídica:

O Direito como experiência não pode ser considerado como uma simples série de fatos incluídos dentro de uma categoria estática, dentro de uma forma jurídica *a priori*. A experiência jurídica há de ser apreendida como uma *experiência integral*, em que não só os fatos objetivos, mas, também, as categorias subjetivas, que os qualificam, são igualmente partes da experiência, e igualmente se acham incluídos na história do ser humano. (...) A experiência jurídica é sempre a *atualização* objetiva de um estado de consciência de uma comunidade. É a objetivação do que é considerado jurídico dentro de um grupo social. Em outras palavras, é a vivência daquilo que uma comunidade, por convicção generalizada, qualifica de jurídico, num determinado momento histórico e num determinado lugar. Em consequência, explicar a experiência jurídica pela conexão dos fatos objetivos que a constituem, não é conhecê-la. O conhecimento dessa experiência exige a revelação do *sentido* e do *valor* desses fatos – sentido e valor que lhes é efetivamente conferido pela generalidade dos indivíduos componentes da comunidade em que tais fatos se verificam. As tábuas de bens do ser humano, suas ordens éticas que são, afinal, suas categorias axiológicas, seus *sistemas de referência*, não se formam na razão pura, como desligadas das coisas, mas, pelo contrário, são hauridas nas *coisas mesmas* ou, melhor, *no próprio ser humano*, no que há de temporal e no que há de atemporal nesse ser, ou seja, no *homem histórico*. (...) Isto significa que o sentido das coisas e o valor delas dependem de sua correlação com o ser humano, dentro do processo de perfazimento desse ser. E é de notar-se que, desse sentido e desse valor, dados pelas pessoas às coisas, depende, por sua vez, em cada momento, o rumo da história.³⁷

³⁶ Idem, ibidem, p. 349-352.

³⁷ Ibidem, p. 352-353.

Trata-se do denominado “*mundo da cultura*, porque é o mundo das coisas *adaptadas* pelo ser humano aos interesses humanos; das coisas *cultivadas* por esse ser, incluindo-se entre tais coisas, o próprio ser humano”.³⁸

Miguel Reale aponta a cultura como objeto do conhecimento em decorrência do conjunto “autônomo de fatos e atos ordenados em função de determinados valores entre si dialeticamente implicados”. Por isso, define a cultura como a reunião de “bens que a espécie humana vem historicamente acumulando para realização de seus fins específicos”.³⁹

O *mundo jurídico*, nas palavras de Goffredo Telles Júnior, também é conhecido como o “*mundo dos valores*, porque é o mundo das coisas consideradas como *bens* do ser humano, isto é, das coisas com valor para as pessoas”.⁴⁰

Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca como conseqüência da divergência sobre a concepção do direito entre norma e realidade o desenvolvimento de pensamentos jusfilosóficos preocupados com a superação dessa oposição, com fundamento no culturalismo, que propõem mediante fórmulas sintéticas para a ciência jurídica “uma metodologia própria, de caráter dialético, capaz de dar ao teórico do direito os instrumentos de análise integral do fenômeno jurídico, visto como a unidade sintética de três dimensões básicas: a normativa, a fática e a valorativa”.⁴¹

³⁸ Ibidem, p. 354.

³⁹ Miguel Reale, *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8. Maria Helena Diniz afirma que a cultura “é tudo que o ser humano acrescenta às coisas (*homo additus naturae*, diziam os clássicos) com a intenção de aperfeiçoá-las. Abrange tudo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores. O espírito humano projeta-se sobre a natureza, dando-lhe uma nova dimensão que é o valor, Cultura é a natureza transformada ou ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses” (*Compêndio de introdução à ciência do direito, cit.*, p. 131).

⁴⁰ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, cit., p. 354.

⁴¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38. Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz, ao estudar a concepção culturalista do direito, ressalta o seguinte: “Ante a necessidade de se ver o direito como um fenômeno inserido em situações vitais, dotado de sentido, a ciência jurídica surge como uma ciência cultural” (*Compêndio de introdução à ciência do direito, cit.*, p. 131).

Maria Helena Diniz considera essa concepção do direito como um objeto criado pelo ser humano (culturalismo jurídico), considera uma das “mais recentes conquistas no campo da epistemologia jurídica”.⁴² Destaca a autora que a “ciência cultural ocupa-se com o espírito humano e com as transformações feitas pela atividade espiritual na natureza, isto é, com os objetos culturais”.

Segundo o culturalismo a ciência do direito se caracteriza como uma ciência cultural cujo objeto de estudo é o direito, “como objeto cultural, isto é, como uma realização do espírito humano, com um substrato e um sentido”.⁴³

Essa foi a proposta de Miguel Reale através da teoria do tridimensionalismo e das concepções raciovitalistas, a teoria de Emil Lask e a egológica de Carlos Cossio.⁴⁴

A Ciência do Direito, além de interpretar e organizar o ordenamento jurídico, tem por fim investigar criticamente os problemas sociais e propor soluções através de enunciados científicos.

As ciências são desenvolvidas para aperfeiçoar a vida humana. O Direito, assim como a biomedicina, a física e a robótica, tem o relevante papel de encontrar soluções para os problemas postos e aparentemente insolúveis.

A biomedicina enfrenta os desafios de encontrar a cura de uma doença grave, o anticorpo para combater determinado vírus letal ou que deixa sequelas e etc. A física e a robótica procuram desenvolver e aperfeiçoar tecnologias através de conhecimentos físicos, capazes de satisfazer as necessidades humanas, como a busca de petróleo em profundidades marítimas, inatingíveis pelo ser humano.

O inconformismo dos juristas e da sociedade exige uma busca permanente do plano normativo ideal, em prol da paz social e da tutela dos direitos humanos

⁴² Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito, cit.*, p. 131.

⁴³ Idem, *ibidem*, p. 132.

⁴⁴ *Ibidem*.

fundamentais. Inegável a evolução jurídica, assim como a evolução tecnológica, em decorrência da evolução cultural da humanidade.

A filosofia qualifica o Direito como ciência, pois o insere no mundo da *problematização*; força a reflexão abstrata, contrapondo-se ao tecnicismo jurídico.⁴⁵

As investigações científicas de cunho jurídico são desenvolvidas diuturnamente. A metodologia, por ser uma ciência social voltada ao estudo e aprimoramento dos regramentos da vida em sociedade, tem múltiplas características. O cientista do Direito utiliza os métodos *histórico* (reconstrução temporal e espacial da evolução jurídica), *analítico* (lógica do Direito), *empírico* (experiência prática) e *dialético* (platonismo: diálogo entre interlocutores para obter a verdade; hegelianismo: construção de enunciado para caracterizar a realidade em movimento e em contradição, através de preposições pautadas em três momentos - tese, antítese e síntese, inerentes ao pensamento humano).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior pontua sobre a dificuldade da investigação jurídico-científica em decorrência da obrigatoriedade de envolvimento de aspectos metacientíficos na solução de qualquer problema.⁴⁶ Maria Helena Diniz destaca que “a crise da ciência do direito consiste, exatamente, nessa grande inexatidão, daí a aporia do conhecimento científico-jurídico, que persistirá enquanto os juristas não se puserem de acordo sobre o objeto e método de sua ciência”.⁴⁷

Embora não caiba ao teórico do direito estabelecer as condições de verdade dos juízos formulados, é imprescindível para o desenvolvimento da investigação jurídico-científica o auxílio da epistemologia jurídica a fim de fixar o objeto da ciência jurídica decorrente da linha filosófica adotada que confere coerência lógica à pesquisa, evitando resultados contraditórios e confusos.

⁴⁵ José Renato Nalini, *Porque filosofia?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, cit. 16.

⁴⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

⁴⁷ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 34.

Por isso, dogmaticamente se elege a *fórmula Reale*⁴⁸, com raízes no culturalismo jurídico, como a linha filosófica a nortear toda a pesquisa científica, uma vez que o direito decorre da cultura humana de determinada Nação. Conseqüentemente, a norma é indissociável dos fatos e dos valores.

Miguel Reale considera a unidade do direito como de processos, “essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de factores na conduta humana, com se esta pudesse ser conduta *jurídica* abstraída daqueles três elementos (facto, valor e norma)”. A conduta enseja a implicação destes fatores e com eles se confunde. Será conduta jurídica quando se revelar “*fático-axiológico-normativamente*, distinguindo-se das demais espécies de conduta ética”.⁴⁹

Explica o autor que “facto, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal”.⁵⁰ Abstratamente, caberia ao filósofo estudar o valor, ao sociólogo o fato e ao jurista a norma. Ao correlacioná-los, atua-se de forma “funcional e dialética” pela polaridade entre o fato e o valor, “cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*).”⁵¹

O que distingue as ciências – sociológica, filosófica e jurídica são os sentidos dialéticos das respectivas pesquisas, “pois ora se pode ter em vista prevalementemente o momento *normativo*, ora o momento *fático*, ora o

⁴⁸ Ressalta Miguel Reale que “o eminente jusfilósofo Josef Kunz, um dos maiores intérpretes do normativismo kelseniano, qualificou de ‘fórmula Reale’ a minha afirmação de que ‘a norma jurídica é uma integração de fatos segundo valores.’” (Fundação da teoria tridimensional do direito. À guisa de prefácio. *Fundamentos do direito*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. viii).

⁴⁹ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 69-70.

⁵⁰ Afirma o autor em outra obra, pautado nos diversos significados atribuídos ao termo *direito* constata que todos “correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)” (Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 64-65).

⁵¹ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 70.

axiológico, mas sempre em função dos outros dois (*tridimensionalidade funcional do saber jurídico*)”.⁵²

A Jurisprudência, como ciência normativa, deve buscar o *sentido da norma jurídica* pautada na *realidade cultural*. Isso porque a norma jurídica visa a solucionar conflitos de interesses, onde se integram “tensões fáctico-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência (*normativismo jurídico concreto ou integrante*)”.⁵³

O legislador ao elaborar uma lei deve se ater, automaticamente, na referida tensão, conforme o momento histórico-social. Trata-se de um dos momentos da experiência jurídica, cujo processo se desenvolve pelo poder individualizado num órgão estatal. O poder é condicionado pelos fatos e pelos valores.⁵⁴

A *experiência jurídica*, segundo Miguel Reale, deve ser compreendida como “um processo de objetivação e discriminação de modelos de organização e de conduta”. Esse processo compreende desde as “representações jurídicas”, expressas de formas espontâneas até o “grau máximo de expansão e incidência normativas representado pelo *Direito Objetivo estatal*”.⁵⁵

Este coexiste ao lado de diversos sistemas (“círculos intermédios de juridicidade”) jurídicos (*modelos jurídicos e pluralidade gradativa dos modelos jurídicos*). Para isto, utilizam-se formas de integração social, simultânea e complementarmente, determinam-se situações e direitos subjetivos.⁵⁶

Os *modos tradicionais de compreensão do direito foram superados pela teoria tridimensional*,⁵⁷ pois tanto a norma, como o ordenamento jurídico devem

⁵² Idem, ibidem, p. 73.

⁵³ Ibidem, p. 73-74.

⁵⁴ Ibidem, p. 74.

⁵⁵ Ibidem, p. 74.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ As bases fundamentais da norma Reale são: “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato, valor e norma*) não existem

ser interpretados conforme os valores e os fatos considerados na elaboração, assim como os supervenientes. A sentença judicial deve adotar o mesmo critério, como “uma experiência axiológica completa”.⁵⁸

A ciência jurídica e o intérprete formam a experiência *histórico-cultural* onde o *valor é um dos fatores que expressa realidade*. A história embasa a ordem jurídica como experiência, “na qual são discerníveis certas ‘*invariantes axiológicas*’, expressões de um *valor-fonte* (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (*historicismo axiológico*).”⁵⁹

Portanto, o direito aflora como realidade que exige uma interpretação crítica e histórica.⁶⁰

Explica Maria Helena Diniz que a *estrutura do direito* sob o *prisma tridimensional* o situa no âmbito dos objetos culturais, analisados pela experiência jurídica, confirmada pelas constatações históricas, “visto como o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a determinados *valores*.”⁶¹

O direito se integra normativamente pelos fatos e valores, por isso, “não há como separar o *fato* da conduta, nem o *valor* ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a *norma* que incide sobre ela”. Isso marca o tridimensionalismo de forma concreta, dinâmica e dialética, “pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito, estão em permanente atração polar, já que fato tende a realizar o valor, mediante a norma”.⁶²

separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram” (Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 65).

⁵⁸ Idem, *Teoria tridimensional do direito*, p. 74-75.

⁵⁹ Ibidem, p. 75.

⁶⁰ Ibidem, p. 75-76.

⁶¹ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 141.

⁶² Idem, ibidem. Miguel Reale denomina essa situação como dialética da implicação e da polaridade.

O tridimensionalismo possibilita ao intérprete superar as controvérsias seculares entre os jusnaturalistas, normativistas, sociólogos, entre outros, ao situar com precisão essa teoria como “o objeto da ciência jurídica”. Consequentemente, não há como estudar o direito sem abordar a totalidade de seus elementos constitutivos: *fato, valor e norma*.

Da mesma forma, imprescindível para o estudo do Direito Processual Penal a abordagem tridimensional do direito. Para defini-lo como ciência se deve primeiro identificar o método, em seguida, o objeto, para, ao final, constatar a sistematização pelos cientistas, conforme descrito no capítulo V.

2.5 Considerações sobre o desenvolvimento de uma teoria

Importa esclarecer nesse momento o que vem a ser uma teoria e quais os requisitos exigidos para que uma disciplina a desenvolva.

O termo *teoria* não é unívoco. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa significa um “conjunto de regras ou leis, mais ou menos sistematizadas, aplicadas a uma área específica”. Indica uma organização de princípios de uma teoria como “conhecimento especulativo, metódico e organizado de caráter hipotético e sintético”. Considera-se teoria crítica a “doutrina ou sistema resultantes dessas regras ou leis” ou o “conjunto sistemático de opiniões e idéias sobre um dado tema”. Por fim, sob o aspecto da pesquisa, considera-se ainda teoria “qualquer noção abrangente; generalidade”.⁶³

Para o senso comum a teoria tem sentido de especulação que devem ser verificadas, se forem confirmadas como verdadeiras ganham autoridade legal.⁶⁴

⁶³ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

⁶⁴ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 116.

O termo teoria tem quatro significados relevantes: *especulação ou vida contemplativa* (Grécia antiga); *condição hipotética ideal* a fim de observar as imperfeições e buscar o pleno cumprimento das normas; *ciência pura* que exclui do rol científico a técnica de produção e; *hipótese* ou *conceito científico* na qual implica a constatação de hipóteses confirmadas a fim de estruturar a ciência.⁶⁵

Este último conceito tem especial relevo uma vez que a teoria científica ampara, metodologicamente, as ciências. Quanto aos resultados das pesquisas podem ser considerados da seguinte forma: a teoria científica contém uma ou mais hipóteses ou é uma própria hipótese, mas sem considerar esta como uma suposição; a teoria científica é a estrutura do corpo científico, condiciona a observação dos fenômenos e o uso dos instrumentos de observação; a teoria científica contém, não só as hipóteses, como também instrumentos que possibilitam a confirmação; uma teoria não se resume a explicação do domínio de fatos, mas há instrumentos de previsão e de classificação.⁶⁶

Sobre o último aspecto, o fato significa uma observação empiricamente verificada. A teoria diz respeito a ordenação desses fatos, traçando conceitos, classificações, princípios, regras, teoremas, axiomas, generalizações, entre outros.⁶⁷

Isso enseja o inter-relacionamento entre a teoria e o fato a fim de alcançar a verdade. A teoria forma um conjunto de fundamentos para explicar cientificamente os fatos. Os fatos são imprescindíveis para o desenvolvimento de uma teoria a análise de fatos sem uma abordagem teórica não tem conteúdo científico, são meros amontoados de observações.⁶⁸

⁶⁵ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 952.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 952-953.

⁶⁷ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 116.

⁶⁸ Idem, *ibidem*.

Há consenso de que uma teoria deve orientar quais são os objetivos da ciência, restringindo os fatos a serem estudados, unificando-os sistematicamente.⁶⁹

Outro importante papel da teoria diz respeito à síntese sobre o objeto de estudo, por meio de generalizações verificadas. Além disso, serve para prever novos fatos, inspirada naqueles conhecidos.⁷⁰ Essa característica é uma das tarefas fundamentais das teorias científicas.⁷¹

Por fim, a teoria visa a identificar os fatos e as relações que exigem uma pesquisa complementar para serem compreendidos.⁷²

O fato também exerce papel relevante na formação de uma teoria. Uma descoberta pode ensejar uma nova teoria. Os fatos podem implicar na reformulação ou na rejeição de teorias existentes. Os fatos podem tanto redefinir, como esclarecer uma teoria estabelecida anteriormente, quando demonstram peculiaridades em que a teoria aborda genericamente. Os fatos podem, ainda, clarificar os conceitos da teoria.⁷³

Como esclarece Miguel Reale, a função primordial de uma teoria é de valer conforme as verdades obtidas, bem como, “tornar acessíveis à compreensão as verdades de outras teorias.”⁷⁴

Esta tese tem por fim verificar se a teoria do Direito Processual Penal brasileiro cumpre essa especial missão.

⁶⁹ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, cit., p.953; Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 117.

⁷⁰ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 118-119.

⁷¹ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, cit., p.953

⁷² Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 120.

⁷³ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, *Fundamentos de metodologia científica*, cit, p. 120-124.

⁷⁴ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 77.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1 Considerações iniciais: Código genético do Direito Processual Penal - 3.2 Conceito de Direito Processual Penal - 3.3 Características publicísticas do processo penal: infração penal, poder-dever de punir estatal e tutela dos direitos humanos fundamentais - 3.4 Persecução penal - 3.5 O problema da verdade: inquisitividade versus imparcialidade - 3.6 Investigação criminal - 3.7 Ação penal - 3.8 Processo e procedimento penal - 3.9 Jurisdição: 3.9.1. Jurisdição Constitucional: uma tendência dos Estados Democráticos; 3.9.2 Jurisdição penal - 3.10 Controvérsia sobre a lide penal - 3.11 Contraditoriedade no processo penal - 3.12 Coisa julgada penal - 3.13 Medidas cautelares

3.1 Considerações iniciais: Código genético do Direito Processual Penal

O processo penal como instrumento estatal para impor uma sanção ao infrator adquire contornos específicos, especialmente após a segunda grande guerra, decorrentes dos direitos humanos fundamentais. Paralelamente, o corpo de pesquisadores do processo da época, especialmente os italianos e os alemães, voltam os olhos ao processo penal como objeto de estudo científico.

Para identificar o *código genético da Ciência Processual Penal*, ou seja, a *essência* que deve nortear o pesquisador e o intérprete, imprescindível avaliar os fins do processo penal em sentido largo, relacionado a toda persecução penal e à execução penal.

Com a consagração dos direitos humanos fundamentais, o processo penal, além de instrumento estatal para aplicar a penalidade e restabelecer a paz social violada, passa a ser um verdadeiro escudo contra as possíveis arbitrariedades estatais, por conseguinte, o *juiz penal* ganha uma nova atribuição, a de *guardião* desses direitos. Durante a persecução penal e na fase de execução da sentença penal condenatória, nada escapa aos olhos do juiz penal, ainda que a fase de

desenvolvimento daquela seja extrajudicial, pois exerce controle sobre a Polícia Judiciária.

Faltava ao Brasil adequar o sistema processual penal aos instrumentos internacionais de proteção do indivíduo contra o forte poder estatal. Embora, a ciência reivindicasse por essa adequação muito tempo atrás.¹

O processo brasileiro de democratização concedeu um novo fôlego aos processualistas penais, ante a abertura do poder constituinte originário para acolher a ampla maioria dos direitos humanos fundamentais assentados nos instrumentos internacionais. Mesmo assim, era preciso incorporá-los. Isto ocorreu de forma gradativa, mas significativa.²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 procurou incorporar os tratados internacionais sobre direitos humanos como norma constitucional. Porém, isso na prática encontra certa dificuldade, especialmente em decorrência do processo legislativo de incorporação, evidentemente simplificado diante das emendas constitucionais.

O ajuste sobre o referido processo legislativo veio por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, conhecida popularmente como a “reforma do Poder Judiciário”. Com isso, os tratados internacionais para serem incorporados devem se submeter ao mesmo processo legislativo das emendas constitucionais.³

¹ João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves e Cia, 1911, v. I, p. 8; Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; Vicente de Paula Vicente de Azevedo, *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1; Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.1, p. 10-11; José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. I, p. 71-81.

² Flávia Piovesan ressalta como consequência do processo de democratização, “iniciado no Brasil a partir de 1985, não apenas implicou transformações no plano interno, mas acenou com mudanças na agenda internacional do Brasil. Essas mudanças contribuíram para a reinserção do País no contexto internacional. Nesse sentido, percebe-se que os valores democráticos que demarcaram o debate nacional, num momento histórico de ruptura com o ciclo de autoritarismo pelo qual passou o País, invocaram uma agenda internacional renovada no âmbito brasileiro” (Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 255).

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

Essa alteração, embora significativa, porque reconhece os tratados internacionais sobre direitos humanos como norma constitucional, traz graves problemas para Ciência Processual Penal.

A maioria dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro antes da referida alteração, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴ e o Estatuto de Roma que consagra a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.⁵

Essa mudança de panorama do processo penal de mero instrumento de aplicação da pena, a fim de restabelecer a paz social violada para, tutelar o indivíduo contra o forte poder dos órgãos de persecução penal, implica a exigência de um devido processo penal, pautado na dignidade da pessoa humana, onde se presume a inocência do acusado, que tem o direito de exercer a mais ampla defesa, cuja contraditoriedade desponta como indisponível.

Estas diretrizes permitem a *identificação do código genético da ciência que estuda o processo penal, na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos fundamentais*, especialmente no tratamento a ser ofertado ao acusado e ao condenado. Impõe-se uma releitura dos fundamentos, principalmente pelos cientistas e intérpretes.

Neste capítulo, objetiva-se analisar os fundamentos do Direito Processual Penal brasileiro, que formam a base teórica para o estudante e o intérprete dessa ciência. Rogério Lauria Tucci, inspirado nos posicionamentos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida e de Piero Calamandrei, ao lado de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, foi o cientista jurídico que agrupou as linhas mestras da Teoria da Ciência Processual Penal brasileira, organizando e sistematizando os institutos

que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Decreto Legislativo com força de Emenda Constitucional)".

⁴ Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

⁵ Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

específicos,⁶ a fim de demonstrar as peculiaridades do processo penal, incomparáveis com o processo extrapenal.

O ponto de partida para compreender o sistema processual penal situa-se na *conceituação* desse ramo científico e no *por quê* de sua existência. Para isso, imprescindível traçar os fundamentos desde a prática da infração penal até a decisão penal irrecorrível.

Esse estudo compreende as características publicísticas do processo penal: infração penal; poder-dever de punir estatal e; tutela dos direitos humanos fundamentais. Compreende ainda, a persecução penal, com suas respectivas fases - investigação criminal e ação penal; o problema da verdade, sob o enfoque da relação entre a inquisitividade e a imparcialidade estatal; o processo e o procedimento penal; a jurisdição, voltada às atividades constitucional e penal; o debate sobre a existência de lide no processo penal; os aspectos da contraditoriedade no juízo penal; a coisa julgada penal e; as medidas cautelares.

O objetivo desta pesquisa se restringe ao estudo dos fundamentos, sem uma busca exaustiva de cada instituto. Vale ressaltar que as conclusões permanecem abertas para ajustes e sugestões científicas.

3.2 Conceito de Direito Processual Penal

O Direito Processual Penal tem dignidade científica e, por isso, não se confunde com o Direito Penal, tampouco, com o Direito Processual Civil.

⁶ Essa tarefa vem sendo exercida publicamente e ganhou forma inicial na edição da seguinte obra *Jurisdição, ação e processo penal: subsídios para a teoria geral do direito processual penal*. Belém: CEJUP, 1984.

O Direito Penal na expressiva posição de Basileu Garcia, denominado “Ciência do Direito Penal” ou “Ciência Jurídica Penal”, também conhecido como “Dogmática Penal”, é a disciplina jurídica que estuda determinadas regras - “o conjunto de preceitos referentes ao crime e às suas consequências – penas e medidas de segurança”, “procurando interpretá-las, filiá-las aos princípios informativos, realizar a construção dos vários institutos jurídico-penais, para, afinal, chegar à fase de sua definitiva sistematização”. Trata-se de “estudo ordenado e sistemático das normas jurídico-positivas de Direito Penal”.⁷

O Direito Processual Civil geralmente é conceituado como o “ramo da ciência jurídica que trata do complexo de normas reguladoras do exercício da jurisdição civil”.⁸

José Frederico Marques distingue o Direito Processual Penal do Direito Processual Civil conforme o objeto de cada um. O primeiro visa a compor “lides penais” e o segundo “lides civis”. Assim o autor conceitua o Direito Processual Penal como “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia

⁷ Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, v. I, t. I, p. 9. Esclarece o autor que “Trata-se, portanto, de disciplina eminentemente jurídica, assim pelo seu objeto como pelo seu método de investigação. Realmente, o objeto da Ciência do Direito Penal, a matéria sobre a qual opera, é o conjunto de preceitos legais relativos ao trinômio – crime, pena, medida de segurança, preceitos esses condensados nos códigos ou esparsos em leis especiais. Por outro lado, o seu método é o mesmo de todas as outras ciências jurídicas: a progressiva sistematização das normas de direito positivo, com a sua interpretação e com a construção dos diversos institutos jurídicos. É graças a esses dois elementos – objeto e método, que a ciência do Direito Penal se distingue das outras ciências penais, não jurídicas, mas, como são geralmente designadas – causal-explicativas: a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Sociologia Criminal, etc. Essas disciplinas são também ciências penais, porque estudam o crime, os meios de coibi-lo e, além disso e principalmente, o delinqüente. Estudam-nos, entretanto, no campo dos fatos ou fenômenos naturais – antropológicos, psicológicos, sociológicos, etc. – ao passo que a Ciência do Direito Penal, deixando de lado a delinqüência como fenômeno, se preocupa com s regras de direito formuladas para preveni-la ou combatê-la. Adotam aquelas ciências naturais ou causal-explicativas o método indutivo, que procura descobrir as causas dos fenômenos, servindo-se da observação e, quanto possível, da experimentação, método esse completamente diverso do adotado pela Ciência do Direito Penal, disciplina normativa e jurídica por excelência, a ser aprofundada com os processos lógicos que veiculam o raciocínio” (*Instituições de direito penal*, cit., v. I, t. I, p. 9).

⁸ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 7. O autor se baseou em Chiovenda.

Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.”⁹

O Direito Processual Penal conforme o seu fim e os seus elementos (regras, princípios, decisões dos juízes e tribunais, súmulas, conclusões científicas) tem um conceito complexo. Pode-se defini-lo como *um ramo da ciência jurídica, com autonomia científica, voltado à organização dos seus elementos utilizados para tutelar tanto o investigado e o acusado, como o condenado, na busca estatal pela verdade que mais se aproxima do fato delituoso, a fim de aplicar uma sanção penal àquele considerado infrator por meio do devido processo penal e na execução dessa.*

3.3 Características publicísticas do processo penal: infração penal, poder-dever de punir estatal e tutela dos direitos humanos fundamentais

O Direito Penal é o ramo científico do direito que organiza o sistema de aplicação de penas, as condutas consideradas criminosas por lesarem os bens fundamentais da sociedade, com autonomia científica, e ainda as regras e princípios próprios. Com a violação da norma penal incriminadora, surge ao Estado o poder-dever de punir o infrator dessa norma por meio de uma sanção prescrita previamente no ordenamento jurídico.

As normas penais incriminadoras são de coerção indireta¹⁰, sendo o devido processo penal imprescindível para impor a penalidade àquele considerado

⁹ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, cit., p. 18-20. Jorge de Figueiredo Dias conceitua o Direito Processual Penal “como o conjunto das normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal. (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, p.36.)

¹⁰ Neste sentido, Vincenzo Manzini aduz “o direito penal não é um direito de coerção direta, mas de coerção indireta (o di giustizia)” (Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931. v. I, p. 67). Tradução livre do autor. Original: “Il diritto penale non è un diritto di coazione diretta, bensì di *coazione indiretta* (o di giustizia).” Vide ainda, Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.165-166; Aury Lopes Júnior, *Introdução*

culpado. A infração penal é aquela que se amolda perfeitamente a um fato descrito em um tipo penal incriminador (norma). Esta norma tutela um bem fundamental da sociedade, “que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária”.¹¹

Como explica Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “se o *princípio da disponibilidade* – com efeito - domina em matéria civil, prevalece no foro criminal o *princípio de indisponibilidade*.” Não se justifica atribuir às partes no processo penal os mesmos poderes dispositivos daquelas no processo civil, pois “o crime é lesão irreparável ao interesse coletivo, reconhecida como tal pela proibição legislativa de sua prática”. Portanto, a disponibilidade no processo penal, segundo o autor, seria “a negação do direito criminal”.¹²

crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional), 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2-6. Vale destacar as observações de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “O Poder executivo público não necessita de tutela, porque tem força bastante para fazer valer o próprio direito, quando, devendo realizar o interesse público, se lhe anteponha uma resistência. Necessita, porém, o indivíduo da tutela do Poder Judiciário sempre que, no exercício de um direito, a força natural, poder executivo individual, não lhe baste ou não possa ser usada na remoção de obstáculos opostos por outros indivíduos ou pelo Estado. (...) A administração é a promotora do bem público. A pena é de interesse coletivo: à administração cabe realizá-la. Sendo o Estado o supremo artífice da justiça humana é, como tal, realizador de justiça: interessa-lhe a pena, pois, enquanto justa. (...) A ação penal, todavia, tem formas jurisdicionais. Estas representam uma conveniência e, não raro, uma necessidade de intervenção dos indiciados delinqüentes no procedimento penal.

É verdade que o Estado, procurando punir os culpados, e tão-só culpados, não visa senão a realizar justiça, sem objetivos predeterminados entre as duas possíveis expressões contrárias dessa justiça.

Não é menos verdade, porém, que uma das expressões dessa justiça – a proclamação d inocência – é, antes de ser interesse de *todos*, interesse de *um*, o indivíduo indicado delinqüente. (...) É o fato de poder e dever o réu intervir na ação penal de maneira eficaz para a justiça que dá no procedimento o caráter jurisdicional. O juiz, enquanto juiz funciona exclusivamente porque o réu é chamado a se defender e representa, no procedimento penal, a contribuição do réu à obra administrativa de realização de justiça. (...), Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 96-102.

¹¹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p.163.

¹² Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 86. No mesmo sentido, Giovanni Leone afirma que “o processo penal no setor da prova se diferencia nitidamente do processo civil pela absoluta ineficiência de cada poder dispositivo das partes” (*Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972, p. 200). Tradução livre do autor. Original: “Il processo penale nel settore delle prove si differenzia nettamente dal processo civile per l’assoluta inefficienza di ogni potere dispositivo delle parti”.

Diante da ocorrência do fato delituoso cabe ao Estado restaurar a ordem jurídica e social atingidas, a fim de restabelecer “a paz social, assecuratória da segurança pública”.¹³

Os Estados modernos têm um monopólio do *ius puniendi*, vedam a vingança privada que já vigorou na história da humanidade. Isso foi uma das conquistas do direito moderno. Se fosse admitida a reação privada para punir o infrator, não se obteria a justiça social, prevaleceria o interesse do mais forte.¹⁴ O ordenamento jurídico brasileiro veda a justiça ou vingança privada, mas ressalva a hipótese em que a lei permite a reação.¹⁵

Na esfera penal não se admite a autotutela, que difere da legítima defesa, pois atua em legítima defesa quem repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários. “Quem detém o poder punitivo penal é sempre o Estado, daí não ser possível conceber, em hipótese alguma, que o indivíduo, ao repelir a agressão injusta, esteja exercendo esse poder punitivo.”¹⁶

Hermínio Alberto Marques Porto ressalta a necessidade de atuação de órgão estatal em âmbito penal, denominado Ministério Público, incumbido de pleitear o reconhecimento do dever de punir perante o Poder Judiciário,¹⁷ nas hipóteses de ação penal de iniciativa pública. Quando for de iniciativa privada haverá legitimação extraordinária, como se verá, o que não retira do Estado o poder-dever de punir (*ius puniendi*).

¹³ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p.163.

¹⁴ Sobre isto Vicente Greco Filho salienta que “estariamos no império da insegurança e arbítrio”. (Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42-43).

¹⁵ Código Penal brasileiro: “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

¹⁶ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, cit., p. 43 e 44.

¹⁷ Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

James Goldschmidt considera que as leis penais constituem o direito de punir estatal e a obrigação de castigar,¹⁸ por isso, designa-se esse atributo estatal como poder-dever.¹⁹ Ao lado deste, o Estado tem outro dever extremamente relevante nos Estados Democráticos de Direito, qual seja, a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida identifica a primeira regra básica do direito, expressa no dispositivo constitucional que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”,²⁰ como naquela que proclama o *direito como restrição da liberdade*. Assenta a questão para considerar a tutela da liberdade jurídica do indivíduo como fim da justiça penal, “enquanto já tutelável ou já tutelada pelo Poder Judiciário.”²¹

Rogério Lauria Tucci procura complementá-la, ao afirmar que a tutela da liberdade da pessoa humana “integra a própria *essencialidade do poder-dever de punir*, que, na forma já explicitada, se faz exclusivo do Estado exatamente pelo fato de dever ser, precipuamente também, ‘guardião-mor das garantias individuais’”.²²

Essas características (violação da norma penal incriminadora como pressuposto para o devido processo penal; monopólio estatal do poder-dever de punir e de tutelar os direitos humanos fundamentais) trazem como consequência a verificação do *permanente interesse público do Direito Processual Penal*, diferenciando-o do Processual Civil, que, em regra tem por objeto interesse

¹⁸ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. I, p. 53. Original: “*Las leyes penales constituyen, en primer lugar, el ius puniendi del Estado, en segundo lugar la obligación estatal de castigar*”.

¹⁹ Joaquim Canuto Mendes de Almeida observa que “do fundamento do processo penal é, ao revés, o *princípio da obrigatoriedade*, porque o Estado não tem, apenas, o direito de punir, mas, sobretudo, o *dever de punir*. Seus funcionários devem agir. A ação penal é um dever de ministério público e não simples direito” (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 86).

²⁰ O autor utilizou o artigo 153, § 2º, da antiga Constituição brasileira de 1967, com redação dada pela emenda constitucional n. 1 de 1969. Atualmente, há dispositivo similar - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²¹ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 8.

²² Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 227.

privado.²³ Por conseguinte, identifica-se a *regra geral do Direito Processual Penal*, expressa no sistema processual penal brasileiro, denominada *publicística*.²⁴

3.4 Persecução penal

A consecução do Direito Penal difere completamente do Direito Civil. Em decorrência da coerção indireta penal tem o Estado, além do poder-dever de punir, o dever de perseguir o provável autor da infração penal. Este dever estatal consiste na persecução penal do possível autor da infração penal até a aplicação da sentença penal condenatória definitiva.²⁵

A busca estatal do autor do fato criminoso se exterioriza na persecução penal, que, geralmente, é composta por duas fases. A primeira é aquela que antecede a ação penal, trata-se de uma fase preparatória e preventiva denominada extrajudicial. A segunda fase é aquela que tramita perante o crivo do Poder Judiciário, que tem o seu início com o recebimento da acusação formulada num instrumento chamado ação penal.

A persecução penal tem início logo após a ocorrência do fato criminoso, através da atuação dos agentes e órgãos estatais.

²³ Joaquim Canuto Mendes de Almeida coloca que os “interesses tutelados pelas normas penais são, sempre, eminentemente público, sociais; sua atuação impõe-se ao Estado não como simples faculdade de consecução de um escopo não essencial, mas como obrigação funcional de realizar um dos fins essenciais de sua própria constituição, que é a manutenção e reintegração da ordem jurídica” (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 86-87). Rogério Lauria Tucci expõe o seguinte: “Tudo, enfim, a delinear a incidência do *interesse público*, em altíssimo grau; determinante do *caráter publicístico do processo penal*, que o distingue, nitidamente, de todos os outros ramos do Direito Processual, em especial do processo civil” (*Teoria do direito processual penal*, cit., p. 227).

²⁴ Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci: “Aliás, essa peculiaridade do processo penal, de modo também clarificado, a determinação da mais geral de suas regras, situada *fora e acima* da lei, deitando raízes, como visto, em vigorosas preceituações constitucionais. E, por isso, faz-se, na forma igualmente explicitada, o *princípio do processo penal*, cuja denominação deve ser, indubiosamente, a de *princípio publicístico*” (*Teoria do direito processual penal*, cit., p. 227).

²⁵ Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p.166.

Preliminarmente a atuação é, em regra, da Polícia Judiciária que deve preservar o local dos fatos para a atuação do Instituto de Criminalística. Este conta com um quadro de peritos criminais oficiais e tem por fim a constatação da materialidade delitiva nas infrações penais que deixam vestígios.²⁶

Ao final da investigação, o resultado deve ser encaminhado ao Poder Judiciário que verificará a legalidade de seu delegado – Polícia Judiciária. Em ato contínuo, os autos devem ser encaminhados ao órgão estatal encarregado de pleitear aplicação da sanção penal ao infrator. Esse órgão, denominado Ministério Público, verifica se há justa causa para propor ação penal ou se é o caso de requisitar diligências complementares e imprescindíveis para formação de sua opinião sobre o delito ou, ainda, propor o arquivamento da investigação criminal (inquérito policial ou elementos de informação).

Caso o Ministério Público ou quando a lei conferir ao ofendido (querelante) a faculdade de substituí-lo, constate a justa causa para propositura da ação penal, deve articular a acusação com os fundamentos de fato (descrição do fato) e de direito (a capitulação em que o acusado está incurso), imputá-lo a pessoa determinada ou determinável, bem como, identificar e arrolar as testemunhas e, por fim, ingressar em juízo com a proposta de ação penal (acusação formalmente formulada em peça denominada denúncia – iniciativa pública – ou queixa – iniciativa privada).

O juiz penal deve analisar a petição inicial do Ministério Público, caso a receba, dá início à segunda fase da persecução penal denominada judicial.

O processo penal em relação ao direito penal material possui um caráter instrumental, “pois o processo é o caminho necessário para a pena.”²⁷

²⁶ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

²⁷ Aury Lopes Junior, *Introdução crítica ao processo penal*, cit., p. 4.

3.5 O problema da verdade: inquisitividade versus imparcialidade

A persecução penal tem por fim precípua apurar a verdade sobre todas as circunstâncias de um fato aparentemente criminoso, em busca do responsável ou responsáveis e das provas da materialidade.

Vincenzo Manzini coloca a verdade material ou real como princípio fundamental do processo penal.²⁸ Nota-se que a verdade não aflora absoluta. Esta não pertence aos humanos. Alcança-se uma “aproximação – maior ou menor”. Por isso, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo a denomina como “possível”, “dita processual, ou atingível”.²⁹

Trata-se, como observa Francesco Carnelutti, “de fazer história”, “voltar atrás”, “saber se um fato aconteceu ou não”. Portanto, “não é mistério que no processo, e não só no processo penal se faz a história”.³⁰

Essa reconstrução da infração penal se relaciona ao poder-dever estatal de punir o responsável. Para isso, como ressaltado anteriormente, se faz necessária a atuação dos órgãos de persecução penal, pois não há pena sem processo penal (*nulla poena sine iudicio*).

A efetividade da persecução penal na busca da verdade depende da atuação das autoridades policial e judicial. Por isso, o ordenamento jurídico atribui determinados poderes inquisitórios a estas autoridades.

Como explica Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, a “inquisitividade está em ambas as fases da persecução penal: na procedimental e na processual.”³¹ Com

²⁸ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., p. 184-187.

²⁹ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: Hermínio Alberto Marques Porto; Marco Antonio Marques da Silva, (Org.), *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 74.

³⁰ Francesco Carnelutti, *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995, p. 43.

³¹ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, O juiz penal e a pesquisa da verdade material, cit., p. 76.

maior intensidade na primeira fase, através da discricionariedade conferida pela lei à autoridade policial,³² e com menor na judicial, por meio dos poderes instrutórios atribuídos, legalmente, ao juiz penal.³³

Há um aparente paradoxo em considerar a inquisitividade incompatível com a imparcialidade das autoridades que atuam na persecução penal. Coexistem harmonicamente na busca do crime e do criminoso, em prol da eficiência e da Democracia.

Nos Estados modernos, alicerçados pelas conquistas da humanidade, especialmente pela dignidade da pessoa humana, exige-se uma apuração imparcial dos fatos tidos como criminosos.

Geralmente, quando se fala em imparcialidade no processo, especialmente no civil, imagina-se, apenas, um juiz equidistante das partes e dos fatos e inerte como sinônimo de imparcialidade.

³² Há inúmeros dispositivos no Código de Processo Penal brasileiro que atribuem poderes inquisitórios à autoridade policial, por exemplo: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria; Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973) II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

³³ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Todavia, seguindo a tendência moderna do Direito Processual Penal, a imparcialidade diz respeito a todos os órgãos da persecução penal, inclusive à Polícia Judiciária e ao Ministério Público e o juiz não se afigura tão inerte como se pretende.

Sem inquisitividade não há apuração.³⁴ Trata-se de característica essencial à eficiência da persecução penal, pois permite a atuação de ofício da Polícia Judiciária para iniciar a apuração de uma infração penal, realizar diligências, ouvir testemunhas, suspeitos e prováveis autores, requisitar exames periciais, proceder à reprodução simulada dos fatos, etc.

Igualmente, ao Poder Judiciário, no exercício da Justiça Penal, é conferido a possibilidade de ordenar, quando necessário, adequado e proporcional, a produção antecipada de provas (urgentes e relevantes) antes do início da ação penal e a realização de diligências, durante o curso da fase judicial, para resolver “dúvida sobre ponto relevante”.³⁵

A Instituição Policial Judiciária, pela discricionariedade regradada legalmente (inquisitividade), deve buscar os indícios e as provas que não se repetem de forma desinteressada, imparcial. Pouco importa se esses elementos indiciários ou probatórios interessam à acusação ou à defesa do investigado. Exerce função relevante e essencial à Justiça Criminal e desta não deve se afastar.

³⁴ Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci esclarece: “Constituindo a *apuração da verdade material*, ou *atingível*, como visto, o dado mais relevante do precípua escopo do processo penal – cujo fundamento é a liberdade jurídica da pessoa física integrante da comunidade –, torna-se inequívoco que essa finalidade somente pode ser atingida mediante a atribuição de *inquisitividade* à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*. Por outras palavras, a verdade deve ser inquirida, incessantemente, também em todo o desenrolar da persecução penal, de sorte a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, isto é, a punição que o culpado faz por merecer” (*Teoria do direito processual penal*, cit., p. 177).

³⁵ Artigo 156, I e II, do Código de Processo Penal brasileiro.

A vedação de oposição de suspeição às autoridades policiais não as isenta de imparcialidade. Tanto que a norma determina o dever de se declararem suspeitos quando existir motivo legal.³⁶

A investigação criminal, além de preparar a acusação formal, visa a evitar acusações temerárias, caluniosas e até infundadas.³⁷ Seria arriscado considerar imediatamente a notícia de um fato como motivo para instaurar uma ação penal (acusação formal), muito embora, exista previsão legal para isso.³⁸

A Polícia Judiciária apura e instrui o juízo criminal com o mínimo de provas exigido para se formular uma acusação. A investigação policial, modernamente, constitui uma garantia do cidadão contra perseguições e imputações injustas.

Essa atuação dos órgãos de persecução penal significa reconstruir historicamente o fato delituoso, em outras palavras, apurar a verdade.

O Ministério Público, como Instituição essencial à Justiça, especialmente à Criminal, incumbido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis,³⁹ também deve participar da

³⁶ Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 106. A suspeição dos jurados deverá ser argüida oralmente, decidindo de plano do presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata.”

³⁷ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*. cit. O autor ressalta que “a *instrução definitiva* prova ou não prova que há crime ou contravenção, a *instrução preliminar* prova ou não prova que há base acusatória (...) Idéia clara dessa finalidade da *instrução preliminar* resulta, assim, da lição dos grandes processualistas e da legislação: preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam.” (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 10 e 17).

³⁸ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 39 (...) § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.” “Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.” “Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. § 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação”.

³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

investigação criminal de forma imparcial.⁴⁰ Isso não significa descaracterizá-lo como órgão de acusação, mas apenas um parâmetro para exigir uma atuação moral, sem perseguições a determinadas pessoas.

Para a tutela da democracia e dos interesses sociais e individuais, a atuação do órgão do Ministério Público é fundamental. Caso venha a propor ação penal sem um mínimo de fundamento (sem justa causa), por exemplo, deixa de defender a ordem democrática e os interesses da sociedade, o que pode, inclusive, caracterizar violação ao direito fundamental (liberdade jurídica) daquele acusado injustamente.

Não cabe ao Ministério Público acusar alguém sem motivo justo. A partir da verificação dos elementos probatórios necessários para a propositura da ação penal, passa a exercer atividade parcial, como parte, pois deve sustentar a acusação em juízo. Contudo, caso verifique a improcedência dos argumentos inicialmente articulados na imputação, deve optar pela justiça, ou seja, requerer a absolvição do acusado.⁴¹

O sistema processual penal brasileiro veda apenas a atuação judicial para promover a ação penal.⁴² Mas permite a atuação do juiz penal para buscar a verdade próxima de como ocorreu o fato delituoso.⁴³ Os poderes instrutórios do juiz penal asseguram a justiça das decisões, sem violar a imparcialidade exigida num Estado Democrático. Seria parcial, no exercício da jurisdição penal, caso fosse obrigado a aceitar somente a verdade trazida pelas partes (verdade formal).

⁴⁰ Hugo Nigro Mazzilli considera a “acusação penal a primeira garantia de defesa. Isso ocorre porque o réu tem o direito não só de ser *juizado* por um juiz isento, como também tem o direito de ser *acusado* por um órgão independente do Estado, escolhido previamente por critérios legais, e não de maneira casuística, para o caso concreto” (Hugo Nigro Mazzilli, *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45-46).

⁴¹ Hugo Nigro Mazzilli pontua que na “esfera criminal, o Ministério Público tem o dever de promover em juízo, privativamente, a apuração das infrações penais de ação pública, bem como a responsabilização dos seus autores. Para tanto, seus membros atuam com plena liberdade de convicção e de ação, tanto que, longe de serem compelidos à acusação sistemática, podem e devem agir a favor do próprio réu que lhes pareça inocente, razão pela qual deixam de acusá-lo quando não vejam justa causa para a ação penal, pedem sua absolvição quando a entendem cabível, ou, mais raramente, recorrem a seu favor ou impetram *habeas-corpus* em seu benefício” (*O acesso à justiça e o Ministério Público*, cit., p. 45).

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

⁴³ Artigo 156, I e II, do Código de Processo Penal brasileiro.

Assente que o juiz penal não está vinculado à verdade apresentada pelas partes no momento da decisão penal, isto é, da valoração das provas. Deve decidir nos estritos limites do livre convencimento motivado, mas isso “não deve significar liberdade do juiz de substituir a prova”.⁴⁴

Importa à sociedade como garantia de uma persecução penal justa e democrática, como destaca Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, dividir a construção histórica da verdade possível, pela atuação da Polícia Judiciária, do Ministério Público, do Poder Judiciário, do investigado e do acusado. “Todos, são servos da verdade material”.⁴⁵

3.6 Investigação criminal

Como já ressaltado anteriormente,⁴⁶ a persecução penal divide-se em duas fases: extrajudicial e; judicial. A fase extrajudicial diz respeito à investigação criminal, objeto de abordagem nesse momento.

A ocorrência da infração penal impõe ao Estado-administração, por meio de norma jurídica, o dever de apurar oficialmente o fato, através de agentes com atribuições específicas. Geralmente, cabe à Polícia Judiciária⁴⁷ da União⁴⁸ ou dos Estados⁴⁹ esse mister.

⁴⁴ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*, cit., p. 201. Tradução livre do autor. Original: “(...) non deve significare libertà del giudice di sostituire alla prova.”

⁴⁵ O autor salienta que “A seu modo, a ela se ancilam, para a realização da Justiça Criminal; obra de mão comum. As sabidas disfunções não modificam a essência dos papéis, na persecução penal” (Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *O juiz penal e a pesquisa da verdade material*, cit., p. 76).

⁴⁶ Vide tópico 3.4.

⁴⁷ Concebida imprópriamente como órgão de segurança pública pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de

Contudo, há outras formas de apuração das infrações penais, desde que prescritas no ordenamento jurídico, como as investigações pelas Comissões Parlamentares de Inquérito,⁵⁰ pela Polícia Judiciária Militar (inquérito policial militar).⁵¹

Incidentalmente, outros órgãos públicos podem descobrir a prática de determinada infração penal, embora apurem infrações administrativas ou civis, como a Secretaria da Receita Federal (autuação por sonegação fiscal) e o

bombeiros militares.” A Polícia Judiciária atua como órgão de justiça. Em regra, age quando os órgãos genuinamente de segurança pública falharam na prevenção das infrações penais, a fim de apurá-las para instruir o juízo penal sobre a materialidade e o provável autor do fato, com todas as suas circunstâncias. São órgãos genuinamente de segurança pública as polícias federais rodoviária e ferroviária e as polícias militares, conforme disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) (...) § 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 144: “§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”

⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 144: “§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

⁵¹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 144, § 4º, exclui das polícias civis a apuração das infrações penais militares (vide nota 155), ou seja, os crimes militares próprios – aqueles tipificados no Código Penal Militar. Vide Código de Processo Penal Militar – Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969, artigo 7º ao 28.

Ministério Público (inquérito civil público).⁵² Nestes casos, os resultados são considerados como peças de informação, o que autoriza a dispensar a instauração de inquérito policial quando os elementos apontarem a presença de justa causa para propor a ação penal.⁵³

A fase extrajudicial penal difere daquela nos conflitos civis. Nesta, não participa o Estado, onde os envolvidos têm a disponibilidade como regra e a ampla liberdade para exigir ou dispor de um direito.

Em âmbito penal, a partir do conhecimento do fato delituoso, o Estado começa a investigação – a persecução penal.⁵⁴ A apuração é oficialmente pública, o conflito de alta relevância social instala-se no momento do crime com a violação de uma norma penal incriminadora. Isso significa que tem momento determinado, ou seja, deve estar preestabelecido para dar ensejo à persecução penal.

No cível, os envolvidos divergem, negociam e, caso não obtenham o consenso diante da resistência de uma das partes, clamam pelo Poder Judiciário, como última alternativa, para substituí-los e solucionar a lide.

Assenta que a intervenção pelo Estado-juiz se caracteriza como o último meio para superar o conflito civil. Na esfera penal, o poder-dever de punir não pertence aos envolvidos na infração penal (infrator e ofendido), é insolúvel pelas partes. A atuação estatal decorre da obrigatoriedade de apurar as infrações penais.

⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; (...)”

⁵³ Contudo, cabe ao Ministério Público analisar os documentos e verificar o grau de participação do provável autor do delito. Caso não tenha participado, é conveniente requisitar a instauração de inquérito policial, a fim de preservar o estado de inocência do indivíduo e evitar ações penais temerárias.

⁵⁴ Giovanni Leone, com certo exagero, pois tecnicamente seria a persecução penal, afirma em livre tradução que “o processo penal nasce no momento em que a notícia do crime vem a conhecimento da polícia judiciária ou do ministério público”. Original: “Il processo penale nasce nel momento in cui la notizia di reato viene a conoscenza della polizia giudiziaria o del pubblico ministero” (*Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972, p. 14).

Pode-se questionar essa obrigatoriedade estatal diante dos crimes de iniciativa privada, onde o ofendido pode dispor da apuração estatal.⁵⁵ Neste caso, a lei confere à vítima a faculdade de levar ao conhecimento do Estado determinado fato delituoso diante da íntima relação do bem supostamente lesado com a própria vítima.

Trata-se de uma forma racional de evitar um dano superior ao sofrido. Mas, a partir do requerimento da vítima, o Estado deve iniciar a persecução penal no exercício do poder-dever de punir de forma idêntica aos crimes de ação penal de iniciativa pública. O mesmo ocorre nos casos de ação penal pública que dependem de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.⁵⁶

Essa peculiaridade da persecução penal em relação à oficialidade da investigação criminal demonstra, também, a incoerência em tentar unificar duas disciplinas com dinâmicas e regramentos diversos. O Direito Processual Civil, geralmente, não dispõe sobre a fase extrajudicial, importa somente a judicial.

Vale lembrar que a fase extrajudicial também é objeto de estudo do Direito Processual Penal, embora esquecida por influência direta da teoria geral do processo (civil) que a considera meramente informativa, de natureza administrativa e inquisitiva com isso, afastou-se realmente, dos estudos processuais.⁵⁷

Consequentemente, a sociedade brasileira sofreu, pois poucas pesquisas científicas foram desenvolvidas sobre a investigação criminal, pouco ou quase nada evoluímos entre a edição do Código de Processo Penal (1941) e a

⁵⁵ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento. § 1º Reconhecida, preliminarmente, a relevância da arguição, o juiz ou tribunal, com citação das partes, marcará dia e hora para a inquirição das testemunhas, seguindo-se o julgamento, independentemente de mais alegações”.

⁵⁶ Código de Processo Penal brasileiro: Artigo 100; “§ 2º Se a suspeição for de manifesta improcedência, o juiz ou relator a rejeitará liminarmente.”

⁵⁷ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 153-161.

promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil (1988), ressalvam-se os escritos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida e de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, que não receberam a atenção devida nesse período.

A democratização reacendeu a ciência do Direito Processual Penal, muito se produziu sobre a investigação criminal, com destaques para Sérgio Marcos de Moraes Pitombo,⁵⁸ Marta Saad,⁵⁹ Benedito Roberto Garcia Pozzer,⁶⁰ Paulo Roberto da Silva Passos,⁶¹ Aury Lopes Júnior,⁶² entre outros.

Como o inquérito policial civil é a forma mais comum de apuração preliminar da infração penal, convém adotá-lo como modelo, mesmo porque é a forma prescrita no Código de Processo Penal brasileiro. Além disso, as suas disposições são, subsidiariamente, adotadas pelos demais órgãos públicos nas apurações preliminares que envolvem fatos penalmente relevantes.

A persecução penal tem por fim a reconstrução do fato delituoso, assim, a autoridade policial deve tomar conhecimento da ocorrência diretamente (espontânea) ou por testemunhas, vítimas, condutores, populares, policiais, imprensa e etc. A esse fato dá-se o nome de notícia do crime.⁶³

Quando a autoridade *não toma conhecimento diretamente da infração penal* estará diante de uma *notícia do crime indireta* que pode ser provocada ou não. Será provocada quando tomar conhecimento através de ato jurídico onde uma pessoa informa sobre a infração penal, como ocorre com a comunicação por qualquer pessoa do povo, com a requisição do órgão do Ministério Público ou do Poder Judiciário e com a representação. A notícia do crime não provocada

⁵⁸ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

⁵⁹ Marta Saad, *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁰ Benedito Roberto Garcia Pozzer, *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

⁶¹ Paulo Roberto da Silva Passos, *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*. São Paulo: Themis, 2001.

⁶² Aury Lopes Júnior, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁶³ José Frederico Marques conceitua a notícia do crime como o “conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de um fato delituoso” (José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 134).

decorre das atividades rotineiras do órgão de persecução penal.⁶⁴ Existe ainda, a notícia do crime coercitiva, pois decorre da prisão em flagrante delito.

A atuação da Polícia Judiciária subdivide-se em investigação subjetiva e objetiva. A primeira se relaciona às pessoas envolvidas no fato, como o interrogatório do indiciado, a tomada de declarações dos suspeitos, a oitiva das testemunhas, que conduzem às conclusões subjetivas. A segunda diz respeito aos objetos relacionados ao fato com as perícias, as avaliações e as vistorias, nas quais ensejam conclusões objetivas. Em conjunto, formam os indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva.

Sobre o valor do inquérito policial, duas características devem ser observadas. Para os adeptos da teoria geral do processo, o inquérito policial é *mera peça informativa*, de natureza *administrativa*.⁶⁵

O inquérito policial se desenvolve perante o Estado-Administração, por isso, tem a característica de procedimento administrativo. Contudo, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo ressalta que tem finalidade judicial,⁶⁶ ou seja, instruir o juízo penal.

Atribui-se certo valor ao inquérito policial em decorrência das denominadas provas que não se repetem, como o resultado do exame pericial.⁶⁷ Estas se submetem ao contraditório posterior.⁶⁸

Ganha relevo a discussão em decorrência do advento da Lei 11.690, de 09 de junho de 2009, que deu nova redação ao artigo 155 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua

⁶⁴ José Frederico Marques cita como exemplos de notícia do crime não provocada a “*vox publica*, as informações da imprensa, a investigação de um funcionário subalterno, a descoberta de um cadáver feita ocasionalmente, a comunicação telefônica de algum acontecimento delituoso” (*Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 134).

⁶⁵ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 134.

⁶⁶ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Inquérito policial novas tendências*, cit.

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁸ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p.68.

decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O dispositivo denota algumas conclusões. Primeiro, considera-se como prova aquela “produzida em contraditório judicial”. Os resultados da investigação criminal devem ser considerados como “elementos informativos”, exceto quando se tratar de “provas cautelares,⁶⁹ não repetíveis⁷⁰ e antecipadas⁷¹”, logo, estas são provas submetidas ao contraditório posterior. Por último, que o juiz penal não pode decidir com fundamento, exclusivo, nos elementos informativos do inquérito policial, mas pode nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, desde que passem, posteriormente, pelo crivo do contraditório judicial.

A alteração, embora pareça relevante, não modificou em quase nada a norma processual penal, pois o juiz penal ainda pode fundamentar a decisão com base nos indícios, desde que em conjunto com uma prova (entendida como aquela submetida ao contraditório). Portanto, há de considerar que o conjunto probatório abarca tanto as provas propriamente ditas ou em sentido estrito, como os elementos informativos ou provas em sentido largo.

Consequentemente, o inquérito policial não se configura como mera peça informativa. Como visto, tem valor relativo, assim como as provas em sentido estrito, uma vez que não são admitidas mais as provas de valor absoluto,⁷² porém, em grau inferior, pois só ganha relevo em conjunto com as demais provas.⁷³

Podem-se identificar outros fins do inquérito policial que lhe atribuem valores jurídicos e sociais, voltados à preparação do juízo criminal para admitir

⁶⁹ Provas cautelares são aquelas produzidas em decorrência de uma medida cautelar para assegurar o resultado probatório como busca e apreensão.

⁷⁰ Provas não repetíveis são os resultados dos exames periciais (laudos), das vistorias e das inspeções, tipicamente cautelares.

⁷¹ As provas antecipadas são aquelas ordenadas pelo juiz penal “antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (art. 156, II, do Código de Processo Penal brasileiro).

⁷² No sistema das provas legais a confissão era a rainha das provas, abreviava o complicado procedimento para alcançar a verdade, (João Bernardino Gonzaga, *A inquisição em seu mundo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 24 – 25).

⁷³ Artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro.

uma acusação e à preservação do investigado e da justiça contra as acusações temerárias, caluniosas ou infundadas.⁷⁴

O inquérito policial, como já ressaltado anteriormente⁷⁵, está presente para possibilitar que a autoridade policial tome todas as providências necessárias para preservar e alcançar os elementos de prova necessários à elucidação do fato penal.

O sigilo⁷⁶ exigido não transforma o inquérito policial em processo inquisitivo⁷⁷. Tem por fim, preservar os atos de polícia judiciária genuinamente investigatórios, como a interceptação telefônica, que são sigilosos pela própria natureza. A partir da materialização do ato investigatório em ato de instrução criminal preliminar, ou seja, do ingresso desse elemento probatório nos autos do inquérito policial, ele deixa de ser sigiloso, pois não é necessário a elucidação do fato.⁷⁸

A incomunicabilidade⁷⁹ do indiciado prevista no Código de Processo Penal brasileiro deita suas raízes no denominado *direito penal do inimigo*, tanto que confere ao inquérito policial, realmente, a natureza de inquisitivo. No entanto, este dispositivo não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois quando esta veda, inclusive, na vigência do Estado de defesa, que é uma situação excepcional, a incomunicabilidade do preso.⁸⁰

⁷⁴ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit.

⁷⁵ Vide tópico 3.5. O problema da verdade: Inquisitividade versus imparcialidade.

⁷⁶ Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

⁷⁷ Rogério Lauria Tucci destaca o equívoco de confundir o inquérito policial com o processo inquisitivo que vigorou em Roma e na Idade Média como processo penal inquisitório, de triste memória. (*Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*). cit., p.178).

⁷⁸ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit.

⁷⁹ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir. Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963) (Redação dada pela Lei nº 5.010, de 30.5.1966)”.

⁸⁰ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 218-219. Em sentido contrário, se posiciona Vicente Greco Filho, que entende que a incomunicabilidade do indiciado pode ser decretada. A define como “uma restrição complementar à prisão, de modo que somente pode ser aplicada ao suspeito ou indiciado que já estiver preso

Num Estado Democrático de Direito é inconcebível situar o investigado por um crime como objeto da investigação.⁸¹ Ocupa a situação jurídica subjetiva de sujeito de direitos e obrigações, o que torna indispensável a sua maior participação na fase policial.⁸²

3.7 Ação penal

O estudo da ação penal com todas as peculiaridades que a norteiam demanda extenso labor doutrinário. A abordagem que se pretende sobre os fundamentos do Direito Processual Penal impõe postura objetiva e atual, sem resgates sobre as diversas concepções da ação.

A ação penal, sob a ótica processual, tem a natureza jurídica semelhante da exercida na jurisdição civil. Com isso, os conceitos se aproximam. Mas, divergem em razão da matéria.⁸³

O direito de ação tem o seu fundamento na proibição estatal imposta aos particulares de fazer justiça com as próprias mãos.⁸⁴ O ordenamento jurídico brasileiro consagra como direito fundamental o acesso à justiça.⁸⁵ Isso decorre do

por outro fundamento, como o flagrante ou a prisão temporária.” Firma o entendimento de que “o art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal não revogou a possibilidade da decretação da incomunicabilidade fora do tempo de vigência do estado de defesa; ao contrário, confirmou-a no estado de normalidade.” (Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, P.83).

⁸¹ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 154.

⁸² Vide capítulo IV, tópico 4.3. acesso à justiça penal.

⁸³ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 307.

⁸⁴ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*. cit., p.302-303.

⁸⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...): XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Direito Constitucional moderno que consagra a ação como “um direito público subjetivo do cidadão em face do Estado, para a tutela da ordem jurídica.”⁸⁶

Tanto a ação penal, como a ação civil, implicam a atividade estatal de exercer a jurisdição, por meio de processo para aplicar o direito material. Mas essas ações têm fundamentos jurídico-constitucional diversos, além da diferença em razão da matéria.⁸⁷

A ação penal corresponde ao exercício do direito de acessar a jurisdição penal⁸⁸, para aplicar uma sanção penal àquele considerado culpado em sentença penal condenatória irrecorrível. Como já salientado em tópico anterior, o poder-dever de punir é de coerção indireta, por isso, o processo penal é imprescindível. Por conseguinte, a ação penal resulta desse direito individual. Deve ser concebida como direito subjetivo para a aplicação de uma sanção penal.⁸⁹

O poder-dever de punir se efetivará pela iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, na hipótese legal de iniciativa privada, pleiteia o juiz penal, por meio de uma acusação (denúncia ou queixa), a aplicação da norma penal incriminadora.⁹⁰

A definição de ação penal deve se basear em alguns aspectos. Em primeiro lugar consiste na comunicação ao juízo penal da notícia do crime, deve corresponder a descrição do fato previsto na norma penal.⁹¹

A ação penal tem as características de direito autônomo e público. Disse autônomo porque não se confunde com a execução, tampouco, com a primeira fase da persecução penal. Pressupõe um direito subjetivo que é o seu objeto

⁸⁶ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 308.

⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 308 e 311.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 307.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 310.

⁹⁰ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.; Rogério Lauria Tucci, observa que a Administração Pública tem geralmente o atributo de autoexecutoriedade de suas medidas, o que permite, por exemplo, uma autuação. Mas para aplicar o Direito Penal não tem o referido atributo. (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 82).

⁹¹ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. cit., p. 209-210.

(direito de punir e de liberdade). Mas, não se confunde com ele. O direito subjetivo material se realiza por meio dela.⁹²

É, também, concebida como autônoma porque pode ser exercida sem a existência do direito subjetivo material postulado, como ocorre na ação penal condenatória em que se verifica a inexistência do fato delituoso ao final. Assim, a ação penal expressa o exercício de um direito subjetivo, configura-se num direito abstrato de agir, pois se trata de um direito ao meio e não ao fim, caso contrário, a ação não existiria se o acusado fosse absolvido.⁹³

A ação penal corresponde à segunda fase da persecução penal⁹⁴, que tramita perante o Poder Judiciário, onde o Estado busca a aplicação de uma pena ao acusado. Como ato expressa uma acusação. Tem como efeito a constituição da qualidade de acusado ao provável autor do delito. Tem por fim alcançar uma sentença penal definitiva, que pode ser condenatória ou absolutória.⁹⁵

Para o exercício da jurisdição penal deve-se observar as condições da ação. Elas visam a impedir “a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei”.⁹⁶ Caso as condições não sejam preenchidas estar-se-á diante do denomina “abuso do direito de ação”, o que não pressupõe a sua inexistência, mas deve impedir o seu exercício.⁹⁷

São condições para o exercício regular da ação a *possibilidade jurídica do pedido*, a *legitimidade para a causa* e o *interesse de agir*.

⁹² Neste esteio, vide Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 83.

⁹³ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 314-315. Sobre essa questão, Rogério Lauria Tucci ressalta que “Nem por isso deixou ela de efetivar-se, de ser plenamente concretizada” (*Teoria do direito processual penal*, cit., p. 84).

⁹⁴ *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 83.

⁹⁵ Francesco Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1961, p.137.

⁹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p.305.

⁹⁷ Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 88 e 131.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura pontua a importância, para o ordenamento jurídico, da propositura da ação penal quando “for possível imputar ao acusado conduta que se amolde ao tipo, tal como definido em lei”. Deve-se observar o regramento constitucional da legalidade, o que, na visão da autora, torna desnecessária em âmbito processual penal “a discussão a cerca da possibilidade jurídica como condição da ação e sua identidade ou não com a tipicidade.” A atipicidade diz respeito a um problema de legitimidade da acusação que, enseja por falta de justa causa o imediato trancamento da ação penal.⁹⁸

A possibilidade jurídica do pedido está vinculada a previsão no ordenamento jurídico da providência solicitada. Essa verificação não é em concreto, mas em abstrato.⁹⁹

O sistema processual penal brasileiro, originariamente, vinculava essa condição à tipicidade penal¹⁰⁰.

Discordavam desse entendimento Ada Pellegrini Grinover¹⁰¹ e Afrânio Silva Jardim, no sentido de que a ausência de tipicidade não constitui impossibilidade jurídica do pedido, mas, se refere ao próprio mérito da causa penal.¹⁰²

No sentido proposto pelos autores adveio Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro para considerar a ausência de tipicidade como causa de absolvição sumária do acusado.¹⁰³

⁹⁸ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

⁹⁹ Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. cit., p. 95.

¹⁰⁰ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 318; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*. cit., p. 92.

¹⁰¹ “A possibilidade jurídica, com relação ao exercício do direito de ação, é via de regra conceituada em termos negativos, como exclusão, *a priori*, pelo ordenamento, do pedido ou da *causa petendi*, formulado pelo autor”, (Ada Pellegrini Grinover; Antonio Magalhães Gomes Filho; Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal: teoria dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.)

¹⁰² Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. cit., p. 96.

¹⁰³ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) (...): III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Embora próximas as condições da ação penal e civil, as definições deste não se adequam ao processo penal.¹⁰⁴ Por isso, Maria Thereza Rocha de Assis Moura considera desnecessário discutir sobre possibilidade jurídica do pedido como condição da ação penal, uma vez que é tão necessária pelo princípio da legalidade que não faz sentido arrolá-la como condição da ação penal.¹⁰⁵

A legitimidade para causa se relaciona à titularidade ativa e passiva da ação.¹⁰⁶ No processo penal a legitimidade para causa tem especial relevo porque a sua falta implica na rejeição da denúncia ou queixa¹⁰⁷ e constitui nulidade absoluta¹⁰⁸. Vale observar que a ilegitimidade para o processo (do representante da parte) constitui nulidade relativa¹⁰⁹.

A ação penal privada apresenta certa peculiaridade ao permitir a substituição processual. Trata-se de legitimação extraordinária conferida ao ofendido, pois a legitimação ordinária pertence ao Ministério Público no exercício do poder-dever de punir.¹¹⁰

Nota-se que na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública a legitimação do ofendido “é extraordinária e sucessiva, pois condicionada à inércia do Ministério Público.”¹¹¹

¹⁰⁴ “Concluimos, da análise das denominadas condições da ação, ser de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil.”, (Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215).

¹⁰⁵ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. cit., p. 216.

¹⁰⁶ Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984, v. I, p. 139.

¹⁰⁷ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008), (...): II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

¹⁰⁸ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos (...): II - por ilegitimidade de parte;”

¹⁰⁹ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.” (Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. cit., p. 190.)

¹¹⁰ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 320; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 96; Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*, cit., p. 191.

¹¹¹ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. cit., p. 191. A autora observa que, “diversamente do que ocorre no processo civil, no processo penal o interesse do

Outra peculiaridade relativa à legitimidade para causa se relaciona a ação penal de execução. Tem início por ação judiciária (de ofício) por meio de providência do juízo penal sentenciante ao expedir a guia de recolhimento ou de internação, que forma o título a ser executado. Desenvolve-se por impulso oficial do juiz da Vara das Execuções Criminais. Por isso, a legitimação para causa “restringi-se ao condenado, sujeito aos efeitos da sanção que lhe tenha sido imposta, cingindo-se a atuação o Ministério Público à de *custus legis*”.¹¹²

Para propor uma ação civil é preciso haver *interesse de agir*. Trata-se de um elemento material do direito de ação, a fim de obter um provimento judicial. Difere do interesse substancial, tem finalidade de tutelar este direito.¹¹³

Na esfera penal, se o fato é aparentemente criminoso, o interesse de agir estará sempre presente em decorrência da imprescindibilidade do processo penal para aplicar a sanção ao infrator.

Por isso, convém assentar a impossibilidade de adotar o conceito de interesse de agir do processo civil, no processo penal, pois não decorre de uma pretensão insatisfeita, mas da necessidade do processo penal para impor uma sanção penal para o infrator.

Agora, se as ações penais não são de cunho condenatório, pode faltar interesse de agir por desnecessidade, como ocorre nas ações de *habeas corpus* e de mandado de segurança.¹¹⁴

José Frederico Marques procura aproximar o conceito de interesse de agir ao de justa causa para a propositura da ação penal, ao destacar a necessidade em formular “um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional”. Acrescenta o

ofendido só excepcionalmente é considerado para o fim de estabelecer-se a titularidade para o exercício do direito à jurisdição, em virtude da legitimação ordinária conferida ao Ministério Público, enquanto órgão do Estado-Administração, detentor do *ius puniendi*.” A autora considera “irrelevante, pois, mencionada condição, para a ação penal de natureza condenatória.” (*Justa causa para a ação penal*, cit., p. 192 e 217).

¹¹² Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*. cit., p. 96-97.

¹¹³ Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*. cit., p. 136.

¹¹⁴ Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. cit., p. 96.

autor que a providência jurisdicional deve ser adequada a situação concreta levada a juízo. Com ausência do interesse de agir faltará justa causa para a propositura da ação penal. Por isso, considera “o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta.”¹¹⁵

Não há identidade entre a justa causa e o interesse de agir, como observa Maria Thereza Rocha de Assis Moura, obviamente, “inexistindo interesse não haverá justa causa. Mas a falta desta se dá, também, em outras situações, dentre elas em face de qualquer uma das condições da ação”.¹¹⁶

Afrânio Silva Jardim considera a justa causa como uma quarta condição da ação penal. Para o autor, a justa causa significa “um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.” Para isso, tem função especial o inquérito policial e as peças de informação.¹¹⁷

Para compreender a justa causa no sistema processual penal brasileiro, mister ressaltar o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no qual endossamos. A autora entende que a justa causa é aquela segundo o direito, lícita, e a sua análise diz respeito à suficiência para a instauração da ação penal de forma concreta, pautado em elementos que indicam a presença de fundamentos jurídicos e de fato para amparar uma acusação criminal. Não é suficiente a previsão legal. O fundamento de fato exige a correlação da acusação com a prova da existência material do fato delituoso e dos indícios de autoria, “porque não dizer, um mínimo de culpabilidade.”¹¹⁸

A ação penal de iniciativa pública passa a ser obrigatória após a constatação da justa causa. Igualmente, o particular deve constatar-la para ter a faculdade de ingressar com a ação penal de iniciativa privada.¹¹⁹

¹¹⁵ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 319-320;

¹¹⁶ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. cit., p. 208.

¹¹⁷ Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. cit., p. 92-93.

¹¹⁸ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *Justa causa para a ação penal*. cit, p. 242-243.

¹¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 243.

A prova exigida para amparar um processo penal de índole condenatória decorre de um “grau necessário para submeter alguém a julgamento.” Com isso, a justa causa se relaciona com o “juízo de mínima probabilidade de condenação.”¹²⁰

Contudo, a autora chama a atenção para a constatação de que não se exige “de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato da autoria e da culpabilidade.” Isso se faz somente por ocasião da sentença penal condenatória.¹²¹

Assim, Maria Thereza Rocha de Assis Moura conceitua a justa causa como “o conjunto de elementos de Direito e de fato que tornam legítima a coação”, ou seja, “corresponde ao fundamento da acusação”.¹²²

Ademais delinea a justa causa sob os ângulos positivo e negativo: naquele “é a presença de fundamento de fato e de Direito para acusar, divisando uma mínima probabilidade de condenação, na qual se baseia o juízo de acusação”; para o ângulo negativo “é a falta desses elementos, que torna impossível submeter alguém ao processo criminal, porque nem se quer haveria probabilidade de condenação.”¹²³

Além dessas condições da ação penal analisadas, há outras condições denominadas de procedibilidade.

As condições de procedibilidade são aquelas relacionadas à admissibilidade do processo penal e não se confundem com as condições para o exercício da ação penal condenatória.¹²⁴

¹²⁰ Ibidem, p. 245.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem, p. 248.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 392; Rogério Lauria Tucci considera diferente das condições da ação, mas observa que são igualmente inerentes ao exercício do direito à jurisdição penal. (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal.cit.*, p. 97); Vicente Greco considera que não “são outras condições da ação, mas condições especiais subsumidas na possibilidade jurídica do pedido.”(Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. cit, p. 108).

São consideradas condições para o exercício do direito à jurisdição penal ou de procedibilidade, aquelas exigidas por lei para propor ação penal. No Direito brasileiro constituem condições de procedibilidade a requisição do Ministro da Justiça, quando o crime for cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro, (art.7, § 3º, b, do Código Penal), com a entrada do agente no território nacional (art.7º, §2º, a, do Código Penal), e a representação do ofendido quando a lei exigir (art.100, §1º, do Código Penal).

As condições de procedibilidade “tem caráter suspensivo e impedem respectivamente o início da persecução ou da ação penal.”¹²⁵

As condições de procedibilidade diferem das condições de punibilidade. Estas se relacionam diretamente ao mérito da causa, aquelas à instauração do processo penal.¹²⁶ Contudo, quando o fato que der ensejo à extinção da punibilidade ocorrer antes da propositura da ação penal, “ele se torna uma condição negativa de procedibilidade, de modo que a própria ação penal fica proibida.”¹²⁷

A falta de condição de procedibilidade impõe a rejeição da peça acusatória formulada, mas permite outro oferecimento da denúncia ou da queixa enquanto não for extinta a punibilidade. Agora, se for proposta a acusação e faltar uma condição de procedibilidade negativa, pela extinção da punibilidade, “a decisão de rejeição tem força de coisa julgada material, impedindo a renovação da ação.”¹²⁸

O ordenamento jurídico deve conferir segurança aos indivíduos quanto aos julgamentos proferidos ou pendentes de julgamento. Trata-se da proibição do *bis*

¹²⁵ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. cit., p. 217. Tradução livre do autor. Original: “Le condizioni di procedibilità (nella duplice indicata configurazione) hanno carattere sospensivo e cioè impediscono rispettivamente l’inizio o la prosecuzione dell’azione penale.”

¹²⁶ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., v. II, p. 395.

¹²⁷ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. cit., p. 108.

¹²⁸ Idem, *Ibidem*.

in idem, expresso na esfera penal nos institutos processuais da coisa julgada e da causa pendente.¹²⁹

Para aferir se alguém será processado por um fato delituoso que já foi julgado ou que está pendente de julgamento convêm identificar os elementos da ação penal. Dizem respeito a cada uma *das partes*, ou seja, em relação a quem propõe, e a quem foi proposta a ação; em relação aos *fundamentos do pedido* relacionados aos *fatos e aos fundamentos jurídicos*; e ao *pedido* relacionado ao *bem pretendido* e a espécie de *provimento jurisdicional* postulado (por exemplo: sentença condenatória).¹³⁰

Assim, para identificar se as ações penais são idênticas ou não é preciso constatar os três elementos, com os respectivos desdobramentos, que o identificam; denominados partes, causa de pedir¹³¹ e pedido ou objeto.¹³²

Nessa análise cabe ao cientista do direito “voltar os olhos para a relação substancial, pois é lá que se encontram tais elementos.”¹³³ Principalmente quando o fato se relaciona a uma violação da norma penal incriminadora. Ninguém pode ser acusado e julgado pelo mesmo fato delituoso, trata-se de uma segurança, não só do indivíduo, mas de toda a sociedade.

¹²⁹ Falamos em causa pendente e não em litispendência como observa Rogério Lauria Tucci, pois no processo penal é irrelevante o conceito de lide (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal. cit.*, p.86).

¹³⁰ Por isso, Cândido de Rangel Dinamarco considera que “são seis os elementos da demanda, porque cada um dos elementos tradicionalmente indicados pela doutrina se desdobra em dois” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil. cit.*, p.117).

¹³¹ Fala-se em causa de pedir próxima relacionada aos fundamentos jurídicos da ação e remota expressa nos fatos alegados. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil. cit.*, p.130-131).

¹³² Rogério Lauria Tucci ressalta que “assume relevância a verificação dessa identidade, sobretudo para a constatação da pendência de uma causa ou da existência de coisa julgada, no campo penal, em que ninguém pode ser processado, muito menos julgado, pelo mesmo fato.” (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal. cit.*, p. 89).

¹³³ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.113.

3.8 Processo e procedimento penal

Durante muito tempo o procedimento expressou o processo. A evolução científica do Direito Processual o rebaixou para um segundo plano. Retoma, no final do século XX, uma “posição de destaque” na ciência do Direito.¹³⁴

A teoria geral do processo, por considerar o procedimento como “expressão da unidade do processo”, considera a primeira fase da persecução penal, expressa na investigação criminal, como “uma etapa prévia”, que “não faz parte da unidade procedimental”.¹³⁵

Joaquim Canuto Mendes de Almeida considera como movimento “a passagem do ser em potência para o ser em ato”, para conceituar o processo judiciário como “o movimento forense, contemplável concretamente no curso dos atos da ação judiciária em sua frontal direção ao justo”.¹³⁶

Afrânio Silva Jardim, tendo em vista as fases da autotutela e da autocomposição, observa que o processo resulta “da evolução gradativa, natural e necessária do progresso civilizatório. Somente após o desenvolvimento cultural do homem, pode-se conceber esta engenhosa forma de resolver os interesses contrários”. Por isso, considera o processo como “uma das grandes invenções da humanidade”.¹³⁷

O conceito de processo, segundo Cândido Rangel Dinamarco, está atrelado ao exercício do contraditório no procedimento,¹³⁸ especialmente na jurisdição penal em que este deve ser efetivo.

¹³⁴ Antonio Scarance Fernandes, *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 35-36.

¹³⁶ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 7.

¹³⁷ Afrânio Silva Jardim, *Direito processual penal*. cit., p. 59-61.

¹³⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79 e 152.

Rogério Lauria Tucci ressalta a formalização do processo no procedimento. Este “corresponde a sua *esquematização formal*”. Considera o processo como instrumento da ação judiciária para aplicar o Direito ao caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.¹³⁹

Convém notar que o processo penal, nos Estados Democráticos, exerce a relevante função de tutela da liberdade jurídica do acusado, bem como, permite a participação do ofendido, com o fim de obter um provimento jurisdicional condenatório para assegurar prováveis direitos patrimoniais.

Com isso, o processo penal pode ser conceituado como *o instrumento dos juízes e tribunais para aplicar uma sanção ao infrator da norma penal incriminadora, para tutelar o acusado contra possíveis arbitrios estatais e, subsidiariamente, para assegurar os direitos patrimoniais do ofendido.*

O procedimento, como materialização do processo, significa “o conteúdo formal do processo”,¹⁴⁰ delineado como “um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal, que o dirige -, seus auxiliares e demais pessoas integrantes e participantes”,¹⁴¹ cujos atos tendem ao mesmo fim.¹⁴²

Os fins dos atos do procedimento nas esferas penal e extrapenal são diversos. Nesta tem o fim de solucionar uma situação litigiosa. Em âmbito penal tendem a solucionar um conflito de “alta relevância social; e, outrossim, quando necessário, de sua realização prática (execução), bem como de sua assecuração (cautela).”¹⁴³

Explica José Frederico Marques, levando em conta o aspecto formal do procedimento, que este “apresenta, dentro do próprio processo, tipos e categorias cunhados e caracterizados em razão do modo pelo qual os atos se encadeiam e

¹³⁹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 157.

¹⁴⁰ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. cit., p. 384.

¹⁴¹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 158.

¹⁴² Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 57. Original: “Procedimento è dunque una successione di atti tendenti al medesimo fine”.

¹⁴³ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 158.

se desenvolvem. Daí falar-se em procedimento sumário, procedimento especial, etc.”¹⁴⁴

O procedimento penal, no sistema processual brasileiro, pode ser *comum* ou *especial*.¹⁴⁵ Aquele pode ser *ordinário*, *sumário* ou *sumaríssimo*.¹⁴⁶

Será comum ordinário quando “tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade”.¹⁴⁷

Adota-se o procedimento *sumário* quando o crime a ser apurado cominar pena máxima inferior a 4 (quatro) anos de privação da liberdade,¹⁴⁸ exceto na hipótese de infração de menor potencial ofensivo,¹⁴⁹ no qual o procedimento será o *sumaríssimo*,¹⁵⁰ expresso em disposições¹⁵¹ da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*.

¹⁴⁴ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. v. I, cit., p. 385.

¹⁴⁵ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 394. O procedimento será comum ou especial.” (Redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008).

¹⁴⁶ Código de Processo Penal brasileiro, art. 394: “§ 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo” (Incluído pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008).

¹⁴⁷ Art. 394, § 1º, I, do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁴⁸ Art. 394, § 1º, II, do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁴⁹ Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995: “art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

¹⁵⁰ Art. 394, § 1º, III, do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁵¹ Seção III – Do procedimento sumaríssimo, Arts. 77 a 83, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

3.9 Jurisdição

O poder jurisdicional decorre da vida social, pois quem pertence a um determinado grupo social reconhece que o exercício do poder pode exigir determinados esforços conforme os fins perseguidos por esse grupo. Trata-se de um “fenômeno sócio-cultural.” Pode ser definido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.”¹⁵²

O Estado se caracteriza como um “grupo social máximo e total”, com poder. Este se sobrepõe aos demais poderes sociais a fim de manter a ordem e estimular o progresso em direção ao bem comum (soberania do Estado).¹⁵³ O poder político possui três características fundamentais relacionadas à unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, do que denota a impropriedade em falar sobre divisão e delegação de poderes.¹⁵⁴

O Estado exerce suas funções pelo desdobramento destas em legislativa executiva e jurisdicional. A primeira visa a editar as regras que compõem o ordenamento jurídico. A segunda, além de executar as leis, resolve os problemas sociais de acordo com elas. A função jurisdicional, a princípio, visa a aplicar o ordenamento jurídico na resolução dos conflitos sociais.¹⁵⁵

Essas funções do poder estatal são desdobradas conforme a especialização funcional e a independência orgânica. Nos Estados modernos o desdobramento dos poderes ganha uma nova roupagem em decorrência das formas de relacionamento entre os órgãos legislativos e executivos e o Poder Judiciário, configurando um sistema de colaboração de poderes.¹⁵⁶

¹⁵² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 106-107.

¹⁵³ Idem, *ibidem*, p. 107.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 108-109.

Existe um mecanismo de “freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes”, o que significa que não haverá usurpação de atribuições, tampouco, domínio de um pelo outro deve ocorrer. O controle recíproco tem por fim “evitar distorções e desmandos”.¹⁵⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe no artigo 2º, sobre os poderes da União, estatuidos-os como independentes e harmônicos entre si.¹⁵⁸ Além deste dispositivo, trata de forma dispersa sobre cada um dos órgãos do poder estatal e somente através da organização sistêmica “é que se poderá chegar a uma conclusão sobre as funções que verdadeiramente exerce cada um dos órgãos previstos constitucionalmente”.¹⁵⁹

Paolo Tonini ressalta que as características da independência e da imparcialidade distinguem o Poder Judiciário dos demais poderes do Estado.¹⁶⁰

O Poder Legislativo não é um órgão independente por ser eleito pelo povo, que exige atuação legislativa em prol de determinado grupo social e será cobrado em sua reeleição. Além disso, exprime o interesse político para aprovar as leis. O Poder Executivo também não é órgão imparcial por perseguir interesses políticos. A *independência* do Poder Judiciário forma o sistema de garantia constitucional em conjunto com a *imparcialidade* para proteger o cidadão. São elementos imprescindíveis para a realização do justo processo em contraditório, a paridade das partes, a imparcialidade e a independência do juiz e a razoável duração do processo.¹⁶¹

A jurisdição, nas palavras de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, além de ser uma função típica do Poder Judiciário, “encara-se em potência, como poder-

¹⁵⁷ Ibidem, p. 108.

¹⁵⁸ Artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹⁵⁹ André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1028. O autor afirma que as funções estatais “não se restringem mais a apenas três (assim, terceira a função administrativa a governativa ou política, a judicial, a legislativa, a de controle etc.)

¹⁶⁰ Le caratteristiche della indipendenza e della imparzialità distinguono il potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato. (Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*. 7.ed. Milano: AG, 2006.)

¹⁶¹ Paolo Tonini. *Manuale di procedura penale*. cit., p. 60-61.

dever de fazer justiça estatal, e em ato, como a atividade mesma de exercerem seus agentes, que são os juízes e os tribunais”.¹⁶²

Para o autor essa atividade exprime a *ação judiciária* que se *identifica em ato com a jurisdição*. Isso porque o movimento leva à “passagem do ser em potência para o ser em ato, o processo judiciário, por sua vez, nada mais é senão o movimento forense, contemplável concretamente no curso dos atos da ação judiciária em sua frontal direção ao justo”.¹⁶³

Quanto à ordem jurídica violada, cabe ao Estado exercer a função jurisdicional para “fazer cumprir o ordenamento ou restabelecer a paz social violada, de maneira coativa”.

José Frederico Marques, pautado em Enrico Tullio Liebman, aduz que o escopo da jurisdição é de dar efetividade ao ordenamento jurídico e impor a regra jurídica concreta por meio dos órgãos estatais. Essa atuação estatal, complementar, decorre de uma situação “contenciosa derivada da incerteza sobre as relações de vida em que incide a ordem jurídica, ou resultante da violação desta com a prática de atos lesivos a interesses juridicamente tutelados.”¹⁶⁴

Existem regras básicas sobre a jurisdição. A primeira é aquela que estabelece a inércia judicial, isso significa que o Poder Judiciário deve ser provocado, a fim de garantir a imparcialidade do juiz,¹⁶⁵ atua como “órgão estatal equidistante do conflito de interesse de alta relevância social.”¹⁶⁶

O papel de acusação no processo penal é exercido pelo Ministério Público, cabendo ao juiz julgar. A imparcialidade “é imprescindível a um julgamento sereno

¹⁶² Joaquim Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. cit., 1975, p. 7.

¹⁶³ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁴ José Frederico Marques. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000, p. 2-4.

¹⁶⁵ Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

¹⁶⁶ Paulo Rangel. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 283.

e isento de qualquer paixão”.¹⁶⁷ A jurisdição como poder estatal é una, sendo a sua divisão, meramente didática e prática em razão da matéria.¹⁶⁸

Outra característica da jurisdição está na *indeclinabilidade* consagrada na norma constitucional que assegura a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário.¹⁶⁹

A jurisdição é indelegável, exceto quando a própria Constituição permite que outro órgão exerça o poder de julgar como ocorre na hipótese de julgamento pelo Senado Federal para processar e julgar por crimes de responsabilidade os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Presidente, o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os Membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União.¹⁷⁰

Paulo Rangel discorda da doutrina que visualiza a carta precatória como um ato de delegação jurisdicional. Afirma o autor que “não há como se delegar algo que não se possui”. Segundo o seu pensamento, há confusão entre competência e jurisdição. O juiz deprecado tem competência “para a prática de um determinado ato processual referente àquela causa que não pode julgar.” O juízo deprecante não tem competência para praticar o ato que deprecou para outro juízo, mas tem competência para julgar a causa.¹⁷¹

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁶⁸ Neste sentido, José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, cit., p. 8; Paulo Rangel, *Direito processual penal*, cit., p. 288; Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, cit., p. 132.

¹⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; e II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.”

¹⁷¹ Paulo Rangel. *Direito processual penal*. cit., p. 285.

3.91. Jurisdição Constitucional: um a tendência dos Estados Democráticos

A ampla doutrina processual penal ainda estabelece a jurisdição como o poder, função e atividade de aplicar a vontade da lei a um fato concreto (Giuseppe Chiovenda), obtendo a justa composição da lide por meio de uma criação judicial de norma individual para o caso concreto (Francesco Carnelutti).¹⁷²

Esse significado perdeu um pouco de sentido com o estabelecimento dos Estados Democráticos de Direito, uma vez que a lei perdeu a supremacia para a Constituição. Por isso, se fundamenta nas normas constitucionais.¹⁷³

Assim, Hermínio Alberto Marques Porto, em estudo sobre o *sistema processual penal democrático*, explica que no cerne das normas são encontradas inspirações vindas de mandamentos constitucionais,¹⁷⁴ “e esta presença inspiradora mostra a superação de um sentido meramente instrumental nas normas processuais.”¹⁷⁵

Inegavelmente, as normas processuais penais complementam os princípios e regramentos constitucionais, formam o conjunto de tutela da liberdade jurídica

¹⁷² Vide Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*. cit., p. 131.

¹⁷³ Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva, Jorge Miranda, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009; Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.14.

¹⁷⁴ Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente, cit., p. 636.

¹⁷⁵ Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 14. João Mendes de Almeida Júnior ressalta que o processo penal “tem seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solene compromisso de que ninguém será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada” (João Mendes de Almeida Júnior, *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves e Cia, 1911, v. I, p. 8).

do acusado contra possíveis arbítrios estatais.¹⁷⁶ Isso caracteriza a jurisdição penal como constitucional.

A interpretação busca o verdadeiro sentido da norma infraconstitucional, amparada na Constituição e nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.¹⁷⁷ Os direitos fundamentais não dependem mais de normas infraconstitucionais para se tornarem efetivos. Ao contrário, as normas infraconstitucionais devem estar sempre em conformidade com os direitos humanos fundamentais.¹⁷⁸

Como a Constituição da República traça os fundamentos políticos das normas infraconstitucionais (entre elas as normas processuais penais), incide sobre estas o controle material de constitucionalidade.¹⁷⁹ A jurisdição constitucional tem como objeto a *tutela preventiva*, os *controles concreto* ou

¹⁷⁶ João Mendes de Almeida Júnior considera as leis processuais penais como “o complemento necessario das leis constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma occasião constante de desconfianças e surpresas” (*O processo criminal brasileiro*, cit., p. 8).

¹⁷⁷ Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente, cit., p. 636. O § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que os direitos humanos fundamentais “são directamente aplicáveis desde que possuam suficiente determinabilidade”, ou seja, devem ter “conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável”, a fim de “garantir a validade, efectividade e vinculatividade das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias.” Essa determinabilidade “é um pressuposto de todo o sistema dos direitos, liberdades e garantias. Com esse tópico pretende-se salientar a idéia de que a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias e traduzida na sua aplicabilidade directa, pressupõe que as normas consagradoras desses direitos possuem um conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável. Isto significa, concretamente que: (1) os pressupostos de facto (*Tätbestände*); (2) as consequências ou efeitos jurídicos; (3) as cláusulas restritivas do âmbito de protecção.” (José Joaquim Gomes Canotilho, Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In.: *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. Coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 135-137).

¹⁷⁸ Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado Contemporâneo, cit., p.14.

¹⁷⁹ Vide José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., v. I, p. 71. Já ressaltamos a controvérsia sobre a recepção das normas infraconstitucionais anteriores à nova Constituição (Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente, cit., p. 636, nota n. 31). Caso não sejam recepcionadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem admitido o ingresso de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade) contra norma anterior à Constituição e incompatível com ela. Encara-se “a matéria em termos de revogação, a ação direta será descabida, porque não se pode cogitar de declarar inconstitucional o que já não existe no mundo jurídico.” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67-82).

incidental e abstrato ou *difuso de constitucionalidade*, o *controle de constitucionalidade por omissão*, a *declaração de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal, a fim de tornar efetiva a norma constitucional, o julgamento de *recursos ordinário e extraordinário*, o julgamento por *foro de prerrogativa de função* como única instância.

Integra, ainda, a jurisdição constitucional a *reclamação* para preservar sua competência e garantir autoridade das próprias decisões, a *execução de sentença* das causas de competência originária, a *revisão criminal*.

Tem especial relevo na jurisdição dos Estados modernos a *tutela dos direitos fundamentais* por meio de *habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção* e *habeas data*, e, ainda, o novo instituto constitucional da súmula com efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta ou indireta, nas três esferas (federal, estadual e municipal).

A clássica visão da lei genérica e abstrata exige um contexto social homogêneo, com pessoas iguais e com as mesmas necessidades. Luiz Guilherme Marinoni ressalta que “essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, e inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas”.¹⁸⁰

Surge o Estado voltado às questões sociais para inserir o indivíduo na sociedade de forma justa. Simultaneamente, são organizados grupos como as associações de classes, sindicatos e etc., que buscam a proteção dos próprios setores e passam a exercer influência sobre o Poder Legislativo a fim de atender as necessidades de cada um.¹⁸¹

Essa mudança social impõe uma evolução do conceito de jurisdição, que reservava “ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual,

¹⁸⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *A jurisdição no Estado Contemporâneo*, cit., p. 23.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acríptico”.¹⁸² Houve, como já salientado, uma inversão dos papéis da Constituição e da lei. Esta se fundamenta nos direitos humanos fundamentais¹⁸³ e nos “princípios constitucionais de justiça”.¹⁸⁴

Cabe ao Poder Judiciário apreciar o caso concreto sob o enfoque constitucional, conferindo concretude às normas máximas do Estado. Além disso, deve controlar a constitucionalidade das normas infraconstitucionais, suprir omissões legislativas tendo em vista a tutela concreta dos direitos humanos fundamentais, contudo, sem criar o direito.¹⁸⁵

Sob o aspecto processual cabe ao magistrado identificar nas normas

o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso, deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.¹⁸⁶

Como a lei não resolve o caso concreto de forma justa, a decisão judicial deve suprir essa lacuna. Para realizar o direito material o juiz deve fundamentar a decisão numa “argumentação racional”. Isso significa, segundo Robert Alexy, ao citar uma decisão Tribunal Constitucional Federal Alemão, que deve agir “sem arbitrariedade”, mas guiado por critérios racionais práticos e nas concepções de justiça solidificadas no contexto social.¹⁸⁷

Por fim, como destaca José Frederico Marques, a tutela jurisdicional ampara, além da ordem privada no reestabelecimento da ordem jurídica,

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente, cit. p. 636-637.

¹⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado Contemporâneo, cit., p. 23.

¹⁸⁵ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, A jurisdição no Estado Contemporâneo, cit., p. 65.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 66.

¹⁸⁷ Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. da Trad. Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 53-54.

“interesses imediatos de caráter público que exigem o reconhecimento e amparo das funções jurisdicionais. É o que se verifica, *v. gratia*, no juízo penal.”¹⁸⁸

3.92 Jurisdição penal

Há divergência doutrinária sobre a possibilidade de uma jurisdição penal diversa da extrapenal.

José Frederico Marques considera a jurisdição penal idêntica a civil, onde o juiz se limita a aplicar a “norma legal objetiva, e não como pretendem alguns, encarregado do poder de punir ou sujeito do *jus puniendi*.”¹⁸⁹

Giuseppe Chiovenda afirma que o juízo cível tem por fim garantir um bem conforme a vontade concreta da lei. O juízo penal tem o mesmo objetivo de realizar a vontade concreta da lei, mas difere porque visa a aplicar uma penalidade, como “sanção à violação de uma outra vontade concreta de lei, pena cuja medida, em regra, e cuja escolha, por vezes, se deixa, entre certos limites, à determinação do juiz, o que imprime à sentença penal caráter constitutivo.”¹⁹⁰

O autor considera a aplicação material da pena como função administrativa. Contudo, exige imparcialidade para interpretar a vontade legal, sendo essa a função da jurisdição penal que substitui, por essa razão a administração, se diferenciando da jurisdição civil.¹⁹¹

¹⁸⁸ José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, cit., p. 4.

¹⁸⁹ Idem, *ibidem*, p. 11.

¹⁹⁰ Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1965, p.324-325. Obra *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. II. p.177.

¹⁹¹ Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 325. No original: “La diversità dell’ oggetto fra la giurisdizione civile e la penale non toglie che la funzione sia identica. La giurisdizione penale consiste nella sostituzione dell’ attività degli organi giurisdizionali agli organi amministrativi nell’ affermare la esistenza della volontà della legge che il reo sia punito: l’ esecuzione invece della sentenza penale è mera amministrazione (sopra p. 297). È improprio dire Che lo Stato si assoggetta Allá giurisdizione penale; vi è qui una sostituzione *di organi*. Ciò spiega come nel processo penale intervenga un organo speciale dello Stato, in rappresentanza degli

Contudo, Giuseppe Chiovenda ressalta que a diversidade de objetos das jurisdições civil e penal não impede a identidade de função. Considera a jurisdição penal como atividade de organização judiciária para substituir a Administração na afirmação da existência da vontade da lei que pode resultar na punição do acusado. Considera a execução, ao contrário da sentença, uma mera atividade administrativa. Ressalta a impropriedade de considerar que o Estado se sujeita à jurisdição penal, trata-se de uma situação de organização, onde intervém um órgão estatal especial na representação dos órgãos administrativos, denominado Ministério Público que figura como autor no processo penal e tem escassas atribuições na jurisdição civil.¹⁹²

Rogério Lauria Tucci diverge no sentido de que a jurisdição penal se materializa na atuação estatal denominada *ação judiciária*, por meio de agentes especializados do Poder Judiciário para aplicar as normas jurídicas penais materiais positivas ao caso concreto. Não há lugar para criatividade, o juiz não pode se basear, ao prolatar a sentença penal condenatória, em costume ou princípio geral do direito. O fato a ser julgado deve se enquadrar na descrição do tipo penal.¹⁹³

Francesco Carnelutti classifica a jurisdição penal como espécie da jurisdição geral e a reconhece como mais profunda do que a civil, sob o aspecto da sujeição da parte. Isto porque restringe-se a intimidade do imputado, principalmente durante a execução penal. No cível, não passa da restrição dos “bens não pessoais”.¹⁹⁴

organi amministrativi, cioè il pubblico ministero, che figura come attore, mentre ha scarse attribuzioni nei giuridizii civili (innanzi 23)”. No mesmo sentido, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p.98.

¹⁹² Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*. cit., p. 325. Vide, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p.98-102.

¹⁹³ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 43-44.

¹⁹⁴ Francesco Carnelutti, *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. t. I, p. 147 e 156.

A *jurisdição penal tem suas próprias peculiaridades* e, por isso, difere da *jurisdição extrapenal*. Rogério Lauria Tucci sistematiza e destaca essas *peculiaridades da jurisdição penal* na obra *Teoria do Direito Processual Penal*.¹⁹⁵

No processo penal, os agentes públicos (juizes e tribunais) têm o dever funcional de “processar e julgar as causas criminais”. O *poder-dever de punir* estatal se relaciona à tutela do ordenamento jurídico. Isso se materializa na *função* de administração da justiça criminal, no exercício de uma *atividade* para efetivar essa tutela, formando um “sólido e inquebrantável conjunto do próprio conteúdo da jurisdição penal.”¹⁹⁶

A tutela do ordenamento jurídico, de conteúdo penal, não é o único dever estatal. Atua a fim de reconhecer e afirmar, pelas ações, a prevalência do direito de liberdade do acusado sobre o direito de punir na persecução penal como ocorre nas ações de *habeas corpus* e revisão criminal.¹⁹⁷

A jurisdição penal, como espécie da jurisdição estatal, tem por fim resolver relevante conflito de interesses sociais, solucionando eventual discordância entre

¹⁹⁵ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal, cit.*, p. 45.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 44-45.

¹⁹⁷ Neste sentido, Rogério Lauria Tucci: “Aduza-se que esse poder-dever não se restringe às causas atinentes à efetivação do *ius puniendi* do Estado, em processo de conhecimento de caráter condenatório, mas abrange, ainda, aquelas referenciadas à afirmação do *ius libertatis* do ser humano, membro da comunhão social. E concretiza-se tanto na atividade jurisdicional dos agentes do Poder Judiciário *strictu sensu* concebida, isto é, relacionada com a *notio* e o *iudicium* (*iurisdictio* = *notio* + *iudicium*), correspondente à cognição, instrução e julgamento, como na concernente à coerção (*coercitio*), ou coação estatal, sobrelevada no *imperium*, que encontra campo apropriado também no processo penal executivo” (Visão do Direito Processual Penal moderno. *In: Justiça penal*, Coord. Jaques de Camargo Penteado, ed.7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30; Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal, cit.*, p. 45; José Frederico Marques tem a mesma conclusão, mas utiliza a pretensão punitiva ao invés de poder-dever de punir: “O normal é que a função jurisdicional se exerça, no terreno penal, em função da *persecutio criminis* de que a ação penal é um dos momentos. Todavia, como a norma penal protege, ainda, o direito de liberdade, por conversão, há causas de direito penal, submetidas à jurisdição deste nome, que longe de serem provocadas no exercício da *persecutio criminis*, visam ou impedi-la ou fazê-la cessar. É o que acontece com a revisão criminal e com certos casos de *habeas corpus*. Disso se infere que a jurisdição penal conhece também de causas criminais, submetidas à sua apreciação, não pelos titulares de perseguição penal, mas por aqueles que pretendem fazer valer o direito de liberdade que a norma penal regula e tutela de forma indireta. Sendo assim, não só a pretensão punitiva, mas também o direito de liberdade pode ser conteúdo do pedido com que se provoca o exercício da função jurisdicional penal” (*Da competência em matéria penal, cit.*, p. 14-15).

as partes no processo penal.¹⁹⁸ Piero Calamandrei considera o Processo Penal imprescindível para aplicar uma punição ao culpado.¹⁹⁹

Rogério Lauria Tucci ressalta que esse conflito não envolve interesses opostos, mas “justapostos”. Isso significa que o Estado está de um lado buscando a punição do culpado e o acusado, de outro lado “na assecuração fundamentalmente estabelecida nas legislações dos povos cultos, do direito de liberdade.”²⁰⁰

O autor finaliza a discussão sobre a *existência da jurisdição penal*, quando destaca que nessa o *conceito de lide é irrelevante*, pois existe apenas um *conflito de interesses de alta relevância social*, que o processo penal *não é contencioso*, mas existe uma *contraditoriedade real*, e por fim, a *coisa julgada* que se forma em *âmbito penal*, se refere apenas à *causa que constitui o seu objeto*, assumindo *autoridade absoluta*, quando *absolvido* ou *extinta a punibilidade* do acusado. Se a *sentença for condenatória* a autoridade da coisa julgada será *relativa*.²⁰¹

As disposições constitucionais que tratam genericamente sobre o processo e o procedimento judicial²⁰² visam a dispor sobre a estruturação e organização do

¹⁹⁸ Piero Calamandrei, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. p.212; Apud Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit.

¹⁹⁹ Piero Calamandrei, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, cit. p.212; Apud Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit. Giovanni Leone adota posicionamento similar ao reconhecer a jurisdição penal como um “poder para resolver, mediante decisão motivada, um conflito entre o direito do punitivo estatal deduzido no processo por meio da ação e o direito de liberdade do imputado, em conformidade com a norma penal” (tradução livre do autor). Original: “*giurisdizione penale è a la potestà di risolvere con decisione motivada il conflitto tra il diritto punitivo statale dedotto in processo mediante l’azione ed il diritto di libertà dell’imputato in conformità alla norma penale*” (Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972, p. 184).

²⁰⁰ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 46.

²⁰¹ Idem, *Visão do Direito Processual Penal Moderno*, cit. p. 31. Por isso, o autor conclui que “jurisdição penal exsurge no mundo do processo, autonomamente despregada de todas as outras áreas do Direito Processual, dadas as suas características próprias a determinação conceptual fincada em princípio, regras e institutos específicos do direito processual penal, com peculiaridades, que a marcam com indelével exclusivismo. E isso basta para que se atenha como propriamente é: jurisdição penal, e nada mais!”

²⁰² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; (...)”

Poder Judiciário, que, obviamente, não se divide em Poder Judiciário penal e civil²⁰³.

Mas, no exercício da jurisdição, como atividade, em face da natureza do caso concreto a ser processado e julgado, ora como conflito de interesses públicos de alta relevância social pela provável violação da norma estatal que tutela os bens mais importantes da sociedade (norma penal incriminadora), outrora conflito de interesses decorrente de prováveis pretensões insatisfeitas que poderiam ser satisfeitas pelo obrigado (sentido carneluttiano de lide – vide tópico abaixo), essa se faz penal ou extrapenal.

Por isso, tratar o exercício da jurisdição como penal ou civil não apresenta nenhum defeito. Ao contrário, demonstra a especialização do órgão jurisdicional na prestação da justiça.

3.10 Controvérsia sobre a lide penal

Enrico Tullio Liebman considera como função do direito formar o ordenamento jurídico como o ponto de partida para a tutela da liberdade, dos direitos assegurados nesse ordenamento objetivo e para a convivência social. Existe um órgão estatal voltado a garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, denominado Poder Judiciário. Este exerce a atividade denominada jurisdição, por meio de juízes que formam a magistratura, desenvolvida numa dupla direção: “no juízo e na execução forçada”.²⁰⁴

²⁰³ Neste sentido, observa José Joaquim Gomes Canotilho que “não se deve confundir direito processual constitucional com ***direito constitucional judicial***. Embora haja muitos pontos de contacto, os dois direitos têm objectos diferentes. O direito constitucional judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 967).

²⁰⁴ Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, cit.*, p. 3. Tradução livre do autor. Original: “*Nel giudizio e nella esecuzione forzata.*”

Cabe ao magistrado julgar um fato pretérito como “justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério do juízo fornecido pelo direito vigente, e enunciar por conseqüência a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina dos fatos em análise.”²⁰⁵

O autor, ao estudar a jurisdição, destaca o pensamento de Francesco Carnelutti ao vê-la como “a justa composição da lide”.²⁰⁶ Considera a lide como conflito de interesses regulados pelo direito e para a justa composição deste conflito deve alcançar o que dispõe o direito.²⁰⁷

A doutrina diverge sobre a existência de lide em âmbito penal. As discussões são extensas e acaloradas. Como não constituiu objetivo desta pesquisa esgotar o tema, são destacados os principais aspectos da discussão de forma sucinta, com o propósito de firmar uma posição ao final.

A teoria geral do processo procura estabelecer a sua base na identificação da lide como característica da jurisdição. Isso porque não vê diferença entre as jurisdições penal e civil. Com isso, destaca a função do juiz penal em aplicar a norma penal incriminadora “sobre uma pretensão e o conflito de interesses por esta qualificado. Há assim uma situação contenciosa na jurisdição penal, que é a lide resultante do conflito entre o interesse de punir do Estado e a liberdade do acusado.”²⁰⁸

A jurisdição (civil), quando acionada por uma das partes, visa a solucionar conflitos de interesses que decorrem da existência de “pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado”. Como explicam os cultores do teoria geral do processo, “a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a

²⁰⁵ Tradução livre do autor. Original: “Giudicare vuol dire valutare un fatto del pasiziosato come giusto od ingiusto, come lecito od illecito, secondo il criterio di giudizio fornito dal diritto vigente, ed enunciare in conseguenza la regola giuridica concreta destinata a valere come disciplina della fattispecie presa in esame”.

²⁰⁶ Tradução livre do autor.

²⁰⁷ Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 6.

²⁰⁸ José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, cit., p. 184-185.

contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.”²⁰⁹

Isso porque, segundo a teoria geral do processo, “é sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo”, o que leva o “titular de uma pretensão” a ingressar em juízo para “pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação”.²¹⁰

A teoria geral do processo cogita a existência de lide entre o Estado-administração e os administrados. Neste caso, afirma que o Estado-juiz também substitui “as atividades do sujeito da lide”, considera que isso “também encontra aplicação no processo penal”.²¹¹ Sustenta essa teoria que a lide penal “se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo penal pode vir a cessar a situação litigiosa, quando o órgão da acusação pede a absolvição ou recorre em benefício do acusado”. Neste caso, ressalva que o “processo penal continua até a decisão judicial, embora lide não exista mais.”²¹²

Sobre a composição de litígios, Hélio Bastos Tornaghi discorda da teoria carneluttiana. Esclarece que essa finalidade da jurisdição “lhe correspondia originariamente. A princípio o Estado se oferecia para árbitro, não se impunha como aplicador da lei nos casos de conflitos de interesses. Esse, porém, não é o objetivo da jurisdição do Estado moderno.” Corre-se o risco de regresso à época superada pela evolução histórica do direito e da humanidade, por isso, “não se pode dizer que a jurisdição se dirige a compor conflitos.”²¹³

²⁰⁹ Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 134.

²¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 135.

²¹¹ *Ibidem*, p. 134. Fernando Capez considera a existência de lide como “uma situação constante na atividade jurisdicional, especialmente quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido atendidas espontaneamente pelo obrigado” (Fernando Capez, *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10).

²¹² Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 134.

²¹³ Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1, p. 225.

No processo penal não há espaço para o acordo sobre a penalidade a ser imposta,²¹⁴ mesmo se tratando de crimes de menor potencial ofensivo, uma vez que a transação penal tem por fim propiciar àquele que preenche os requisitos legais a possibilidade de não sofrer o processo penal, altamente custoso ao acusado em decorrência dos efeitos endógenos (acusação, defesa, produção probatória, audiências, etc.) e exógenos (desconfiança social, abalo da honra e da imagem, etc.).

Além disso, complementa Rogério Lauria Tucci, a jurisdição penal tem por fim a “afirmação do *ius libertatis* do indiciado, do acusado ou do condenado”.²¹⁵ Não é um meio subsidiário para a composição dos conflitos, “mas instrumento necessário para decidi-los”.²¹⁶

Disso decorre a *imprescindibilidade* do processo penal *para aplicar à norma penal incriminadora e tutelar a liberdade jurídica do acusado* (em sentido amplo – investigado e acusado judicialmente), o que caracteriza, inevitavelmente, a jurisdição penal como *sui generis* e, por isso, diversa da extrapenal.

²¹⁴ Neste sentido, Luciano Marques Leite ressalta que “no processo penal o eventual acordo manifestado pelas partes é irrelevante (...) a existência ou não de um desacordo de fato entre as partes não tem nenhum valor jurídico” (Luciano Marques Leite, O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. In: *Justitia*, v. 70, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, ano XXXII, jul-set. 1970, p. 187). Igualmente, Hélio Bastos Tornaghi destaca essa evolução na esfera processual penal, pois não há a possibilidade de acordo entre o titular da ação penal e o réu acerca da pena (Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*, v.I, cit., p. 225).

²¹⁵ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 34. No mesmo sentido, Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “a jurisdição – enquanto *notio* e *iudicium* – tutela precisamente não a liberdade residual, ainda *apenas enquanto* restante *liberdade natural* (intocada pelo direito), mas a *liberdade jurídica*, isto é, *enquanto já tutelável ou já tutelada pelo Poder Judiciário*” (*Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 8).

²¹⁶ Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*, cit., p. 225; No mesmo sentido, Piero Calamandrei, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, p. 212; Apud Rogério Lauria Tucci explica que “cometida a infração penal, mesmo assim não há como impor, nem discricionária, nem (muito menos) autoritariamente, a sanção em lei prescrita para coibir sua prática (...) Vale dizer, imprescindível afigura-se, para tanto, a existência de processo, em que, confrontando, o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do cidadão, tenha lugar, afinal, o julgamento (impositivo de sanção apenas quando tido o acusado como, realmente, culpado).” (Apud Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 165). Hélio Tornaghi, embora destaque a imprescindibilidade do processo penal para aplicar uma pena, afirma que não existe processo sem pretensão e admite a existência de lide em algumas hipóteses. Isso significa que a jurisdição tem por fim a tutela dos direitos subjetivos. Por isso, a “atividade jurisdicional nasce, desenvolve-se e finda com a pretensão jurídica” (*Instituições de processo penal*, v.I, cit., p. 228)

Irrelevante para a ação judiciária se o Ministério Público pleiteia a absolvição do acusado, ou que este confesse o crime “e deseja sofrer a pena, ou ainda que o acusado se disponha a sofrer a pena e a reparar o dano.” Acusador e acusado representam interesses públicos no processo penal, pois o Estado procura punir o verdadeiro culpado e absolver o inocente, tutelando, igualmente “a segurança pública e a liberdade individual.”²¹⁷

Não há lide entre o acusado e o Ministério Público²¹⁸ na hipótese de ação penal de iniciativa pública ou entre o querelado e querelante quando a ação penal for de iniciativa privada. Nesta, o direito ao exercício da jurisdição pertence ao ofendido ou ao seu representante legal, subsidiária ou exclusivamente, mas o poder-dever de punir continua sob a responsabilidade estatal.

Rogério Lauria Tucci ressalta a natureza pública dessa ação de iniciativa privada. Distingue daquela de iniciativa pública conforme o critério subjetivo (baseado nos sujeitos), “enquanto esta é movida pelo Ministério Público, naquela o titular da ação (ação da parte) é um particular, ou seja, o exercício do direito de agir e de acusar é transferido para o sujeito passivo do crime”. Distingue-se didaticamente numa das condições da ação (legitimidade de agir – *legitimatío ad causam*). Ocorre outorgada, por questões de política criminal, do direito ao exercício da jurisdição.²¹⁹

Cabe ao querelante impulsionar a ação penal até a decisão judicial final – trânsito em julgado. Após, “mesmo que a sentença tenha sido condenatória,

²¹⁷ Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*, cit., p. 225. O autor entende que a eventual “ausência de interesse do acusador ou do acusado, respectivamente, na condenação ou na absolvição, desaparece o litígio, permanece, entretanto, a duplicidade do interesse público e tanto basta para manter vivo o processo” (*Instituições de processo penal*, v.1, cit., p. 225).

²¹⁸ Vide Luciano Marques Leite, O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo, cit., p. 187.

²¹⁹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 133-134. Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que “a distinção que se faz entre ação penal pública e ação penal privada descansa, única e exclusivamente, na legitimidade para agir. Se é o órgão do Ministério Público quem deve promovê-la, a ação se diz pública. Privada, se a iniciativa couber ao ofendido ou a quem legalmente o represente. Mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este, apenas, concede ao ofendido ou ao seu representante legal o *ius persequendi in judicio*. Trata-se de um caso, no campo processual penal, de substituição processual” (Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, cit., v. 1, p. 452-453).

desaparece sua legitimação para agir ou mesmo para intervir. Na fase de execução, o ofendido não intervém de forma alguma.”²²⁰

Nota-se que essa faculdade conferida ao particular para exercitar o direito de ação não significa o regresso à fase da vingança privada, a punição, como já salientado, permanece sob a responsabilidade do Estado.²²¹

Luciano Marques Leite destaca o pensamento de Francesco Carnelutti sobre o conceito de lide, enfatizando que este foi elaborado pela ciência do processo civil e passou para a teoria geral do processo. Ressalta o autor a retratação de Carnelutti sobre a consideração do processo penal como contencioso, que derivou na falta de distinção do duplo conteúdo processual (penal e extrapenal) e da confusão entre lide e controvérsia.²²²

Entende Luciano Marques Leite que a lide é “inaplicável ao processo penal”, mesmo porque Francesco Carnelutti reconheceu como inapropriado ao tentar readaptar o conceito ao processo penal com a adoção da controvérsia. Isso não significa que o processo penal seja de jurisdição voluntária. Refuta a possibilidade de processo sem juiz, em que o próprio órgão do Ministério Público aplica a sanção penal, o que caracteriza um retrocesso na história da humanidade. Considera que o Estado tutela pelas próprias normas penais (infraconstitucionais) e constitucionais os interesses da sociedade, cujo conteúdo constitui o “direito público de liberdade”.²²³

Considera o autor que ocorre em âmbito penal um “conflito de direitos”, sendo este artificial, criado pelo próprio Estado para que o “processo penal possa funcionar como processo de partes”, que culminou num resultado excelente:²²⁴ na tutela dos direitos humanos fundamentais.

²²⁰ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, cit., p. 120.

²²¹ Anota Rogério Lauria Tucci que a ação penal de iniciativa privada representa uma “modalidade de atuação judicial regularmente conferida pelo Estado a membro da comunhão social; nela não se podendo vislumbrar, como querem alguns processualistas penais, o renascimento da vingança privada” (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 134).

²²² Luciano Marques Leite, O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. In: *cit.*, p.188.

²²³ Idem, *ibidem*, p.192 -193.

²²⁴ *ibidem*, p.194.

Substituir o termo *lide* por *controvérsia* constitui, sem dúvida, uma tentativa de salvá-la.²²⁵

Segundo o vernáculo da língua portuguesa *lide* significa “trabalho penoso, faina, labuta, luta, peleja, combate”. No sentido jurídico tem o significado de “pleito judicial pelo qual uma das partes faz um pedido e a outra resiste; pendência, litígio”. O termo *litígio*, do latim *litigiu*, significa em sentido jurídico “ação ou controvérsia judicial que tem início com a contestação da demanda”, no sentido figurado “conflito de interesses; contenda, pendência”.²²⁶

A *controvérsia* exprime uma “discussão, disputa, polêmica referente a ação, proposta ou questão sobre a qual muitos divergem”. Deriva, por extensão do sentido, em “contestação; impugnação”.²²⁷

Pela lexicografia, nota-se a semelhança dos significados (*lide* e *controvérsia*), que exprimem, em suma, combate, pendência, resistência, contestação, impugnação, em outras palavras, divergência.

Durante a persecução penal não se instaura uma pendência, uma disputa e uma resistência entre o infrator e o ofendido. Este procura o Estado-administração não só para ser ressarcido, mas, principalmente, para comunicar a notícia de um fato jurídico (violação da norma penal incriminadora) de altíssima relevância social²²⁸, pois um dos bens mais importantes da Nação foi agredido pelo infrator.

Nos Estados Democráticos a proteção penal se direciona aos bens fundamentais, por isso, somente aqueles eleitos pela cultura jurídica através da inscrição na *Magna Carta*, cuja tutela, pela relevância desses bens, exige a maior de todas as tutelas estatais: o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Aquele como expressão da *ultima ratio* e este como o meio de restabelecer a ordem

²²⁵ Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 35.

²²⁶ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

²²⁷ Idem, *ibidem*.

²²⁸ Como se verá, Rogério Lauria Tucci adota a denominação “conflito de interesses de alta relevância social”.

violada e garantir os direitos humanos fundamentais do investigado ou acusado criminalmente e do condenado.

Ademais, há de se destacar, mais uma vez, a precisa definição de lide no sentido carneluttiano do *Dicionário Houaiss*: “pleito judicial pelo qual uma das partes faz um pedido e a outra resiste; pendência, litígio”.²²⁹ Esse conceito está intimamente ligado a pretensão resistida.

Ao recorrer, mais uma vez, à lexicografia, observa-se que *pretensão* denota “ato ou efeito de pretender”; “direito suposto ou real, reivindicado por um indivíduo, uma nação etc.”; “aquilo que se solicita ou se exige; exigência, solicitação; sentimento que incita alguém a conseguir (algo); desejo, aspiração”. No sentido jurídico, exprime “solicitação ou reivindicação que é objeto de ação judicial”.²³⁰

Rogério Lauria Tucci, a quem recebe neste ponto especial destaque, indica a inadequação da “transposição do conceito civilístico de pretensão para o processo penal.” Isso porque a pretensão caracteriza a lide, pela resistência do sujeito passivo ou pela insatisfação do direito subjetivo. No processo penal é irrelevante, pois para sua existência “se mostra suficiente a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade a norma penal material.”²³¹

Rogério Lauria Tucci destaca a retratação de Francesco Carnelutti²³² sobre a pretensão penal ou punitiva, onde destaca que o autor não exige nada, apenas requer a aplicação de uma penalidade ao acusado, “por certo que os conceitos de *pretensão punitiva* ou, ainda, de *pretensão executória*, não se adéquam ao processo penal, sendo-lhe de todos estranhos.”²³³

Acerca da pretensão insatisfeita ou resistida, já afirmamos alhures o seguinte:

²²⁹ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

²³⁰ Idem, *ibidem*.

²³¹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 35.

²³² Vide Capítulo I, a retratação de Francesco Carnelutti.

²³³ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do Direito Processual Penal*, cit., p. 36.

Ocorre que no processo penal a sistemática é diferente, visto que os direitos tutelados são, sempre, indisponíveis, não se admite a aplicação de pena sem processo, o infrator da lei penal (o obrigado do Direito Civil) não pode satisfazer a pretensão do Estado de lhe aplicar uma pena, ou seja, o Direito Penal é de coerção indireta, o que torna o processo penal imprescindível.²³⁴

Tem razão Rogério Lauria Tucci sobre a violação da norma penal incriminadora e as respectivas consequências dessa violação. Ocorre um “*conflito de interesses de alta relevância social*”, que somente pode ser solucionado mediante pronunciamento judicial definidor da relação jurídica em que se consubstancia emanado de órgão competente do Poder Judiciário”.

O processo penal, como demonstrado neste tópico, após a ocorrência de uma infração penal é imprescindível, pois o conflito de interesses não pode ser resolvido amigável ou extrajudicialmente. Surge para o Estado o poder-dever de punir e o direito de liberdade jurídica do investigado ou acusado. Isso enseja a polarização judicial, como explica Luciano Marques Leite, uma vez que o conflito de alta relevância social decorre de criação estatal (artificial), em decorrência da coerção indireta do Direito Penal, a fim de estruturar um processo penal de partes, conforme o regramento do contraditório, mas com inquisitividade consubstanciada na ação judiciária em busca da verdade que mais se aproxima do fato delituoso.

Importa trazer a lume as observações de Rogério Lauria Tucci sobre a teoria geral do processo e a suposta ocorrência de lide em âmbito penal:

Ante o expendido, por certo que não constituirá demasia apontar, também com o devido respeito, o equívoco contido nas formulações de autorizado autores brasileiros, insistindo na proposição de um só contexto processual, nos âmbitos civil e penal, dada a identidade ou semelhança de alguns institutos, e, conseqüentemente, na existência de lide penal, ainda que *sui generis*.²³⁵

²³⁴ Roberto Ferreira da Silva, A prova pericial na reforma processual penal. In.: *Revista dos Tribunais*, v. 878, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 97, dez. 2008, p. 443-444.

²³⁵ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 37.

3.11 Contraditoriedade no processo penal

A tendência da teoria do Direito Processual Penal em considerar a irrelevância da lide no exercício da jurisdição penal implica a negação do caráter contencioso do processo.

Mais uma vez, as balizas deste tópico estão nas reflexões de Rogério Lauria Tucci e Luciano Marques Leite. Afirma o primeiro autor que por inexistirem duas pretensões, e conseqüentemente, não ocorrer o litígio na esfera penal, desponta a contraditoriedade que não se confunde com a contenciosidade.²³⁶

Contencioso, do latim *contentiosus*, decorrente de *contendere*, segundo o dicionário da língua portuguesa exprime um momento “em que há contenção” ou um indivíduo “que tem prazer em contender”, ou ainda, um empreendimento “sujeito a dúvidas, a reivindicações; incerto, dúbio”. Já em sentido jurídico, expressa uma situação “de ato que possa ser objeto de contestação ou de disputa; litigioso, duvidoso, contestado.”²³⁷

Contraditório, etimologicamente, do latim *contradictorius*, relativo ao contraditor, é aquilo “que se contradiz ou contradita”; “que contém, envolve ou constitui uma contradição”; como tese “que tem sentido contrário; incoerente, em que há discrepância; discordante”. Na expressão jurídica apresenta três variações: (1) significa “que há contestação das partes, em que há réplica, tréplica, impugnação; objetado, replicado”; (2) “em que há discussão judicial (diz-se de processo ou julgamento)” (3) “igualdade entre as partes, o que lhes oferece as mesmas oportunidades de apresentar provas e de contradizê-las <o princípio do c.>”. Pode, ainda, ser sinônimo de “adversário”.²³⁸

²³⁶ Idem, *Ibidem*, p.48.

²³⁷ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

²³⁸ Idem, *ibidem*.

Como observa Giovanni Leone,²³⁹ o contraditório não se identifica com o direito de defesa, “que pode ser exercitado com a instauração do contraditório”.²⁴⁰ O regramento do contraditório “consiste na *participação contemporânea e contraposta de todas as partes no processo*”.²⁴¹

Luciano Marques Leite afirma que o *contraditório processual penal* indica uma controvérsia que não implica num conflito de interesses, mas *somente de opiniões*.²⁴²

Não há litígio, que expressa, como já ressaltado sobre a irrelevância do conceito de lide no processo penal, a pretensão insatisfeita ou não atendida de uma parte e a resistência de outra em realizar a obrigação. Por isso, o processo penal não tem a característica contenciosa do processo civil. Neste, o demandado tem a faculdade de exercitar o contraditório. Naquele, impõe-se como indisponível.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida entende que o acusado não intervém no processo penal em oposição ativa à ação proposta pelo Ministério Público ou pelo querelante, mas injusta atuação defensiva, natural, como exercício cooperativo do acusador, e não como “uma prerrogativa de interesse puramente privado contra o interesse coletivo.” Considera uma necessidade de defesa daquele considerado inocente contra possíveis abusos estatais. Assim, ressalta o autor que o Estado cria “remédios processuais para defesa dos indivíduos contra o arbítrio dos funcionários, assim procede, não porque vise a compor semelhantes litígios, mas porque, evitando o erro e a discricção, realiza pura e simplesmente justiça penal.”²⁴³

²³⁹ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. cit., p. 204-205.

²⁴⁰ Tradução livre do autor. Original: “A nostro giudizio il contraddittorio non può neppure identificarsi col diritto di difesa, il quale può essercitarsi anche senza che s’instauri il contraddittorio” (Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*, cit., p. 204).

²⁴¹ Tradução livre do autor. Original: “Il principio del contraddittorio consiste nella *partecipazione contemporanea e contrapposta di tutte le parti al processo*” (Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*, cit., p. 205).

²⁴² Luciano Marques Leite, O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo, cit., p. 188.

²⁴³ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.100-101.

A escolha da contraditoriedade como característica do processo penal decorre do regramento constitucional do contraditório, como oportunidade efetiva de apresentar uma antítese, de ser ouvido e provar, a fim de cooperar na busca da verdade atingível, ou seja, daquela mais próxima do fato como ele aconteceu.

A doutrina é unânime em reconhecer que na jurisdição penal “é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo.”²⁴⁴

Não é possível no exercício da jurisdição penal se contentar com a mera possibilidade de exercer o contraditório, como ocorre na jurisdição civil, onde o réu ao atender ao chamado judicial, tem a faculdade de responder ao pedido apresentado pelo autor, bem como participar do procedimento até a coisa julgada.²⁴⁵

Exige-se o contraditório real ou indisponível para se alcançar a verdade possível e assegurar “a liberdade jurídica do acusado”. Rogério Lauria Tucci considera esse direito de natureza indisponível em decorrência da indisponibilidade dos interesses conflitantes. Expressa a autêntica liberdade jurídica, pela articulação da defesa exercida por um sujeito técnico.²⁴⁶

Essa exigência constitucional e dogmática da plenitude do contraditório na jurisdição penal comina na sua observação durante toda a fase do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, até a decisão final.²⁴⁷

A efetividade do contraditório diz respeito à superação da mera possibilidade formal de pronunciamento acerca dos atos da parte contrária. Deve-se “proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.”²⁴⁸

²⁴⁴ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61.

²⁴⁵ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 49.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 50.

²⁴⁷ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 61.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*.

O ordenamento jurídico brasileiro reflete essa indisponibilidade do contraditório na jurisdição penal ao estatuir tratamento diferenciado ao acusado em processo criminal.²⁴⁹ Nos moldes do modelo constitucional, o vigente Código de Processo Penal Brasileiro estatui a regra da *indispensabilidade da defesa técnica*,²⁵⁰ veda a denominada revelia²⁵¹ e em decorrência da edição da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, reforça a referida regra que exige o exercício pleno e efetivo do contraditório por meio da defesa técnica quando veda o abandono do processo pelo defensor e ressalva a possibilidade de adiamento da audiência quando o defensor não puder comparecer por motivo justo. Caso o defensor não apresente justificção, o juiz penal deve nomear defensor substituto.²⁵²

Essa nomeação do defensor técnico assegura o equilíbrio na relação processual para que as partes fiquem nas mesmas condições, “mantendo uma perfeita harmonia entre os bens jurídicos que irão se justapor (e não contrapor): direito do Estado de punir e proteção dos direitos e garantias do acusado.”²⁵³

Jorge de Figueiredo Dias explica que a oportunidade conferida às partes de forma efetiva e eficaz supõe o conhecimento tempestivo do objeto, do lugar e

²⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

²⁵⁰ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003).

²⁵¹ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996).

²⁵² Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008) § 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008). § 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. (Incluído pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008).”

²⁵³ Paulo Rangel, *Direito processual penal*. cit., p.17.

do tempo de debate, conferindo-lhe a concreta possibilidade de se preparar para a defesa e, por fim, a possibilidade efetiva de reagir.²⁵⁴

A contraditoriedade no processo penal implica o confronto dialético entre poder dever de punir e o direito de liberdade do acusado, o que determina como “regra nuclear publicística.” Convém o equilíbrio no desenvolvimento da ação penal de índole condenatória, concretizando a paridade entre as partes.²⁵⁵

O ordenamento jurídico cria a situação de participar do processo penal numa estrutura dialética através das partes.

Por isso, e até por inexistir pretensão, pois a jurisdição visa a concretizar o direito penal, Rogério Lauria Tucci afirma que “não há como cogitar, no Processo Penal, de parte senão em sentido processual, dado o fato de tornar-se necessária a assunção de forma acusatória”, a fim de apurar a verdade possível por meio da atuação contraditória dos sujeitos parciais.²⁵⁶

A contraditoriedade é tão relevante em âmbito processual penal que nem a ausência pode flexibilizar esse regramento.²⁵⁷

Convém notar a impropriedade em afirmar a ocorrência de revelia no processo penal. Ocorre a ausência do acusado²⁵⁸ citado, mas que não participa diretamente do processo. O defensor técnico deve ser cientificado de todos os atos processuais e exercer, efetivamente a defesa, ou seja, articular as teses defensivas sem deficiências, conforme o regramento da ampla defesa assegurado constitucionalmente. A defesa técnica é indisponível na jurisdição penal!

²⁵⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. cit., p.161.

²⁵⁵ Benedito Roberto Garcia Pozzer, *Correlação entre acusação e sentença, no processo penal brasileiro*. cit., p. 48.

²⁵⁶ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p.38. No mesmo sentido Luciano Marques Leite, O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo, cit.

²⁵⁷ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo. (Redação dada pela Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996).” Trata-se de hipótese de ausência, que denota o comparecimento do acusado, mas que abandonou o processo e não de revelia, como observa Rogério Lauria Tucci.

²⁵⁸ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 38.

No processo civil, diversamente do penal, após a declaração da contumácia, o réu é considerado revel e a causa segue, sem a ciência desse sobre os demais atos. Observa-se a regra do contraditório, “mas para isso basta à oportunidade de reação proporcionada pela citação, garantindo-se ao réu o direito de, se quiser, comparecer ao processo, respondendo aos atos da parte contrária e se defendendo.”²⁵⁹

3.12 Coisa julgada penal

A coisa julgada diz respeito à imutabilidade da sentença. A doutrina costuma classificá-la como formal ou material. A primeira ocorre com o esgotamento das possibilidades de interpor recurso. A material, além de abranger a formal, acarreta a vedação do *bis in idem*,²⁶⁰ isto é, uma nova persecução penal acerca do fato objeto de processo penal decidido anteriormente em sentença penal transitada em julgado.

Em âmbito processual penal, a coisa julgada tem peculiaridades diversas da obtida no campo extrapenal.

Geralmente, a irrevogabilidade da decisão de mérito não é absoluta no processo penal. Só há possibilidade de alcançar a coisa julgada material quando o julgamento for favorável ao acusado acerca do mérito ou da extinção da punibilidade. Nos demais casos, atingi-se apenas a coisa julgada formal.²⁶¹

A imutabilidade não prevalece perante os mecanismos de tutela da liberdade individual, especialmente utilizados na jurisdição penal, quais sejam,

²⁵⁹ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 61-62.

²⁶⁰ Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, cit., p. 321.

²⁶¹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 38-39.

mandado de segurança, *habeas corpus*, revisão criminal em favor do condenado e unificação de penas.²⁶²

Assim, caso a coisa julgada se relacione às sentenças absolutórias será plena. Se for condenatória, a imutabilidade é relativa, podendo ser alterada a qualquer momento. Isso porque é possível ocorrer um erro no julgamento do condenado, o que denota a “expressão máxima da injustiça”, que não atinge a segurança jurídica através da coisa julgada material.²⁶³

A acusação traz o núcleo da infração, ainda que não a descreva integralmente. Cabe aos órgãos da persecução penal apresentar a acusação por inteira, utilizando a regra do artigo 384 do Código de Processo Penal²⁶⁴ quando for preciso.²⁶⁵

A utilização desse dispositivo processual penal visa a segurar o direito de defesa e “é a ultima oportunidade de se fazer a adequação da imputação formal à realidade.” Neste ponto, surge uma diferença fundamental entre a coisa julgada penal e civil. Não faz sentido a possibilidade de “alteração de algum elemento fático, com modificação da causa de pedir e da qualificação jurídico-penal, pudesse ensejar outra ação penal, como ocorre no Processo Civil.”²⁶⁶

²⁶² Sérgio de Oliveira Médici, *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

²⁶³ Idem, *ibidem*. Vicente Greco Filho explica que na hipótese de sentença penal condenatória “o princípio da revisibilidade perene do erro judiciário admitirá, sempre, o reconhecimento desse erro ou a nulidade do processo que gerou a condenação. Se a sentença é absolutória, da natureza de uma das acima mencionadas como equivalente da sentença de mérito, ou, mesmo condenatória, mas em tudo que for favorável ao acusado, a imutabilidade é absoluta, porque ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato para agravar a sua situação”(Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, cit., p. 322).

²⁶⁴ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008).

²⁶⁵ Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*, cit., p. 323-324.

²⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 325.

Essa interpretação na visão de Vicente Greco Filho constitui “uma exigência de garantia da pessoa contra perseguições e contra a vingança pública ou privada.”²⁶⁷

O pólo ativo no processo penal é irrelevante sob o aspecto dos limites subjetivos da coisa julgada. Ainda que a legitimação seja equivocada, caso tenha ocorrido à absolvição. O que importa é o pólo passivo (réu, porém, cabe aos órgãos persecutórios a correta identificação física do acusado).²⁶⁸

Assim, fácil verificar a existência de duas situações distintas sobre a coisa julgada penal. “Quando a sentença for absolutória ou extintiva da punibilidade, jamais será possível modificar o seu conteúdo, com a preclusão dos prazos para recursos forma-se a coisa julgada de autoridade absoluta”. Agora, caso a sentença venha ser condenatória, essa é mutável a qualquer tempo, atingindo apenas a “coisa julgada de natureza relativa”.²⁶⁹

Em conclusão, importa destacar, mais uma vez, o pensamento de Rogério Lauria Tucci sobre as peculiaridades da jurisdição penal, especialmente sobre a coisa julgada penal:

Essa diversificação – ínsita, tão-somente, ao processo penal -, consubstancia-se, por certo, numa peculiaridade tal, que conota e distingue a coisa julgada como bivalente, e, conseqüentemente, incomparável com a formada em qualquer outra espécie procedimental extrapenal; vale dizer, *sui generis*, própria da jurisdição penal.²⁷⁰

A coisa julgada penal deve ser estudada como um instituto diverso daquele tratado no cível, sob pena de excessiva generalização e transmissão equivocada aos estudantes e intérpretes do Direito Processual Penal.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 40.

²⁷⁰ Idem, ibidem.

3.13 Medidas cautelares

Como diferença fundamental entre as jurisdições civil e penal está a denominada cautelaridade. O Código de Processo Civil brasileiro – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - forma suas bases em quatro livros denominados: do processo de conhecimento (Livro I), do processo de execução (Livro II); do processo cautelar (Livro III) e; dos procedimentos especiais (Livro IV).

A sistemática processual penal brasileira se baseia nos processos de conhecimento e de execução.²⁷¹ Não há previsão de processo ou ação cautelar. Vale ressaltar, a estrutura é completamente diversa do Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - daquela delineada no Código de Processo Civil brasileiro.

Os livros do Código de Processo Penal são divididos conforme os momentos e os atos processuais, a fim de possibilitar a completa apuração da infração penal e dos seus responsáveis.

Contudo, há quem afirme a existência de ação cautelar penal, pois a demora para se obter a decisão final no processo de conhecimento pode gerar prejuízos à parte. Por isso, segundo essa teoria (geral do processo) é possível solicitar “por meio de ação cautelar, medidas urgentes e provisórias.”²⁷²

Por outro lado, Vicente Greco Filho afirma que a única ação existente na jurisdição penal é a de conhecimento. Considera que não há pedido específico durante a execução penal, a considera como complementar a sentença penal e não depende da ação da parte. Esclarece que não existe ação ou processo cautelar, “há decisões ou medidas cautelares” no processo penal.²⁷³

²⁷¹ Neste sentido Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal*. cit., p.106-107.

²⁷² Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. cit., p. 327-328.

²⁷³ Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. cit., p. 110.

Na esfera penal só se admite a efetivação de medidas cautelares durante a persecução ou na fase de execução penal, “e não para ação ou processo cautelar, que exigem para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei”.²⁷⁴

Dentro do sistema processual penal há um subsistema de medidas cautelares ou urgentes. Essas medidas vão desde a busca e a apreensão²⁷⁵, o seqüestro²⁷⁶, o arresto²⁷⁷, as prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária)²⁷⁸, a hipotética legal²⁷⁹, as interceptações telefônica e ambiental²⁸⁰, entre outras.

Observa-se que as medidas cautelares não dependem de uma ação da parte ou da instauração de um “processo cautelar diferente da ação ou do processo de conhecimento. As providências cautelares são determinadas como incidentes do processo de conhecimento”,²⁸¹ ou ainda, do processo de execução da pena e do procedimento investigatório.

Como as medidas cautelares se relacionam à liberdade jurídica do indivíduo, visto que geralmente restringem os direitos fundamentais, devem ser decretadas pelo juiz penal.

A decisão que decreta uma medida cautelar deve ser devidamente motivada, a fim de demonstrar os motivos de fato e de direito que ensejaram a medida, bem como possibilitar o controle da jurisdição penal pela pessoa que a sofreu.

²⁷⁴ Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal*, cit., p.107.

²⁷⁵ Código de Processo Penal Brasileiro: Artigo 240-250. Vide Cleunice Bastos Pitombo, *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁷⁶ Código de Processo Penal Brasileiro: Artigo 125-133.

²⁷⁷ Código de Processo Penal Brasileiro: Artigo 136-144.

²⁷⁸ Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989; vide Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. cit., v.3, p. 505-511.

²⁷⁹ Código de Processo Penal Brasileiro: Artigo 134-135; 138-144.

²⁸⁰ Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Vide Christiano Jorge Santos, *Interceptação telefônica, segurança e dignidade da pessoa humana*. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²⁸¹ Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. cit., p. 110.

É de se observar que existem ações com funções acautelatórias, como o *habeas corpus* preventivo destinado a evitar a instauração de um processo penal de conhecimento de índole condenatória.²⁸²

²⁸² Neste sentido Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. cit, p. 110. Rogério Lauria Tucci já visualizou a denominada “ação cautelar de *habeas corpus*” nas hipóteses previstas no artigo 648, II (quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei), III (quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo), IV (quando houver cessado o motivo que autorizou a coação) e V (quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei o autoriza), do Código de Processo Penal. Considera ainda, o *habeas corpus* como ação cautelar nos casos dos incisos I e VI, do referido artigo sempre que, respectivamente, faltar justa causa para a prisão em flagrante ou preventiva, ou quando existir nulidade do processo em que o acusado está preso provisoriamente (Rogério Lauria Tucci, *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 11-12). Em tempos mais recentes, Rogério Lauria Tucci afirma a “inexistência de processo e ação penal cautelar”. Ressalta a inadequação da “transposição do conceito de pretensão ao processo penal, é de ter-se presente, outrossim, que: a) no âmbito deste, só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei; e b) despicienda mostra-se a concorrência dos pressupostos da atuação (e respectiva concessão) cautelar – *periculum in mora* e *fumus boni iuris* -, para que seja concedida ou determinada, até mesmo de ofício, *medida cautelar penal*” (Rogério Lauria Tucci. *Teoria do direito processual penal*, cit, p.106-107).

CAPÍTULO IV

O PONTO DE MUTAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL

4.1 Considerações iniciais: princípios e regramentos próprios do Direito Processual Penal brasileiro - 4.2 A “vestimenta do Direito Moderno”: funcionalismo na persecução penal - 4.3 Ponto de mutação do Direito Processual Penal: a relevância dos direitos humanos fundamentais - 4.4 A dinâmica dos direitos humanos fundamentais no sistema processual penal brasileiro: a técnica da ponderação de princípios - 4.5 Devido processo penal - 4.6 Acesso à justiça penal – 4.7 Estado de inocência do acusado - 4.8 Igualdade entre os sujeitos parciais – 4.9 Ampla defesa - 4.10 Licitude dos meios de obtenção das provas - 4.11 Juiz natural - 4.12 Motivação das decisões - 4.13 Publicidade dos atos processuais – 4.14 Duplo grau de jurisdição - 4.15 Razoável duração do processo penal.

4.1 Considerações iniciais: princípios e regramentos próprios do Direito Processual Penal brasileiro

Este capítulo compreende o estudo dos princípios e regramentos próprios do Direito Processual Penal brasileiro. Além da regra geral explicitada no Capítulo anterior como *publicística*, existem *outras*, próprias desse ramo científico.

Embora, algumas extensíveis tanto à esfera processual civil como à área processual penal. Mas, o estudo específico e voltado a este ramo permite a identificação de peculiaridades diversas, ora pelo conteúdo, outrora pela extensão e significado.

As normas constitucionais voltadas à justiça penal, como expressa Marco Antonio Marques da Silva, “avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo”.¹ Assim, prossegue o autor

Para o processo penal, a existência de princípios constitucionais específicos demonstra que a importância do processo supera o fato do mesmo ser também um instrumento de aplicação do direito material. É instrumento de realização de justiça, em um contexto de legalidade e garantia ao respeito dos direitos constitucionais daquele a quem se impute a prática de infração penal.²

Porém, a definição precisa das normas processuais penais, em consonância com os direitos humanos fundamentais está ameaçada pelos efeitos da denominada “crise” do Direito Processual Penal, como resultado do crescimento e organização da criminalidade moderna, que inova nos meios de atuação na mesma velocidade do avanço tecnológico. Por conseguinte, há uma tendência a implantar mecanismos mais eficientes de tutela da sociedade, especialmente na persecução penal.

Precedem à análise dos princípios e regramentos próprios do sistema processual penal, os argumentos jurídicos sobre o funcionalismo na persecução penal, especialmente trazidos por Winfried Hassemer³ e Günther Jakobs⁴.

Não é o propósito desta pesquisa discutir o funcionalismo penal em si, tampouco esgotar a discussão, mas apenas selecionar pontos comuns, voltados ao processo penal, entre alguns autores expoentes do funcionalismo, mesmo porque, todos falam em “crise”, pautada na ineficiência do Estado em punir o infrator da norma penal.

Para propor uma solução a esse problema, convém identificar o *ponto de mutação*⁵ dos sistemas processuais penais e as consequências desse fato.

¹ Marco Antonio Marques da Silva, Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 470.

² Idem, ibidem.

³ Winfried Hassemer, Características e crises do Direito penal moderno; O indisponível no processo penal. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

⁴ Günther Jakobs, O denominado Direito Penal de oposição. In: *Ciência do direito; e, Ciência do direito penal*. São Paulo: Manole, 2003.

4.2 A “vestimenta do Direito Moderno” : funcionalismo na persecução penal

Atualmente, surge como o paradigma do direito moderno a abordagem funcionalista, como resposta à inútil busca de certezas de direito natural, como um competente programa para embasar decisões sobre situações complexas, para garantir a opção de determinado valor jurídico mais relevante, a fim de adaptar harmonicamente o direito aos diversos mecanismos de resolução de problemas sociais.⁶

A decisão tem os seus fins reestruturados, abandona-se a reconstrução histórica para *construir uma orientação ao futuro e para as conseqüências*. Cria-se um *modelo preventivo com efeitos⁷ desastrosos para o direito processual penal*.

Günther Jakobs vai além, defende o *estado de juridicidade* como requisito de *validade do direito*. Considera a necessidade de um *fundamento de cognição não só da norma*, mas também *do indivíduo*. Sem esse fundamento a sociedade juridicamente constituída não funciona. Prossegue o autor explicando que *algumas pessoas precisam confirmar sua identidade negando a ordem jurídica e*, outras, que procuram *encontrar na criminalidade um meio de sobrevivência, que está acima da juridicidade*. Com isso, chega à conclusão que

aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação a

⁵ A escolha da expressão *ponto de mutação* decorre de inspiração da obra de Fritjof Capra, com o mesmo título, onde explica a drástica mudança conceitual e de idéias da física durante o século passado, que “provocaram uma profunda mudança em nossa visão do mundo” (Fritjof Capra, Prefácio. *O ponto de mutação*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 13).

⁶ Winfried Hassemer, O indisponível no processo penal, In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 104-105.

⁷ Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit., p. 105.

sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário.⁸

Porém, Günther Jakobs ressalva que “isso não significa que tudo está permitido, que se sucederão ações desmedidas; antes é possível que aos adversários se reconheça uma personalidade potencial, de tal modo que na disputa contra eles não se pode ultrapassar a medida do necessário.”⁹

O direito penal do inimigo permite muito mais do que uma defesa de uma agressão atual, na verdade, propõe a prevenção contra agressões futuras. Destacam-se como as principais consequências, em âmbito processual penal, a progressão da legislação de direito penal para àquela de enfrentamento da criminalidade moderna (crimes econômicos, tributários, tráfico de drogas, terrorismo etc.) e a supressão dos direitos humanos fundamentais.¹⁰

As *limitações dos direitos humanos fundamentais* voltados à *persecução penal* demonstram, segundo o direito penal do inimigo que “o Estado não se comunica com os seus cidadãos, mas ameaça seus não-alinhados (inimigos)”.¹¹

O autor justifica essa teoria em *decorrência da degradação social*, evidenciada pela perda de respaldo religioso e familiar; aquisição da nacionalidade como algo incidental. Isso leva o ser humano a “construir sua identidade à margem do direito”.¹²

À *degradação social*, Günther Jakobs, soma “o poder explosivo da chamada *pluralidade cultural*”, “cujas diferenças” “forjam a identidade de seus membros.”¹³ Prossegue o autor, pautado em John Locke¹⁴, concluído que as

⁸ Günther Jakobs, O denominado Direito Penal de oposição. In: *Ciência do direito; e, Ciência do direito penal*. São Paulo: Manole, 2003, p 54-55.

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Ibidem, p. 55-57.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, p. 58.

¹³ Ibidem.

¹⁴ John Locke traça como premissa de compreensão do poder político a consideração do estado de natureza, onde todos estão naturalmente, trata-se de “um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro

diferenças culturais refletem na identidade da população, que faz com que o ordenamento jurídico se reduza a um simples instrumento viabilizador da convivência, o qual “é abandonado quando não mais necessita dele.”¹⁵

Por fim, Günther Jakobs considera o denominado direito penal do inimigo como uma *guerra*¹⁶, cujo objetivo é *neutralizar*, efetivamente *aqueles que não devem ser tratados como pessoas*, através de uma *regulamentação jurídica de exclusão*.¹⁷

Winfried Hassemer, embora *não concorde com a abordagem funcionalista do direito processual penal*, destaca as *principais derivações* desse pensamento: nos casos de extrema necessidade e na expectativa de um crime bárbaro, “a tortura seria permitida para superação do perigo”; a ampliação dos poderes e intervenção estatal frente a ameaças terroristas; a utilização de provas obtidas ilegalmente, como apontamentos pessoais, a fim de buscar a verdade de crimes graves; adoção dos fins da pena para fundamentar a culpabilidade e construir suas excludentes; “o favorecimento de uma persecução penal enérgica –

dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.” Porém, ressalta que nesse estado o ser humano não tem uma liberdade incontrolável de disposição, não pode se destruir ou qualquer outra criatura, exceto quando for necessário para conservação. A lei da natureza coloca todos de forma igual, pois são todos artefatos do mesmo Deus. Assim, cada um tem a obrigação de, se preservar, e preservar toda a humanidade. Não pode tirar a vida ou prejudicar alguém, a não ser para fazer justiça a um infrator. A justiça depositada na mão de cada pessoa que tem o direito de punir os violadores da referida lei. No exercício deste poder, o homem tem a possibilidade de retribuir proporcionalmente com a aplicação de uma pena ao infrator, a fim de alcançar uma reparação e uma restrição. “Ao transgredir a lei da natureza, o infrator declara estar vivendo segundo outra regra que não a da razão e da equidade comum, que a medida fixada por Deus às ações dos homens para mútua segurança destas; e, assim, torna-se ele perigoso pra a humanidade, afrouxando ou rompendo os laços que servem para guardá-la da injúria e da violência. Tratando-se assim de uma agressão contra toda a espécie e contra sua paz e segurança proporcionadas pela lei da natureza, todo homem pode por essa razão e com base no direito que tem de preservar a humanidade em geral, restringir ou, quando necessário, destruir o que seja nocivo a ela; pode assim fazer recair sobre qualquer um que tenha transgredido essa lei um mal tal que o faça arrepender-se de o ter praticado e, dessa forma, impedi-lo – e por seu exemplo a outros – de praticar o mesmo mal.” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 381-387.

¹⁵ Ibidem, p. 58.

¹⁶ John Locke ressalta que no estado de natureza é possível matar um assassino para impedir que os outros cometam o mesmo erro. O castigo serve para “guardar os homens dos intentos de um criminoso que, tendo renunciado à razão, à regra e à medida comuns concedidas por Deus aos homens, pela violência injusta e a carnificina por ele cometidas contra outrem, declarou guerra a toda humanidade e, portanto, pode ser destruído.” (John Locke, *Dois tratados sobre o governo*, cit., p. 388-400.)

¹⁷ Günther Jakobs, *O denominado Direito Penal de oposição*, cit., p. 59.

tipicamente a expensas do interesse do acusado -, a pretexto de atingir o objetivo de uma tutela penal funcionalmente eficiente"; a adaptação do sistema jurídico "à contingência".¹⁸

O *direito*, segundo o funcionalismo passa a *ser concebido como disponível*, a fim de *se tornar flexível* e responder com *eficiência às contingentes* demandas sociais, pois os princípios indisponíveis "seriam apenas barreiras ao um Direito positivo assim concebido".¹⁹

Além de *efetividade*, o funcionalismo visa à *justiça transitória*. As decisões jurídicas ampliam poderosamente suas possibilidades pela supressão dos princípios indisponíveis. O juiz penal está livre das correntes tradicionais fixadas nos referidos princípios indisponíveis, torna-se livre para julgar, com exclusividade, os interesses que estão em conflito no caso concreto. Pode se alcançar, através do funcionalismo, resultados imediatos desejáveis, como ocorre na hipótese de adoção de tortura para obter a informação sobre o local do cativo de um refém, salvando uma vida. Ampliam-se as possibilidades de restrições de direitos fundamentais pelos órgãos de persecução penal desde que essa ampliação não exceda o dano que se procura evitar.²⁰

O método funcionalista considera-se *conseqüência*. Em outras palavras dão enfoque *inteiramente diverso dos métodos tradicionais*, pode dispensar a obediência ao ordenamento jurídico quando motivos externos a ele (conseqüências esperadas) apontam a obediência como algo desarrazoado. O ordenamento é conservado, apenas perde a certeza de prevalecer em todo caso concreto em decorrência de situações complexas, em outras palavras, a lei se

¹⁸ Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit., p. 105-107.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 107.

²⁰ Winfried Hassemer, explica que a direção funcionalista do Direito, em longo prazo, "promete decisões permeáveis há seu tempo, na medida em que remove as pedras que se colocam no caminho de uma política do Direito historicamente racional. Ele libera a estratégia da produção de efeitos preventivos – tanto sobre o criminoso condenado (prevenção individual) quanto sobre as demais pessoas propensas ao crime (prevenção geral) – dos obstáculos conceituais apresentados por uma noção tradicional da culpabilidade formulada empiricamente. Enfim, a funcionalização do Direito remove posições jurídicas que põem em perigo o funcionamento da tutela penal. p. 108.

torna disponível quando as suas conseqüências não são desejáveis para se atingir a justiça.²¹

O mecanismo utilizado pelo funcionalismo é a *ponderação dos bens em conflito*, levando em consideração as conseqüências para que sejam sopesadas ponderadamente, rejeitando uma regra substancial e acolhendo regras procedimentais vagas, a fim de atingir a justiça social.²²

O Direito Penal clássico, decorrente do contrato social, tradicional no Estado Democrático de Direito, adota o critério da *lesividade concreta para tutelar penalmente os bens mais importantes da sociedade*. Tem a “missão” de estabilizar o contrato social violado.²³

O *direito penal moderno* visa a *romper com o direito penal clássico*, concebido como *ultima ratio*, para *tutelar determinados direitos* que, a princípio, *prescindem da tutela penal*. Aproxima-se das funções típicas do direito civil e do direito administrativo. Trata-se de um “instrumento de pedagogia popular, isto é, para sensibilizar as pessoas”, como o direito ambiental²⁴ e lei de combate a violência doméstica “Lei Maria da Penha”²⁵.

Pouco importa para o direito penal moderno se o *processo penal é necessário, adequado e justo*, visa a “atingir o objetivo de convencer a população

²¹ Vide Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit., p. 109-110.

²² Winfried Hassemer, afirma que a ponderação dos bens em conflito “assegura a proteção do bem mais digno de preferência, segundo a situação concreta”. (*O indisponível no processo penal*, cit., p. 110)

²³ Winfried Hassemer destaca três conseqüências do direito penal clássico: somente os direitos assegurados pelo contrato social podem ser tutelados penalmente. A lesão deve ser palpável ao bem jurídico; a renúncia convencionalizada no contrato social deve ser precisa e densa, a fim de evitar ajustes posteriores dessa renúncia, bem como, deve-se proibir interpretações adaptadas as circunstâncias, conferindo sentido profundo ao princípio da certeza ou da determinação da norma penal; o estado decorre do poder do povo e, por isso, deve ser exercido em prol deste. Diante disto, o direito penal, onde o poder estatal atua com mais rigor, “deve ser limitado por princípio e concebido a partir do direito dos indivíduos, que o precede. Daqui se extrai importantes garantias penais, como *indubio pro reo*, o direito a remédios jurídicos contra qualquer restrição de direito, o direito à defesa, ao silêncio, e princípios como o da subsidiariedade e da proporcionalidade”. (Winfried Hassemer, *Características e crises do Direito penal moderno*. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 247-248).

²⁴ Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1988.

²⁵ Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006.

de que o ambiente deve ser cuidado ou que a violência contra a mulher merece repulsa.”²⁶

A dialética da modernidade impõe ao direito penal uma função simbólica “ao preço da perda de suas funções reais.”²⁷ Segue regras diversas do Direito Penal clássico, “deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário”, que “abandonou o direito”.²⁸

Winfried Hassemer atribui ao direito penal moderno “a *perversão do Direito processual penal*”: como problema central está à discrepância entre as soluções dos problemas e a capacidade real do sistema jurídico. Isso se amplia de forma incontrolável o que, até justifica, a invenção e a ampliação de soluções penais, “começando pelo plano prático. Tais soluções são predominantemente do Direito processual penal.”²⁹

Os *padrões democráticos* do Estado de Direito impõem ao *processo penal alto custo temporal e financeiro*. Como a *demanda não pode ser satisfeita por meio do Direito Penal tradicional* a modernidade enseja a *busca por medidas alternativas*.³⁰

Inevitavelmente, essa nova tendência conduz “à diluição das sutilezas do processo penal a fim de trazer o Direito penal material para a realidade, isto é, garantir sua ‘aptidão funcional’ ”.³¹

²⁶ Ponderações de Antônio André David Medeiros, sobre a proposta funcionalista.

²⁷ Winfried Hassemer, Características e crises do Direito penal moderno. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 256.

²⁸ Günther Jakobs, O denominado Direito Penal de oposição. In: *Ciência do direito; e, Ciência do direito penal*. São Paulo: Manole, 2003, p. 55 e 57.

²⁹ Winfried Hassemer, Características e crises do Direito penal moderno, cit., p. 258.

³⁰ Winfried Hassemer, Características e crises do Direito penal moderno, cit., p. 258. Winfried Hassemer destaca que “particularmente nas áreas aqui descritas como “modernas, desenvolveu-se o denominado “acordo no processo penal”. “Certamente isto não é mera coincidência. São justamente essas as áreas que o Direito penal moderno exorbitou as capacidades do sistema penal” (Características e crises do Direito penal moderno, cit., p.258.)

³¹ Idem, *Ibidem*.

O *Direito Penal* material se relaciona funcionalmente com o *processual penal*. Este, pautado num Estado Democrático de Direito só atinge os seus fins quando o *Direito Penal* for concebido, igualmente, “a luz dos imperativos do Estado de Direito.”³²

A fim de reduzir o processo penal para satisfazer a demanda provocada pelo direito penal moderno, desenvolve-se teoria que *propõe a restrição das hipóteses recursais e no direito de produzir prova, bem como, a possibilidade de acordos no processo penal.*³³

Winfried Hassemer destaca o *ponto comum entre esses instrumentos* como “repudio as tradições de Estado de Direito do processo penal. Portando, eles não são segundo me parece, soluções em sentido próprio, e sim um recuo resignado em face das demandas do Direito penal moderno.”³⁴

Outro ponto *preocupante* sobre o direito processual penal moderno diz respeito à *abreviação e a restrição da publicidade de parte da persecução penal*. Winfried Hassemer denomina esse *problema como um “rebaixamento”*, cuja conseqüência é a *transferência de competências ou atribuições*: “dos tribunais para o Ministério Público e desse para a polícia.”³⁵

No Brasil, existe proposta de transferência de algumas atribuições judiciais para o Ministério Público no Anteprojeto de Código de Processo Penal apresentado por comissão de juristas em 2009³⁶, no qual pretendem transferir o controle interno do inquérito policial ao Ministério Público, diante da remessa direta do resultado da investigação do arquivamento direto, sem a participação do juiz penal.

³² Ibidem, p. 259.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 259 – 260.

³⁵ Ibidem, p. 260.

³⁶ Anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, subscrito pelo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, artigos 32, § 2º; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40.

As constantes reformas legislativas desestabilizam o sistema processual penal, ora por conflitos normativos com normas anteriormente postas, outrora com incoerências lógicas, como a indefinição de uma linha jusfilosófica.³⁷

Na atualidade, como observa Jesús-María Silva Sánchez, faz parte do cotidiano afirmar que “o Direito penal está em ‘crise’”. Porém, aflora equivocadamente limitá-la ao Direito penal,³⁸ acrescentamos, e ao Direito Processual Penal.

A fim de evitar que essa tendência funcionalista gere um caos social, convém identificar o ponto de mutação para tornar a persecução penal democrática e eficiente.

4.3 Ponto de mutação do Direito Processual Penal: a relevância dos direitos humanos fundamentais

A expressão *o ponto de mutação* utilizada nesta pesquisa, como ressaltado no início desse capítulo, decorre de inspiração da obra de Fritjof Capra, com o mesmo título.³⁹ A obra retrata uma drástica mudança de conceitos e idéias, não só na física, mas na ciência como um todo, onde relaciona as atividades científicas numa grande rede denominada *teia da vida*. A Ciência Processual Penal também passou por essa mudança conceitual, como se verá.

Para identificar o *ponto de mutação* do Direito Processual Penal, basta abrir os olhos e ver que, nos Estados modernos, é orientado pelas Constituições, nas quais consagram os direitos humanos fundamentais em decorrência da dignidade da pessoa humana. Mas, quiçá, exista dúvida quanto a isso,

³⁷ Antônio Luis Chaves Camargo destaca esse problema no código penal brasileiro ao afirmar que isso “atingiu a estabilidade de todo o sistema penal, ainda porque muitas leis conflitam com medidas anteriores tornando a ineficazes.” (Antonio Luis Chaves Camargo, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p.13).

³⁸ Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 13.

³⁹ Fritjof Capra, *O ponto de mutação*, cit.

especialmente quando se propõe flexibilizar os direitos humanos fundamentais. Por isso, convém realizar um breve regresso histórico.

Na década de trinta, a Alemanha, liderada por Adolf Hitler, sob a influência da ideologia do determinismo biológico⁴⁰ e geográfico,⁴¹ seleciona as pessoas “aptas” para formar uma Nação “perfeita” e “bela”.⁴²

O Direito foi um poderoso meio de atingir os fins do *nacional-socialismo*, pois foi utilizado para perseguir as pessoas indesejadas pelo “povo”. Essas eram eleitas e tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, através do *mito das causas ruins*: arte denominada como *degenerada*; transmissão de *doenças*; *tudo que tornasse o mundo sem beleza* era imputado aos tidos como “degenerados”, escolhidos, arbitrariamente, por médicos e militares, sem base científica alguma.⁴³ Os nazistas romperam o paradigma dos direitos humanos fundamentais.⁴⁴

⁴⁰ *Determinismo biológico* – “teorias que atribuem capacidades específicas e inatas a ‘raças’ ou a outros grupos humanos” (Roque de Barros Laraia, *Cultura: um conceito antropológico*. 22. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 17).

⁴¹ *Determinismo geográfico* – “as diferenças do ambiente físico condicionam a diversidade cultural”, como por exemplo, considerar o clima como um fator importante na dinâmica do progresso (Roque de Barros Laraia, *Cultura*, cit., p. 21).

⁴² “O povo tinha conceito próprio do que era Nacional-Socialismo. Eles achavam que o Nazismo tinha ligação com a pureza. (...) Embora os aldeões tivessem sua concepção sobre o Nazismo, nunca mencionaram algo importante: o sonho nazista de criar, através de pureza um mundo mais harmonioso. O Nazismo alertava sobre um mundo prestes a ruir. Que ameaçava mergulhar a Terra na escuridão eterna. Os nazistas diziam conhecer a origem da ameaça e se responsabilizaram por erradicá-la. Purificada e preservada da decadência, uma nova Alemanha surgiria, mais forte e mais bonita. (...) Os comícios encerravam um grande ideal nazista: O mito do ‘Corpo do Povo’ da Alemanha. Neste mito, a massa, vista como um corpo com seu sistema circulatório iria se tornar o elemento básico do Nazismo para a purificação racial. (...) Em 1933, são realizadas na Alemanha uma série de exposições da chamada ‘arte degenerada’. (...) A degeneração cultural era considerada uma ameaça. ‘Decadência’ era a palavra da moda entre os burgueses. As calamidades que assolaram a Alemanha em particular o ‘bolchevismo cultural’ eram vistas como tendo sido instigadas pelos judeus. (...) A ofensiva contra a arte moderna tinha caráter higiênico. Segundo eles, as obras dos artistas modernos mostravam sinais de doença mental de seus criadores (...)” (Peter Cohen, *Arquitetura da destruição* (Documentário). Narração Bruno Ganz. Suécia: Versátil Home Vídeo e Mostra Internacional de Cinema, 1992).

⁴³ José Manuel de Sacadura Rocha define os sistemas autoritários “muito além do autoritarismo -, que por ‘métodos científicos’ pretensamente necessários e estritamente técnicos, promoveram o holocausto e o genocídio, *sem culpa e sem remorso*. Entre outras coisas, o estudo aberto das sociedades primárias, existentes afinal entre nós, quer mostrar que *aquilo que parece selvagem ou primitivo é na verdade estratégia política consciente das comunidades em não se submeterem aos paroxismos tecnocratas que escondem sempre os devaneios megalomaniacos do poder e/ou do Estado* (José Manuel de Sacadura Rocha, *Antropologia jurídica: por uma filosofia antropológica do Direito*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 63).

⁴⁴ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 116.

Paralelamente, adota uma política de expansão do território pela imposição da força. Em 1939, invade a Polônia,⁴⁵ diante da insurgência da Inglaterra e da França, dá início à Segunda Guerra Mundial. O nazismo contou com o apoio da Itália e do Japão, no qual formaram o denominado *Eixo*.⁴⁶

A Guerra teve fim com a rendição da Alemanha e da Itália em 1945. Mas, como o Japão ainda resistia, para agravar as atrocidades, os Estados Unidos da América, como aliado, o bombardeou com artefatos não convencionais, ou seja, com a *temida bomba atômica*, causando *destruição e extermínio de inocentes*.⁴⁷

Em 26 de junho de 1945, os Governos mundiais, por intermédio de seus representantes, reunidos na cidade de São Francisco, Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, reconhecem as barbáries que culminaram no rebaixamento dos seres humanos pela abolição do valor da pessoa humana, onde o poder estatal foi o maior violador.⁴⁸ Por isso, se reúnem para “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”, e estabelecem a Organização das Nações Unidas, por meio da Carta das Nações.⁴⁹

Isso marca a *metade do ponto de mutação do Direito*, especialmente da Justiça Penal – Direito Penal e Direito Processual Penal, pois os Governos reafirmam “a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas”.⁵⁰

⁴⁵ A invasão ocorreu em 1º de setembro de 1939. Em 28 setembro daquele ano, os nazistas tomaram Varsóvia e os políticos fugiram para Inglaterra, onde formaram Governo no exílio (Antonio Pedro, *A segunda guerra mundial*. 13. ed. São Paulo: Atual, 1994, p. 19).

⁴⁶ Antonio Pedro, *A segunda guerra mundial*, cit., p. 19.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 25.

⁴⁸ Neste sentido, Flávia Piovesan ressalta que a “internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. “(*Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 116).

⁴⁹ Aprovada no Brasil pelo Decreto-lei 7.935, de 04 de setembro de 1945, e promulgada pelo Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945.

⁵⁰ Carta das Nações Unidas.

*A integralização do ponto de mutação ocorre, somente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, durante a 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas*⁵¹, em Paris, França, onde dispõem o seguinte:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

agora portanto,

A Assembléia Geral proclama a presente *Declaração Universal dos Direitos Humanos*

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce,

⁵¹ Marco Antonio Marques da Silva ressalta que “foi a primeira vez que uma comunidade universal de nações formulou uma declaração sobre a liberdade e os direitos fundamentais do homem, a qual resultou no reconhecimento de valores e bens jurídicos cuja proteção interessa à comunidade internacional, o respeito da pessoa, sua qualidade de sujeito de direito, estando todos os Estados obrigados, frente à comunidade de países ao respeito e reconhecimento desses direitos. Após a Primeira Guerra Mundial, da qual teriam surgido idéias de negativismo e desânimo, seguiram-se dias piores, com a crise econômica e o aparecimento do fascismo, do nazismo, então, da Segunda Guerra Mundial. Dessa desastrosa experiência, com os horrores conhecidos, houve uma resposta afirmativa em escala mundial, na qual resultou a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. (Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., 224-225).

através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de carácter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Trata-se do gérmen da dignidade da pessoa humana nos Estados modernos. Mas para florescer dependia dos cultores, ou seja, das Nações Unidas para se sedimentar como paradigma intransponível.

A ligação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais se inicia com a concepção de “Estado social de Direito”, pautado na Constituição e nos Tratados Internacionais celebrados após à Segunda Guerra Mundial.⁵²

Essa mudança, em decorrência do reconhecimento das atrocidades cometidas antes e durante a Segunda Guerra Mundial (fato), bem como a consagração da dignidade da pessoa humana (valor), como princípio fundamental de qualquer Estado (norma), determina o *exato momento do ponto de mutação*, não só em guerra, mas, principalmente em tempo de paz no âmbito interno das Nações, isto é, no *Direito*⁵³ e no *Direito Processual Penal*.

O momento histórico repercutiu em todos os Estados, pela necessidade de reconstruir as bases democráticas (direitos humanos),⁵⁴ marcando uma *fase de*

⁵²Jorge Miranda, A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p. 168. Ressalta Jorge Miranda que “não existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Aqueles sistemas que funcionalizam os direitos a outros interesses ou fins – como os que há pouco referimos – não assentam na dignidade da pessoa humana. Assim como concepções doutrinárias de dignidade de pessoa humana, de matriz religiosa ou filosófica, podem não ser acompanhadas – e não e não o foram até o final do século XVIII – de catálogos de direitos fundamentais.

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subseqüentes à segunda guerra mundial, e não por acaso.”

⁵³ Como exemplo de extensão da dignidade da pessoa humana a todo o Direito, o trabalho de Fernando Capez em aproximar os princípios constitucionais derivados da dignidade da pessoa humana e pautados no Estado democrático de direito à persecução das improbidades administrativas (Fernando Capez, Lei de Improbidade Administrativa e as limitações constitucionais ao poder de punir em face do princípio da dignidade humana. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p. 1119 -1136).

⁵⁴ Neste sentido, observa Flávia Piovesan, quando “os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma

*reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos decorrentes dela, ou seja, dos direitos fundamentais.*⁵⁵ Estes formam as bases dos Estados Democráticos, especialmente, quando inseridos nas Constituições, que dá sentido ao sistema dos direitos fundamentais.⁵⁶

A sociedade tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, trata-se de um postulado “inato aos homens”, constitui a essência social.⁵⁷

Para o direito processual penal o reconhecimento da dignidade da pessoa humana enseja uma mudança fundamental, para que o ser humano passe de objeto da persecução penal para sujeito de direitos e obrigações.⁵⁸

Marco Antonio Marques da Silva esclarece que a dignidade se relaciona a três premissas essenciais. A primeira se relaciona aos direitos da personalidade, a seguinte implica a inserção do homem como cidadão (sociedade) e, por último, a aspectos econômicos direcionados à promoção de meios de subsistência do ser humano.⁵⁹

ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante da ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral” (Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 116).

⁵⁵ Embora a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, tenha rompido com o totalitarismo do antigo regime imposto por Getúlio Vargas (Constituição de 1937), pois consagrou o regime democrático e o acesso à Justiça, foi discreta na consagração dos direitos humanos fundamentais (Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, artigos 141 a 144). Trata-se de um processo gradativo que alcançou o seu ápice na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada de 05 de outubro de 1988.

⁵⁶ Jorge Miranda, A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p. 169.

⁵⁷ Marco Antonio Marques da Silva, Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p.224. Neste sentido, Jorge Miranda observa que a Constituição “repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. (Jorge Miranda, A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p.169).

⁵⁸ Jorge Miranda ressalta que a “característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objecto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, Dir-se-ia mesmo um *meta princípio*” (Jorge Miranda, A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, cit., p.170).

⁵⁹ Marco Antonio Marques da Silva, Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p.224.

Consequentemente, o *sistema processual penal* passa a ser qualificado pelo adjetivo *constitucional*, em alusão à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos fundamentais, conquistados arduamente pela humanidade.

Assim, após a compreensão do sistema processual penal como constitucional, se faz necessário compreender a dinâmica das normas fundamentais nesse sistema. Essas normas decorrem da evolução da humanidade em respeito aos direitos universais reconhecidos expressamente pelos tratados internacionais sobre direitos humanos e nas Constituições democráticas.

Constata-se, assim, o caráter constitucional do Direito Processual Penal. Houve uma superação do sentido meramente formal, como já ressaltado anteriormente em doutrina de Hermínio Alberto Marques Porto.⁶⁰

Nota-se que no Brasil há uma alternância constante entre os regimes autoritários e democráticos. Seguindo a tradição, quiçá maldita, o Estado brasileiro alterna-se entre Constituições autoritárias e democráticas.⁶¹ A atual Constituição tem vinte anos e já se cogita uma ampla reforma. Qual será o próximo regime?

⁶⁰ Hermínio Alberto Marques Porto; Roberto Ferreira da Silva, A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p.636-637; Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14.

⁶¹ Breve histórico das Constituições brasileiras: 1^a. *Outorgada* – Constituição do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824; 2^a. *Promulgada* – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891; 3^a. *Promulgada* – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934; 4^o. *Outorgada* – Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937; 5^a. *Promulgada* – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946; 6^a. *Promulgada formalmente*, mas de conteúdo autoritário – Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967; 7^a. *Outorgada* - Emenda Constitucional editada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, de 17 de outubro de 1969 para alterar o texto da Constituição de 1967; 8^a. *Promulgada* – Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Sobre o período da elaboração da Constituição de 1967, explica Marco Antonio Marques da Silva que isso agravou “ainda mais a submissão do povo ao poder político, em 1964, o Brasil é submetido a um novo governo autoritário, sufocando os pequenos avanços em termos de participação política popular e de conquistas de direitos sociais instaurados que tinham sido com a Constituição de 1946” (*Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 83).

É preciso romper com essa tradição. Obviamente, isso transcende aos limites da Ciência do Direito, mas, inegável, o papel relevante que esta Ciência exerce na construção e na solidificação de um Estado Democrático de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, nos direitos humanos fundamentais.

O despertar dessa preocupação reside no constante uso de um termo essencial para romper com regimes estatais, chamado “crise”. Fala-se, contemporaneamente, em “crise do Direito Penal” com reflexos evidentes ao Direito Processual Penal,⁶² especialmente no Brasil, que pode ser definido, segundo Marco Antonio Marques da Silva, “como um país de contradições políticas, econômicas e sociais; apesar das significativas mudanças políticas e sociais, ainda é centralizador e elitista”.⁶³

O fundamento dos direitos humanos reside no “valor atribuído à pessoa humana”, o autoritarismo rompe com essa concepção.⁶⁴

Orienta e integra o ponto de mutação do Direito Processual Penal Constitucional a dignidade da pessoa humana, valor amparado pela nossa Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III. Vale lembrar, a sua relevância durante a persecução penal, nas palavras de Marco Antonio Marques da Silva:

O reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. Desta forma, a concretização e a eficácia jurídica de um direito ocorrem com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia.⁶⁵

Aduz Fábio Konder Comparato que cada pessoa humana tem “caráter único e insubstituível”, “portador de valor próprio”, o que demonstra a existência

⁶² Vide tópico 4.2 A “vestimenta do Direito Moderno”: funcionalismo na persecução penal.

⁶³ Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*, cit., p. 81.

⁶⁴ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 118.

⁶⁵ Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*, cit., p. 5.

singular de dignidade da pessoa humana “em todo indivíduo”, por isso, não se legitima a pena de morte.⁶⁶

A criminalidade moderna impõe uma discussão sobre o encontro do ponto de equilíbrio sistêmico em decorrência das novas condutas criminais. Discute-se sobre um funcionalismo em busca de efetividade ao sistema. O risco em buscar o equilíbrio, pautado em um ponto de partida equivocado, está em desrespeitar a principal meta do sistema processual penal constitucional que é a dignidade da pessoa humana. Esta deve orientar o intérprete para encontrar o ponto de equilíbrio do sistema jurídico brasileiro.⁶⁷

A evolução biológica e a filosofia contemporânea comprovam cientificamente a *essência histórica da dignidade da pessoa humana*, pois “deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos”.⁶⁸

Miguel Reale situa a história e a cultura em relação de complementaridade. Observa que a história decorre das “seleções axiológicas que a constituem em sua validade objetiva”, “como expressão da autoconsciência comum”. A exigência de novos bens culturais implica a transcendência da história pela alteração das “imagens ou símbolos dominantes em cada forma de cultura.”⁶⁹ Com isso, a “experiência jurídica” ordena normativamente os fatos segundo os valores.⁷⁰

Nem mesmo Niklas Luhmann, defensor da impossibilidade de modificação do Direito por movimentos sociais ou por campanha nos meios de comunicação,

⁶⁶ Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

⁶⁷ Márcio Pugliesi destaca algumas políticas mestras que devem ser realizadas constantemente para a manutenção do equilíbrio sistêmico: “ajustamento, temporário ou definitivo, do sistema às contingências externas, quer de natureza, quer de outros Estados; direcionamento do sistema para meios mais favoráveis, a partir de uma análise de propensões, tais como: estabelecimento de novas alianças, acordos comerciais, escolha por investimento ou poupança ruptura de antigos acordos, etc; e reorganização permanente de aspectos do próprio sistema para interagir com o meio, por exemplo: alteração de políticas internas de financiamento de produção e pesquisa, escolha de novas metas; mudança de gabinetes ministeriais; manutenção de eleições periódicas, coalizões partidárias etc.” (*Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos*, cit., p. 165).

⁶⁸ Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 32.

⁶⁹ Miguel Reale, *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

⁷⁰ Idem, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

conseguiu afastar a possibilidade de modificação do sistema por pressões externas (curto-circuito), mas para manter a unidade de seu pensamento, ressalta que, nesse caso, “a auto-referência não se bloqueia, mas continua de maneira diversa”.⁷¹

Como o Direito decorre fundamentalmente da cultura, pode-se cogitar o risco da existência de consciência social majoritária, na qual clama pelo autoritarismo.⁷²

Embora, a democracia decorra da participação popular, cuja minoria se submete às decisões da maioria, estas não se sobrepõem às conquistas históricas da humanidade, especialmente sobre os direitos humanos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo intangível do sistema jurídico. Trata-se de supraprincípio⁷³, não admite colisão com outros princípios; neste

⁷¹ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, cit., p. 150-151. Original: “Por suerte un movimiento o una simple campaña en los medios de masas no pueden modificar el derecho. Una modificación es sólo posible en las formas que el sistema jurídico escoja, y con esas formas el sistema está pendiente de los cambios que acontecen en la opinión pública (...) En las condiciones actuales de prensa masiva y televisión, una reorientación semejante se efectúa con mucho más rapidez que el ajuste que el derecho efectuaba en condiciones de economía capitalista. Por eso mismo los efectos son más erráticos y requieren más pronto de revisión y, también por eso, es más fácil atribuir causalidad entre el cambio en la opinión pública y su consecuencia en el derecho – aunque no tenemos la pretensión de negar que esta circunstancia se pueda también describir de manera causal. Esto evidentemente que no niega la posibilidad de que los temas del derecho se transformen y no excluye tampoco el que al ser tan grandes las dificultades de adaptación del derecho, acabe cediendo las presiones externas: por ejemplo, la aceptación de las demandas populares en cuestiones de protección del medio ambiente. El sistema del derecho es aquel órgano de la sociedad del que se echa mano para dar forma jurídica e las concepciones cambiantes sobre el mundo. La autopoiesis del sistema con todo esto no se bloquea sino tan sólo continúa de otra manera – si es que no se destruye el instrumento con el que la sociedad efectúa las modificaciones en el derecho. Visto desde la perspectiva del sistema jurídico debe quedar instalado un filtro por el que los cambios en la opinión pública se tomen como motivo de aprendizaje, es decir, cognitivamente y no, por ejemplo, como imposición directa de nuevas normas.”

⁷² Atualmente, a Venezuela vive um momento similar, onde o presidente eleito controla o Poder Legislativo, os meios de comunicação e consegue o apoio popular para se perpetuar no poder.

⁷³ Paulo de Barros Carvalho situa a dignidade da pessoa humana abaixo da justiça da justiça, mas ao lado da segurança jurídica, como “sobreprincípios que se irradiam por todo ordenamento e têm sua conscientização viabilizada por meio de outros princípios”, (Paulo de Barros Carvalho, *A dignidade da pessoa humana* na ordem jurídica brasileira. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda. cit., p.144); Fernando Capez considera a dignidade da pessoa humana como “o princípio reitor de todo o direito penal”, “adequando-o ao perfil constitucional do Brasil e erigindo-o à categoria de direito penal

caso, será um conflito aparente, pois não existe norma jurídica capaz de superá-lo. Miguel Reale o define como “valor-fonte’, ou seja, aquele do qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz que promanam.”⁷⁴

Em tese, o povo e o Estado têm obrigações políticas recíprocas, em troca de segurança traduzida no dever de obediência às leis.⁷⁵ A violação pelo Estado da dignidade da pessoa humana é o marco do nascimento do direito de resistência à opressão.⁷⁶

O tema nos remete ao protesto de Henry David Thoreau,⁷⁷ que influenciou Ghandi⁷⁸ a “fundamentar a *Satyagraha* – a sustentação da verdade frente à injustiça”.⁷⁹ Considera o autor a injustiça como “parte do atrito necessário à máquina do governo”, suavizada com o passar do tempo. Agora, “se ela for de natureza tal que exija que nos tornemos agentes de injustiça para com os outros, então proponho que violemos a lei.”⁸⁰

democrático. (Fernando Capez, Lei de Improbidade Administrativa e as limitações constitucionais ao poder de punir em face do princípio da dignidade humana, cit., p.1133).

⁷⁴ Miguel Reale, *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, cit., p. 100.

⁷⁵ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 187.

⁷⁶ Celso Lafer, observa que sob o “ângulo dos governados, bem como dos escritores tradicionalmente preocupados com a liberdade, acentua-se, compreensivelmente, não o dever de obediência mas sim o *direito* de resistência à opressão” (*A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 187). Pode-se citar como exemplo do exercício do direito de resistência, citado por Tarcisa Araceli Marques Porto em exposição de seminário do curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Doutorado em Direito, Disciplina de Ordenamento Jurídico e Sistema, sob a regência da Professora Doutora Maria Helena Diniz, a invasão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP pela Polícia, onde a Reitora Professora Doutora Nadir Gouvêa Kfourri e o Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto resistiram, pacificamente, à opressão. Sobre o fato, o Professor Hermínio Alberto Marques Porto concluiu que “contra a arbitrariedade não há diálogo”.

⁷⁷ Henry David Thoreau foi preso por se recusar a pagar impostos e escreveu sobre a desobediência civil individual.

⁷⁸ A desobediência civil de Gandhi difere da Thoreau porque propôs a prática da não-violência em busca da independência da Índia como ação coletiva (Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 200).

⁷⁹ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 200.

⁸⁰ Henry David Thoreau, *A Desobediência civil*. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 24-25.

O cidadão, ainda que faça parte da minoria, deve “reivindicar o direito a ser governado sabiamente e por leis justas”.⁸¹ A expressão da democracia não reside apenas na prevalência das decisões da maioria, mas, também, nos fins sociais.⁸²

Isto leva a considerar uma eventual desobediência à norma jurídica “como cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validade universal e absoluta, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica.”⁸³

No Estado brasileiro, não há como sequer cogitar a supressão da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais que dela decorrem, pois se tratam de “normas supereficazes”, como ressalta Maria Helena Diniz, “insuscetíveis de reforma, sob pena de destruírem, ou suprimirem, a própria Constituição”.⁸⁴

A autora explica que “seriam como um grosso aro de metal impenetrável, de modo que qualquer emenda seria inoperante; funcionariam como uma parede, em que, se contra ela jogássemos uma bola, ela retornaria inexoravelmente”.⁸⁵

A desordem, entendida como aquela contrária à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos fundamentais, pode ensejar o início de conflitos violentos, mas, que “tendem a se compor”. Porém, quando isto não for possível,

⁸¹ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 188.

⁸² Miguel Reale manifesta-se no sentido de que “poder-se-á acrescentar que o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a “Estado de Direito e de Justiça Social”. A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 (...)” (*O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, cit., p. 2).

⁸³ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 188.

⁸⁴ Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112-113. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...),§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

⁸⁵ Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, cit., p. 114.

“dá-se a *ruptura*, o *facto revolucionário* que põe termo à vigência de um ordenamento jurídico para substituí-lo por outro”.⁸⁶

A dignidade da pessoa humana, como parte e regente do ponto de mutação do Direito Processual Penal Constitucional reorganiza o sistema, amplia suas fronteiras em direção aos direitos humanos fundamentais conquistados na evolução da humanidade e expressos, não só na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas, também, nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Qualquer tentativa de suprimir os direitos humanos fundamentais a pretexto de conferir eficiência combate à criminalidade constitui medida desarrazoada e inconstitucional, por evidente afronta ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, o sistema processual penal brasileiro se expande e se denomina como *sistema processual penal constitucional brasileiro*, estruturado pela Teoria do Direito Processual Penal ou pela dogmática processual penal brasileira.

Dessa organização dos elementos do Direito Processual Penal é possível extrair a essência política e ideológica que norteia essa ciência, a fim de identificar o modelo de apuração da verdade estabelecido num determinado Estado.

No Brasil, o modelo de persecução penal adotado é o acusatório em decorrência do regime democrático, do supraprincípio da dignidade da pessoa humana e dos decorrentes direitos humanos fundamentais, assim como, das normas processuais penais infraconstitucionais (devidamente fundamentadas pelas normas constitucionais), que exigem uma contrariedade indispositiva e atribuem à ação da parte (Ministério Público ou querelante) a postulação da acusação.

⁸⁶ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 295.

Mas esse modelo não veda a oficialidade estatal na busca da verdade, pois atribui poderes discricionários e instrutórios, respectivamente à autoridade policial e ao juiz penal, pela necessidade de tutelar o acusado contra injustiças. Nota por exemplo, a confissão de crime por pessoa que não cometeu para proteger ente querido. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes observa que “não ficam impedidos preceitos que autorizem o magistrado a realizar prova de ofício para esclarecer dúvida relevante, pois, ao assim agir, não estará atuando como parte, mas buscando elementos para melhor exercer a sua própria missão e melhor fazer atuar a norma substancial ao caso concreto. Não se deve, contudo, permitir que o juiz possa, pela produção de prova, transformar-se em parte, indo além do objetivo de esclarecer algum aspecto relevante para a sua decisão”.⁸⁷

Por conseguinte, o *modelo político-ideológico da persecução penal é acusatório* qualificado pela *técnica moderna da inquisitividade regrada ou limitada*, a fim de possibilitar decisões justas em toda a apuração.

4.4 A dinâmica dos direitos humanos fundamentais no sistema processual penal brasileiro: a técnica da ponderação de princípios

Pela antiga concepção jusnaturalista o direito positivo deriva de uma ordem da natureza ou divina. A aplicação do direito positivo decorre da concretização de direito natural, considerado “suprapositivo”. Não cabe ao legislador, segundo essa concepção, restringir ou modificar o direito natural, sob pena de criar um direito irracional ou contrário aos ensinamentos divinos (“direito antinatural”).⁸⁸

⁸⁷ Antonio Scarance Fernandes, Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda. cit., p. 576.

⁸⁸ Winfried Hassemer, descreve essa teoria do direito sem concordar com ela. (*O indisponível no processo penal*. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p 102).

A indisponibilidade dos direitos constitui a característica principal que fundamenta o jusnaturalismo. Inclusive a teoria contratualista, especialmente Kant, considerava a indisponibilidade inerente ao direito.⁸⁹

Como já ressaltado na linha filosófica da pesquisa, o jusnaturalismo foi superado e com ele “a idéia de direitos indisponíveis. Os indicadores para essa superação foram não apenas a teoria do conhecimento e a filosofia dos valores, mas também a experiência.”⁹⁰

A imutabilidade de um direito suprapositivo, no qual está à medida do Direito positivo, transmite estímulos vagos como fazer o bem, despidos de conteúdo interativo, ou seja, sem conseqüências em decorrência de seu descumprimento. Por isso, Winfried Hassemer afirma que “preceitos jurídicos são histórica e geograficamente relativos, ou são vazios.”⁹¹

Reforça esse posicionamento Goffredo Telles Júnior ao afirmar que o direito natural não é um conjunto dos primeiros e imutáveis princípios morais, pois estes não são normas jurídicas, conseqüentemente, não devem ser considerados como direito. Possuem essa qualidade apenas as normas autorizantes, isto é, aquelas que autorizam a pessoa lesada a exigir o seu cumprimento ou a reparação pelo dano sofrido.⁹²

Isto decorre da natureza social que exige certas condutas e proíbe outras. Serve como condição para que a sociedade realize sua natureza instrumental. Aqueles primeiros princípios, denominados imutáveis, não têm a característica de autorizantes, não são espécies de direito, são simplesmente regras morais da sociedade.⁹³

No Direito Processual Penal, os disciplinamentos práticos e jurídicos, em decorrência da história e da geografia, são bens diferentes, o que impossibilita o

⁸⁹ Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit., p 102-103.

⁹⁰ Idem, *ibidem*, p 103.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p 355.

⁹³ Idem, *Direito quântico*. cit., p. 355.

reconhecimento dos direitos indisponíveis idênticos de várias Nações ou da mesma Nação em momentos históricos diferentes. A única uniformidade está na imprescindibilidade do processo penal em decorrência da prática de uma infração penal, bem como, a dignidade da pessoa humana nos Estados Democráticos em decorrência da conquista histórica.⁹⁴

O ser humano se relaciona com o mundo através de sensações. O ordenamento decorre dessa relação, principalmente de experiências e ações, considerando o que é permitido e o que é proibido, daí decorre a complexidade estrutural de ordenamento jurídico.⁹⁵

A relação descrita do ser humano com o mundo implica em múltiplos direitos, conforme a cultura de determinado povo. A compreensão pela história do direito e pelo direito comparado da violação de princípios processuais penais depende da “pertinência cultural”. Assim, Winfried Hassemer afirma que para

demonstrar a inutilidade da busca por um fio condutor do Direito processual penal, não é preciso evocar exemplos extremados como tempo no nazismo. Se lançamos mão de um exemplo da História do Direito, como Direito germânico, e de um exemplo do Direito comparado, como o direito dos Estados Unidos da América, concluiremos que o direito processual deles é tão distante do nosso, que se torna plausível sustentar a tese de que quase tudo é possível.⁹⁶

Com isso, procura-se desenhar uma nova dogmática da interpretação jurídica, superando os princípios indisponíveis do direito através da técnica da ponderação.

Nota-se que esta técnica não se aplica indistintamente, pois há limites que dependem do entendimento da norma jurídica em decorrência da ordenação sistemática, visto que são espécies daquela, tanto os princípios, como as regras.

⁹⁴ Vide o Capítulo III, Fundamentos do Direito Processual Penal. Neste sentido, vide Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit., p 103-104.

⁹⁵ Vide Niklas Luhmann, *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983, v. I.

⁹⁶ Winfried Hassemer, *O indisponível no processo penal*, cit.

As regras contêm *determinação (proibir, permitir)*. São normas que são sempre satisfeitas ou não, valem ou não. Observa Robert Alexy “se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.”⁹⁷

Os *princípios são mandamentos de otimização*. “São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Nota-se que podem ser satisfeitos em graus variados.⁹⁸

Facilita a compreensão sobre a diferença sobre a diferença acima o conflito entre regras e a colisão de princípios.

Se *existir um conflito de regras* que não é aparente, cabe ao intérprete optar por uma de duas hipóteses. Primeiro deve verificar se existe uma cláusula de exceção introduzida numa das normas. Agora, se não for possível, uma das regras deve ser declarada inválida, seguindo o seguinte critério lógico: lei superior revoga lei inferior; lei especial revoga lei geral e; lei posterior revoga lei anterior.⁹⁹

No caso de *colisão de princípios* um deles deve ceder, sem ser declarado inválido, permanece no sistema jurídico. Isso significa que um dos princípios tem precedência em face do outro. Utiliza-se a *ponderação de interesses* para indicar o que tem maior peso no caso concreto,¹⁰⁰ respeitando sempre, as normas de direitos fundamentais.¹⁰¹ Fala-se em *lei de colisão* – as condições concretas são o suporte fático de uma regra que expressa uma consequência.¹⁰²

O sistema processual penal, em decorrência de seu fim de tutela da liberdade jurídica do indivíduo, é composto por princípios e regramentos que

⁹⁷ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 90.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 92-93.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 93-94.

¹⁰¹ Robert Alexy narra uma hipótese que o Tribunal Constitucional Federal Alemão – não ponderou, mas apontou uma violação de um direito fundamental (Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 94).

¹⁰² Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 94-95.

expressam direitos humanos fundamentais. Conforme a natureza jurídica constata-se a inflexibilidade ou a flexibilidade da norma.

Com isso, questiona-se, se a produção incessante de novos princípios para a compreensão do sistema processual penal brasileiro fortalece os direitos humanos fundamentais expressos na Constituição da República do Brasil e nos tratados internacionais sobre direitos humanos.¹⁰³ A resposta desponta negativa, pois existem direitos inflexíveis, que não cedem diante de outros.

Importa identificar o princípio reitor do sistema processual penal, que, embora ostente a denominação de princípio, deve ser inflexível e orientar e delinear os limites de todos os elementos, especialmente das normas.

Defende-se o princípio publicístico como o único do Direito Processual Penal,¹⁰⁴ pois o caráter público está presente desde a consagração dos direitos mais importantes na sociedade pela Constituição. Está evidente na tutela penal desses direitos pela norma incriminadora e, pela persecução penal, momento de tensão entre o direito de liberdade do indivíduo e o poder-dever de punir estatal.¹⁰⁵

Por outro lado, a Ciência vem aproximando o *princípio da dignidade da pessoa humana* à regência do *sistema processual penal*, pois, o processo penal, mais que um instrumento de punição, é um escudo contra o forte arbítrio estatal.

Ambas as posições são corretas, uma vez que se complementam na regência do sistema. O princípio *publicístico* diz respeito aos *direitos indisponíveis*, do público, do povo, como liberdade e punição estatal. A *dignidade*

¹⁰³ Trata-se de um questionamento adaptado do exame de ingresso no curso de doutoramento em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, aplicado em 2007.

¹⁰⁴ Rogério Lauria Tucci,

¹⁰⁵ Hélio Bastos Tornaghi ressalta que: “A lei processual protege os acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes. (...) o Código de Processo Penal é o estatuto protetor dos inocentes, que nele encontram o escudo contra a prepotência dos juízes ou a má-fé dos adversários. A lei de processo penal é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais.” (Hélio Bastos Tornaghi, *Instituições de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.1, p. 10-11).

da *pessoa humana* também diz respeito aos *direitos indisponíveis*, como limite de intervenção estatal na vida do indivíduo, especialmente em âmbito penal, onde essa intervenção se faz no último grau de intensidade admitido, uma vez que pode privar a liberdade de locomoção do acusado.

Decorrem da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, o patrimônio, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o estado de inocência.

Esse momento constitui o ponto crítico do sistema processual penal: *alcançar uma persecução democrática e eficiente*. Em outras palavras, aproximar-se ao máximo da verdade dos fatos e tutelar os direitos humanos fundamentais.¹⁰⁶ Vale ressaltar a primeira constatação de Antonio Scarance Fernandes sobre o problema, na qual adotamos:

Uma das ilações fundamentais da pesquisa já realizada é de que não deve haver antagonismo entre eficiência e garantismo, se visto o processo criminal como instrumento legitimado por procedimentos que assegurem aos órgãos de Estado meios para realizar uma eficiente persecução criminal e aos acusados formas de exercerem de modo eficiente as suas defesas. Não se compreende eficiência sem garantismo. O ideal é que haja equilíbrio entre as partes, não se pendendo para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.¹⁰⁷

Rogério Lauria Tucci considera as normas fundamentais direcionadas ao sistema processual penal como regramentos,¹⁰⁸ conseqüentemente, são inflexíveis.

¹⁰⁶ Esse ponto norteia os cursos de Pós-Graduação em Direito Processual Penal, tanto da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como da Universidade de São Paulo – USP, sob a regência, respectivamente, dos Professores Doutores Hermínio Alberto Marques Porto (Disciplinas: *Fundamentos e Efetividade do Processo Penal em face dos Princípios e Regramentos Constitucionais* e; *A Efetividade do Direito na Reforma do Código de Processo Penal*) e Antonio Scarance Fernandes (linha de pesquisa adotada: “a eficiência e o garantismo no processo penal”. Vide: Antonio Scarance Fernandes, *Efetividade, processo penal e dignidade humana*, cit., p. 570).

¹⁰⁷ Antonio Scarance Fernandes, *Efetividade, processo penal e dignidade humana*, cit., 570.

¹⁰⁸ Rogério Lauria Tucci firma posicionamento no sentido de que denominar os direitos e garantias fundamentais como “princípios constitucionais no processo penal” configura-se “generalizada e equívoca acepção”. Dispõe que são “Regramentos, sim; e não princípios: princípio (no singular) – ‘aquilo de que algo procede, de algum modo; ou é, ou se faz, ou se conhece’, - é a mais geral das regras de um sistema, que ‘informa, é-lhe substancial, essencial’, e à qual todas, ou quase toda, as outras se sujeitam” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20 e 48).

Mas, observando a dinâmica dessas normas, constata-se que há certa flexibilidade para alguma delas.

Por isso, admite-se a colisão de princípios na persecução penal, que conduz a uma técnica de resolução adotada pelos juízes penais e Tribunais. Isso não significa que pode agir livremente (motivos íntimos), o que, configura arbitrariedade.

Importa identificar o parâmetro do juiz e do intérprete. Gilmar Ferreira Mendes situa a correta (“boa”) aplicação dos direitos humanos fundamentais direcionados ao processo como “elemento essencial de realização do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica.” Isso proporciona uma tutela judicial efetiva e fortalece as bases democráticas.¹⁰⁹

O autor, lastreado em doutrina de Ingo Von Münch, avança como uma possível solução para o conflito entre direitos fundamentais a identificação de uma hierarquia entre eles. Porém, adverte que a fixação rigorosa desnatura completamente os direitos fundamentais e a própria Constituição.¹¹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, Gilmar Ferreira Mendes destaca que a Constituição não hierarquizou os direitos fundamentais quando os estatuiu no rol das cláusulas pétreas¹¹¹. Contudo, admite que “os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo”.¹¹²

Por isso, o autor entende que no juízo de ponderação deve-se considerar “os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (*inviolabilidade*

¹⁰⁹ Gilmar Ferreira Mendes, A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 130 e 141.

¹¹⁰ Idem, Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

¹¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...),§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

¹¹² Idem, *ibidem*, p. 380-381.

de pessoa humana, respeito à integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).”¹¹³

Além disso, a ponderação entre princípios constitucionais direcionados ao processo penal encontra limite no regramento da legalidade.¹¹⁴ A própria Constituição pondera quando um direito fundamental será flexível ou não.

Cabe ao intérprete e ao julgador, além de considerar os valores decorrentes da dignidade da pessoa humana, observar, pela interpretação sistemática, quando determinado valor é flexionado. Clarifica a questão quando a própria Constituição estatui a casa como “asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador” e, no mesmo dispositivo, flexibiliza esse direito fundamental ao dispor “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.¹¹⁵

Pode flexibilizar, ainda, de forma implícita, quando o intérprete deve se socorrer da interpretação sistemática para encontrar o verdadeiro sentido da norma. Por exemplo, a intimidade aflora como direito fundamental,¹¹⁶ por outro lado, quando a Constituição estatui a Polícia Judiciária como órgão responsável pela apuração das infrações penais,¹¹⁷ está flexionando a intimidade da pessoa,

¹¹³ *Ibidem*, p. 381.

¹¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, XI.

¹¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 144: “§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (...)§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

uma vez que, não há investigação criminal sem ingresso na privacidade e na intimidade da pessoa, na medida do necessário.

Desta forma, os direitos humanos fundamentais direcionados ao sistema processual penal, ora como princípios, outrora como regramentos, devem ser interpretados em consonância com o supraprincípio da dignidade da pessoa humana e, diante de eventual colisão, vale dizer, somente entre princípios, são considerados conforme o regramento da legalidade constitucional, para identificar a norma como princípio ou regra, em outras palavras, como flexível ou inflexível.

Os direitos humanos fundamentais descritos abaixo não excluem outros decorrentes da dignidade da pessoa humana na persecução penal, mas, são as balizas do sistema processual penal constitucional.

4.5 Devido processo penal

Os cientistas do direito têm dificuldade em definir o devido processo legal por sua vagueza e amplitude indeterminada.¹¹⁸ André Ramos Tavares propõe a análise dos elementos da expressão. Considera o termo “devido” como tipificado ou previsto acrescido do *plus* justo. O processo diz respeito às formalidades, procedimentos e garantias. O legal tem sentido amplo para abarcar as normas constitucionais e infraconstitucionais. Assim, o autor define a expressão devido processo legal como “garantias previstas juridicamente”.¹¹⁹

Cândido Rangel Dinamarco, sem discordar do aspecto acima, pontua que a expressão tem “significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética

¹¹⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. cit., p.250.

¹¹⁹ André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.647.

destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar autoridade de cada uma.”¹²⁰

Em relação ao processo penal o devido processo legal exige a materialização do procedimento de forma rigorosa a obedecer todas as formalidades normativas, a fim de julgar os conflitos de alta relevância social, de forma justa.¹²¹

Biparte-se o devido processo legal em sentido formal e material ou substancial.¹²² Modernamente, adquire dimensão que supera o sentido meramente formal. Fala-se em “devido processo legal substancial”, voltado à autolimitação do poder estatal limitando a edição de leis que afrontem as bases do Estado Democrático de Direito.¹²³

Cândido Rangel Dinamarco explica que a Constituição Brasileira ao assegurar a liberdade e os bens das pessoas pelo devido processo legal¹²⁴ visa a “pôr esses valores sob a guarda dos juízes, não podendo eles ser atingidos por atos não-jurisdicionais do Estado.”¹²⁵ Tem por fim, também, a autolimitação do Estado para o exercício da jurisdição. O Poder Judiciário deve observar todas as limitações expressas no ordenamento jurídico, “sempre segundo os padrões democráticos da República Brasileira”. Isso significa que não pode desrespeitar a competência jurisdicional de outros juízos e que também não pode violar “as esferas jurídicas dos jurisdicionados além do que a Constituição permite.”¹²⁶

¹²⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p.250.

¹²¹ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

¹²² André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.648.

¹²³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p.250.

¹²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...): LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹²⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. cit. p.250-251.

¹²⁶ Idem, *Ibidem*, p.251. No mesmo sentido, André Ramos Tavares: “já o devido processo legal aplicado no âmbito material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade.” (André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*. cit., p.648).

Em âmbito processual penal convêm designar esse instituto como “devido processo penal”, pois se relaciona aos demais regramentos constitucionais atinentes à persecução penal, expressos no acesso à justiça penal, no estado de inocência do acusado, na igualdade entre os sujeitos parciais, na ampla defesa do investigado, do acusado e do condenado, na licitude dos meios de obtenção das provas, no juiz natural, na motivação das decisões penais, na publicidade dos atos processuais, no duplo grau de jurisdição e na razoável duração do processo penal.¹²⁷

Como o devido processo legal traça esse perfil democrático do processo tem o aspecto de cláusula organizatória, para valer como “autêntica norma de encerramento”, pois a violação de um desses direitos fundamentais haverá violação do amplo e vago devido processo legal, sendo o ato carecedor de legitimidade constitucional.¹²⁸

Resulta disso a exigência de um processo justo e equilibrado, com oportunidades reais¹²⁹, caracterizando o exato conceito do regramento do devido processo penal substancial.

¹²⁷ Nesse sentido Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal, cit.*, p. 207-208; *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p.76. Assim, o autor pontua que “determinam elas, por sua vez, inequívoca e inexoravelmente, que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a esta correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – que de natureza substancial, quer de caráter instrumental – que as complementam; e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e concretização de sanção (pena ou medida de segurança) imposta, como na afirmação do *ius libertatis*. (Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal: cit.*, p. 208).

¹²⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. cit., p.252.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

4.6 Acesso à Justiça penal

Os direitos fundamentais, como expressa Marco Antonio Marques da Silva, “cumprem uma função fundamentadora da intervenção estatal, através de uma integração do direito penal e direito processual penal, determinando o verdadeiro acesso à justiça penal, pelas garantias que proporciona às partes”.¹³⁰

Essas promessas e limitações expressas nos direitos fundamentais, “interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o acesso à justiça.”¹³¹

Marco Antonio Marques da Silva observa que o Brasil, como Estado Democrático de Direito, enseja a “necessária oferta, como decorrência daquela condição, a todo cidadão, pelo Estado, de um serviço judicial que possibilite a composição pacífica dos conflitos ocorridos dentro da sociedade.”¹³²

“Os principais significados de acesso segundo o dicionário da língua portuguesa são: “ato de ingressar”; possibilidade de chegar a”.¹³³ Portanto, acesso à justiça tem o sentido de *possibilidade* e de *ingresso*. O Estado deve *possibilitar o acesso*, garantindo todos os meios necessários, especialmente aos necessitados e *assegurar o ingresso*, sem limitações sobre os bens ou direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atende essa expectativa ao consagrar o acesso ao Poder Judiciário e a prestação de assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados, no artigo 5º, XXXV e LXXIV, respectivamente, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

¹³⁰ Marco Antonio Marques da Silva, *Igualdade na persecução criminal*, cit., p. 490.

¹³¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, cit., p.253.

¹³² Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 81.

¹³³ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

O direito de acesso à justiça penal se biparte em relação à acessibilidade econômica e técnica. A primeira diz respeito à isenção de todas as despesas indispensáveis ao efetivo exercício do direito da pessoa necessitada.¹³⁴ A acessibilidade técnica se refere à prestação jurídica tanto na fase extrajudicial como na judicial, por pessoa com conhecimentos técnicos idênticos ao da parte contrária¹³⁵, pouco importa se é acusada ou ofendida.

As Defensorias Públicas exercem o relevante papel de possibilitar aos necessitados o desejado acesso à justiça penal.¹³⁶ Trata-se de “instituição tipicamente social”, voltada à prestação de orientação jurídica prévia e necessária para a defesa das pessoas necessitadas em toda a persecução penal e até na fase de execução.¹³⁷

Embora na fase extrajudicial a inquisitividade tenha maior intensidade expressa nos poderes discricionários da autoridade policial, Marco Antonio Marques da Silva observa com fundamento no Artigo 5º, LXIII,¹³⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil, que “nada obsta que o indiciado seja informado de seu direito de defesa, através de um advogado e este participe da

¹³⁴ Esse direito vem expresso na lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

¹³⁵ Rogério Lauria Tucci, Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-85.

¹³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹³⁷ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84.

¹³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

formação da culpa, inclusive apresentando documentos ou testemunhos que inocentem o indiciado.”¹³⁹

Esse é o sentido de uma verdadeira persecução penal num Estado Democrático de Direito. Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹⁴⁰ e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹⁴¹ já empregavam essa interpretação ao artigo 14 do Código de Processo Penal,¹⁴² que permite o requerimento de diligências pelo indiciado.

Mais recentemente, a Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, alterou a redação do artigo 306 do Código de Processo Penal para determinar a remessa pela autoridade que lavrar o auto de prisão em flagrante de cópia integral à Defensoria Pública quando o autuado não informar o nome de seu advogado.

A cultura jurídica brasileira vem evoluindo para conferir ao *investigado* a situação jurídica subjetiva de *sujeito de direitos* e não mais como objeto da investigação.¹⁴³ Isso deu ensejo a ajustes legislativos como o explicitado acima e uma nova interpretação das normas processuais penais infraconstitucionais para admitir a existência do direito de defesa, mas não do contraditório, durante a investigação criminal. O exercício do contraditório, por seu formalismo excessivo inviabilizaria os fins da fase preliminar da persecução penal.

Na fase judicial, o Código de Processo Penal põe como obrigação do juiz a nomeação de defensor quando o acusado não o tiver.¹⁴⁴ Caso se trate de pessoa

¹³⁹ Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. cit., p. 132.

¹⁴⁰ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

¹⁴¹ Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Inquérito policial: Exercício do direito de defesa. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 7, n.83, abr. 1999.

¹⁴² Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

¹⁴³ Vide Adilson José Vieira Pinto, *Polícia e direito*. In: Revista do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais. Campinas: Millennium, Ano 3, n. 4, set. 2001; Marta Saad, *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Aury Lopes Júnior, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁴⁴ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.”

ofendida, necessitada, nas hipóteses de ação penal privada, o juiz deve nomear advogado para propor a ação penal.¹⁴⁵

O direito de acesso à justiça penal impõe uma abordagem da complexidade da questão, como explica Marco Antonio Marques da Silva:

(...) de nada adiantaria um Poder Judiciário materialmente moderno, se os institutos processuais não forem adequados as demandas que a atual sociedade põe a apreciação dos juízes. De idêntico modo, de nada adianta modernizar os institutos processuais e atualizar as normas de Direito Material, se os juízes não se aperfeiçoarem e se conscientizarem de que o aperfeiçoamento constante de uma sensibilidade social são imprescindíveis para a realização da justiça.¹⁴⁶

Cabe ao Estado Democrático atingir os fins sociais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil, com isso, “o direito ao acesso à Justiça é então o direito ao acesso a uma Justiça adequada e organizada para nossa realidade social.”¹⁴⁷

4.7 Estado de inocência do acusado

O *indubio pro reo* já era adotado no direito romano, principalmente depois do cristianismo. A presunção de inocência se insere como postulado fundamental a partir da revolução de liberal do século XVIII. A Assembléia Nacional Francesa conferia duplo significado à regra, para considerar que o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo e como vedação de medidas restritivas da

¹⁴⁵ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 32. Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal”.

¹⁴⁶ Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. cit., p. 84.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

liberdade de locomoção do acusado antes do julgamento final, exceto quando for absolutamente necessário.¹⁴⁸

Mas dentro da origem da presunção de inocência, o apelo da revolução teve relevante valor emblemático na postulação da abolição do procedimento inquisitório, secreto e pela observância da legalidade das punições.¹⁴⁹

A presunção de inocência tem um duplo sentido. Relaciona-se a prova e ao *status* do acusado. A posição de acusado no processo penal não admite uma situação de desvantagem. Deve-se dar maior ênfase à regra da defesa.¹⁵⁰

Trata-se de uma regra informadora de todo processo penal, pautada na dignidade da pessoa humana para delinear todas as atividades o Estado durante a persecução penal.¹⁵¹

Claus Roxin, ao tratar do *indubio pro reo* afirma que não se aplica essa regra para apreciação das provas, mas só depois da valoração judicial, a fim de considerar toda dúvida como um pressuposto que deve impedir a declaração de culpabilidade, presumindo que o acusado é inocente.¹⁵²

Antonio Magalhães Gomes Filho ressalta que esse direito fundamental além de ser aplicado num momento da decisão judicial, como expressão do *indubio pro reo*,

impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo 'justo'.¹⁵³

¹⁴⁸ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.9.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 11.

¹⁵⁰ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972. p. 268.

¹⁵¹ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. cit. p. 37.

¹⁵² Claus Roxin, *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba et al. Buenos Aires: del Puerto, 2000, p. 111.

¹⁵³ Antônio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. cit., p.37.

Jorge de Figueiredo Dias salienta que os ataques ao estado de inocência são incoerentes e que essa regra “pertence sem dúvida aos princípios fundamentais do processo penal em qualquer Estado de direito”.¹⁵⁴

Como corolário do estado de inocência está o ônus da prova no processo penal, como atribuição da acusação. Por isso, “em matéria penal, é incogitável a adoção de institutos como a inversão do ônus da prova ou outros que forcejem pela presunção de culpa e não o contrário.”¹⁵⁵

A máxima do direito de dar a cada um o que é seu, ou em outras palavras, tutelando jurisdicionalmente “a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha”¹⁵⁶, não tem aplicação na jurisdição penal.

O princípio do estado de inocência obriga o Estado, especialmente o Poder Judiciário a tutelar tanto o investigado como o acusado em toda a persecução penal. Mesmo que as provas produzidas indiquem que o indivíduo não tem razão, ou seja, que praticou a infração penal. Perde a condição de inocente somente com a decisão penal condenatória que impõe uma sanção que não caiba mais recurso pela preclusão da faculdade conferida às partes.

Porém, o estado de inocência se caracteriza como princípio, pois são possíveis medidas restritivas da liberdade jurídica do investigado ou acusado antes da sentença penal condenatória final, como o indiciamento, a busca, a prisão preventiva, etc. A graduação da acusação e indiciamento, denunciado acusado formalmente enseja a vinculação cada vez maior deste procedimento, ou seja, a graduação do estado de inocência que tem seu término na decisão penal que não caiba mais recurso.

¹⁵⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, 214.

¹⁵⁵ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

¹⁵⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p.253.

4.8 Igualdade entre os sujeitos parciais

Igualdade expressa uma relação entre dois termos, na qual um pode substituir o outro, sem alteração do contexto.¹⁵⁷ Nota-se esta definição no devido processo legal, quando alguém é acusado por determinada infração penal e, simultaneamente, uma outra pessoa é acusada pela mesma espécie de infração. Realiza-se a substituição mental entre os sujeitos acusados nos respectivos processos, se não houver alteração do procedimento penal, há igualdade decorrente do devido processo legal, pois aquele foi preestabelecido.

Isso significa que todos são iguais perante a lei. O ordenamento jurídico brasileiro a consagra ao enunciá-la como *direito e bem* fundamental ao lado dos principais bens da sociedade (vida, liberdade, segurança e propriedade).¹⁵⁸

Cândido Rangel Dinamarco, em estudo sobre o processo civil moderno, destaca a regência das bases democráticas sobre esse ramo do Direito, entre elas a igualdade das partes. Dão efetividade a esta o legislador e o juiz, que não devem criar desigualdades, tampouco, neutralizar as existentes. Considera o autor o contraditório como verdadeira expressão da paridade de armas quando for equilibrado.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, cit., p. 534. O dicionário da língua portuguesa define *igualdade* como “1 fato de não apresentar diferença quantitativa <i. de salário> 1.1 MAT relação existente entre duas grandezas iguais; fórmula que exprime esta relação 2 fato de não se apresentar diferença de qualidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrar-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas, aparências, intensidades; uniformidade; paridade; estabilidade <i. de oportunidades> <i. de pulso> 3 princípio segundo o qual todos os homens são submetidos à lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações 4 estado de uma superfície plana <i. de um terreno>” (Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit.).

¹⁵⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

¹⁵⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. I, p. 213-215. Antonio Scarance Fernandes ressalta que “há preocupação de superar uma visão meramente formal de igualdade, a fim de atingir uma noção de igualdades real, que leve em conta as desigualdades individuais” (Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49).

Essas considerações servem para o processo penal,¹⁶⁰ estruturalmente de partes, onde atuam os sujeitos parciais: Ministério ou querelante e acusado ou querelado. O equilíbrio deve permear a atuação desses sujeitos.

Contudo, para o sucesso da função punitiva do Estado a mera atuação contraditória não é suficiente. Exige-se a paridade entre o órgão de acusação e o acusado como “um princípio fundamental do processo penal”,¹⁶¹ com os olhos voltados à preservação da isonomia.

Em âmbito penal, isto enseja o reconhecimento da regra da paridade em toda a persecução penal e no eventual tratamento desigual conferido ao acusado pela lei, para preservá-lo nos momentos em que a supremacia do poder estatal pode reduzir ou impedir o exercício efetivo da contraditoriedade ou, ainda, prejudicar um inocente, como a regra do *in dubio pro reo* no momento da decisão, conforme explicitada acima, e a possibilidade de revisão criminal a qualquer tempo.

O exercício da jurisdição penal garante uma decisão pautada nos ideais de justiça igualitária, pois a igualdade geral (de todos) transmite-se ao Poder Judiciário.¹⁶²

O processo penal democrático exige a articulação da acusação por um órgão estatal diverso do Poder Judiciário, a fim de preservar a imparcialidade deste no julgamento e daquele na busca de “elementos para a descoberta da verdade judicial”.¹⁶³

¹⁶⁰ Antonio Scarance Fernandes destaca que a igualdade processual se manifesta em dois sentidos: “1º) exigência de mesmo tratamento aos que se encontram na mesma posição jurídica no processo, como, por exemplo, o mesmo tratamento a todos os que ostentem a posição de testemunha, só se admitindo desigualdades por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis; 2º) a igualdades de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, na exigência de que se assegure às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público e acusado” (Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 49).

¹⁶¹ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 47. Tradução livre do autor. Original: “Questo è un principio fondamentale del processo penale”.

¹⁶² Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 118.

¹⁶³ Marco Antonio Marques da Silva, *Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais*, cit., p. 470.

Essa imparcialidade não veda a participação do Ministério Público no acompanhamento da investigação.¹⁶⁴ “No entanto, o órgão de acusação deve atuar sem comprometer a sua imparcialidade, respeitando os limites impostos constitucionalmente”.¹⁶⁵

Nos Estados modernos, os pilares democráticos não admitem investigações criminais parciais. Impõe-se a imparcialidade da Polícia Judiciária na busca da verdade que mais se aproxima do fato delituoso, para amparar com justa causa uma acusação criminal e preservar a sociedade contra possíveis acusações infundadas ou perseguições.

O sistema processual penal brasileiro não permite a oposição de suspeição de autoridade policial.¹⁶⁶ Isso não significa que a imparcialidade é prescindível na fase extrajudicial, pois o dispositivo determina a declaração da autoridade como suspeita “quando ocorrer motivo legal”. O dispositivo evita a burocratização e a adoção de procedimentos próprios da fase judicial, que prejudicariam a celeridade processual e a razoável duração da persecução penal. Os motivos legais são os mesmos direcionados ao juiz penal e ao promotor de justiça ou procurador da República.¹⁶⁷

Caso exista motivo e a autoridade policial não se declara como suspeita, cabe ao investigado ou ao ofendido, bem como, ao Ministério Público, exercer o

¹⁶⁴ Esse é o teor da Súmula n. 234 do Superior Tribunal de Justiça: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

¹⁶⁵ Marco Antonio Marques da Silva, Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais, cit., p. 470. Assim, conclui o autor que “a ineficácia de alguns meios investigatórios tradicionais determinou que muitas regras fossem adequadas à investigação moderna, tais como a escuta telefônica, os agentes infiltrados. Esses métodos revolucionam a investigação criminal, embora, algumas vezes, entrem em conflito com os direitos fundamentais, restando à questão de adequá-los às garantias constitucionais, inclusive a imparcialidade e isenção na colheita de elementos investigativos e de prova” (Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais, cit., p. 491).

¹⁶⁶ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.”

¹⁶⁷ Artigo 252 a 256 do Código de Processo Penal brasileiro.

direito constitucional de petição¹⁶⁸ perante o superior hierárquico da autoridade suspeita com fundamento, por analogia, no § 2º, do artigo 5º do Código de Processo Penal brasileiro ou, caso tenha em mãos as provas pré-constituídas, impetrar mandado de segurança¹⁶⁹ para proteger direito líquido e certo consubstanciado na imprescindibilidade da imparcialidade na persecução penal.

Deve-se, no processo penal, superar o sentido formal da igualdade, pois trata de questões relacionadas ao acesso à justiça penal. Objetiva-se a prevalência da igualdade no momento da sentença penal, ou seja, a igualdade se vincula à imparcialidade do juiz penal. Mas, para isso, pressupõe um devido procedimento penal equilibrado, justo e vinculado à liberdade.¹⁷⁰

O tratamento diferenciado conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro à defesa se justifica porque a acusação, geralmente, é exercida pelo órgão estatal denominado Ministério Público. “Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado”.¹⁷¹

Vale lembrar, o permanente risco de restrição da liberdade de locomoção do acusado no processo penal, no qual exige das normas processuais penais um sentido material para tutelar aquele que ostenta o estado de inocência. Por isso, o ordenamento jurídico contém regras como da ampla defesa,¹⁷² da revisão criminal,¹⁷³ da existência de recursos exclusivos da defesa (embargos infringentes

¹⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁶⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

¹⁷⁰ Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 17, 19 e 20.

¹⁷¹ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 53.

¹⁷² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁷³ Código de Processo Penal brasileiro: Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da

e de nulidade)¹⁷⁴ e a garantia constitucional do *habeas corpus* para sanar qualquer violação ou ameaça ao direito de liberdade¹⁷⁵ ou ainda, como meio de impugnação de “decisões interlocutórias que não comportam apelação ou recurso em sentido estrito, ficando o Ministério Público, às vezes, sem meios para impugnar decisões semelhantes, só lhe sendo viável a correção parcial ou a reclamação”.¹⁷⁶

Celso Antonio Bandeira de Mello destaca as hipóteses de ofensa ao princípio constitucional da isonomia.¹⁷⁷ Nos exatos limites delineados pelo autor, adaptando-os ao processo penal, verifica-se que a norma para conferir tratamento desigual ao acusado deve abranger fatos futuros e pessoas indeterminadas, mas determináveis; o critério discriminador deve residir nos fatos, situações ou pessoas não equiparadas; o fator de discriminação deve manter correlação lógica com a disparidade em abstrato e conduzir a resultados em consonância com os interesses prestigiados e; a interpretação normativa deve extrair somente distinções assumidas de modo claro pelo sistema jurídico.¹⁷⁸

pena. Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas. Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

¹⁷⁴ Código de Processo Penal brasileiro, artigo 609: “Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência” (Incluído pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952).

¹⁷⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

¹⁷⁶ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 53.

¹⁷⁷ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 47-48.

4.9 Ampla defesa

A defesa significa “ato ou efeito de defender”, “meio ou método de proteção”, “resistência”, “argumento de reforço ou justificativa; alegação, justificação”, “o que se apresenta como resposta ou alegação; desmentido”, entre outros.¹⁷⁹

A ampla¹⁸⁰ defesa significa aquela com extensas dimensões, abrangente para assegurar o irrestrito uso de argumentos e de meios disponíveis por qualquer pessoa acusada.¹⁸¹ Essa é a norma expressa no dispositivo¹⁸² da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Considera-se o acusado como “parte hipossuficiente por natureza”,¹⁸³ pois o Estado tem uma ampla estrutura na persecução penal, através de órgãos especializados, como a Polícia Judiciária e o Ministério Público, desproporcional em relação àquele.

A ampla defesa biparte-se em autodefesa e defesa técnica. A primeira esbarra na dignidade da pessoa humana, uma vez que não pode ser imposta ao acusado, “é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não

¹⁷⁹ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit.

¹⁸⁰ *Ampla* significa: “1 que tem grandes dimensões; vasto, espaçoso <casa a.> 2 muito extenso; abundante, copioso <tinha a. material para o livro> 3 que é rico, farto <peessoa de a. recursos> 4 que apresenta considerável largura; folgado <paletó a.> 5 de grande alcance; abrangente <pesquisa a.> 6 que tem significado abrangente; lato <o sentido a. de um vocábulo> 7 que é aberto, franco, generoso <sorriso a.> 8 que não tem limites; sem restrições <a. poderes> 9 que possui grande envergadura; vasto, desenvolvido <empreendimento a.>” (Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit.).

¹⁸¹ Trata-se nas palavras de Rogério Lauria Tucci da “*garantia da ampla defesa*, com todos os meios e recursos inerentes, também, uma das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, e especificada no processo penal em favor dos ‘acusados em geral’, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 147).

¹⁸² Artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁸³ Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

significa sua dispensabilidade pelo juiz”.¹⁸⁴ A segunda, na esfera penal, é indisponível, trata-se de “garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz”.¹⁸⁵

Como direito fundamental assegurado constitucionalmente, a falta de defesa implica na sanção de nulidade absoluta. Agora, há entendimento pacífico que a mera deficiência gera uma nulidade relativa, ou seja, o prejuízo deve ser demonstrado, o que demonstra o seu caráter princípio lógico.¹⁸⁶

Modernamente o direito a ampla defesa abrange três procedimentos: direito de conhecer a acusação e as provas; direito de audiência bilateral e; direito de obter ou produzir provas legítimas e lícitas.¹⁸⁷

Sobre a plenitude de defesa no Tribunal do Júri,¹⁸⁸ Hermínio Alberto Marques Porto a equipara à ampla defesa, como “pressuposto de fonte constitucional para a sentença.”¹⁸⁹

Guilherme de Souza Nucci discorda ao enunciar que perante o Tribunal do Júri “busca-se garantir ao réu não somente uma defesa *ampla*, mas plena, completa, o mais próximo possível do perfeito”, pois a lei não tem palavras inúteis e as decisões são proferidas conforme a íntima convicção dos jurados, o que

¹⁸⁴ Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 77.

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁶ É o exato teor da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Como explicam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência” (*As nulidades no processo penal*, cit., p. 78).

¹⁸⁷ Neste sentido, Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 148-149.

¹⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º: “XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

¹⁸⁹ Hermínio Alberto Marques Porto, *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 349.

justifica a nomeação de novo defensor ao réu considerado indefeso e impõe ao juiz o dever de dissolver o conselho de sentença para redesignar a sessão.¹⁹⁰

Tanto no juízo comum, como no Tribunal do Júri, a norma constitucional confere o sentido de defesa perfeita, completa. Mas, a fim de assegurar essa defesa diante dos juízes leigos o ordenamento jurídico traça um tratamento diferenciado ao acusado em plenário,¹⁹¹ como meio de conferir tratamento desigual aos desiguais, uma vez que o acusado pelo crime de competência do juízo singular não pode ser substituído pelo acusado por crime de competência do Tribunal do Júri, sem modificação do procedimento, conforme explicitado na igualdade processual.

4.10 Licitude dos meios de obtenção das provas

Cabe ao Estado na obtenção da prova penal atuar dentro dos limites legais. Norteiam a atividade estatal na persecução penal às normas da moralidade pública e da imparcialidade público. Violar essas regras sob o pretexto de tornar a busca da verdade efetiva e realizar a justiça penal não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, voltado à tutela dos direitos humanos fundamentais.

¹⁹⁰ Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo penal e execução penal*, cit., p. 79.

¹⁹¹ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008); Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; (...) (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

No âmbito do Direito Público, no qual se situa do Direito Processual Penal, o Direito Penal e o Direito Administrativo, não há espaço para o Estado fazer além do permitido por lei,¹⁹² conforme o regramento constitucional da legalidade.¹⁹³

O direito de provar não é absoluto, deve obedecer aos limites preestabelecidos num regime democrático.¹⁹⁴ Imperioso observar a dignidade da pessoa humana na colheita da prova e a exigência de uma atuação moral e legal na persecução penal.

Com isso, os ordenamentos jurídicos modernos consagram a norma da licitude das provas, como fez o brasileiro ao dispor na Constituição da República Federativa o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A demonstra “que uma afirmação ou um fato são verdadeiros”. Expressa ainda, em forma de ato de vontade de “uma demonstração cabal de” sentimento. Pode ser considerada como um sinal.¹⁹⁵

No sentido jurídico, a prova tem significa um “fato, circunstância, indício, testemunho etc., que demonstram a culpa ou a inocência de um acusado.”¹⁹⁶ Isto ocorre em juízo, sob o crivo do contraditório, conforme as considerações abaixo.

¹⁹² Márcio Pestana ressalta que “na esfera do Direito Público, especificamente no caso do Direito Administrativo, a orientação prevalecente é a de que a Administração Pública somente poderá fazer o que a lei expressamente a autorizar que o faça; tudo o mais está proibido. No âmbito privado, ao contrário, tudo será permitido, exceção feita àquilo que estiver expressamente proibido” (Márcio Pestana, *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 168).

¹⁹³ Como uma norma não tem sentido isoladamente, utiliza-se a interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigos: “5º: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”; “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) ; “Art. 84, (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

¹⁹⁴ César Dario Mariano da Silva, *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

¹⁹⁵ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

A vedação das provas ilícitas tem por fim tutelar os direitos humanos fundamentais, não deve ceder nem mesmo diante do interesse estatal de obtenção da prova.¹⁹⁷ Como explica Antonio Scarance Fernandes o processo visa a realizar a justiça, mas “não a afirmação do direito material, o primeiro aspecto a ser realçado é o de que a efetividade não condiz com a busca da verdade a qualquer custo, ainda que com ofensa a direitos fundamentais do indivíduo.”¹⁹⁸

A Lei 11.690, de 09 de junho de 2008 procurou sistematizar a disciplina constitucional das provas ilícitas ao alterar o Código de Processo Penal brasileiro.¹⁹⁹

Insurge-se contra a sistematização normativa infraconstitucional Antonio Magalhães Gomes Filho, ao observar que um tema controverso e sujeito a variadas interpretações, não deve ser tratado legalmente, até pelos equívocos e imprecisões legislativas.²⁰⁰

Acrescenta o autor que os tribunais brasileiros aplicavam a proibição das provas obtidas por meio ilícito, sem qualquer regulamentação legislativa. As

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁷ Oswaldo Trigueiro do Valle Filho ressalta que “precisar o momento em que eclodiu a proibição de prova nos traz um pouco a idéia de fragilidade, quando o certo seria vivenciar a expectativa de que este tema jurídico apontou mais em função da evolução dos conceitos de *Estado, Direito, Democracia, Justiça*, do que efetivamente uma descoberta de luz.” (Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A licitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32).

¹⁹⁸ Antonio Scarance Fernandes, *Efetividade, processo penal e dignidade humana*, cit., p. 580.

¹⁹⁹ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

²⁰⁰ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Provas*. In: *As reformas no processo penal*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265-266.

disposições eram perfeitamente dispensáveis, além das possíveis confusões do texto ou inconstitucionalidades.²⁰¹

A nova redação artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, *prima facie*, pode parecer que tornou inócua a divisão entre provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que traça o conceito legal de provas ilícitas, “assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais”.

Contudo, Antonio Magalhães Gomes Filho, chama a atenção para o fato de que a legislação não esclareceu o sentido constitucional, o que pode levar a equívocos, como o entendimento de que a violação de regras processuais implica a ilicitude da prova e, conseqüentemente, no seu desentranhamento do processo.²⁰²

O autor, pautado na clássica divisão de Nuvolone entre *provas ilícitas*, entendidas como aquelas *obtidas com a violação do direito material*, e *ilegítimas*, consideradas como aquelas *produzidas com violação do direito processual*.²⁰³

As provas ilícitas são, conforme observa Luiz Francisco Torquato Avolio, aquelas “obtidas com infração a normas ou princípios de direito material”.²⁰⁴

Assentada que as provas ilícitas são inadmissíveis e as ilegítimas são nulas, importa verificar as conseqüências de cada espécie de prova vedada.²⁰⁵

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 147.

²⁰⁵ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho explicam que “a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais. No campo das proibições da prova, a Tónica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação; a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica de à finalidade do processo tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.”,(Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 130-131).

A obtenção da prova com violação das normas ou princípios de direito material “repercute no plano processual, tornando a prova inutilizável”.²⁰⁶

Assim, as provas ilícitas devem ser banidas do processo, pouco importa a relevância dos fatos penais, por violação das normas constitucionais.²⁰⁷ Impõem o desentranhamento dos autos do processo ou do procedimento investigatório, como se não existissem. As provas ilegítimas podem ser renovadas,²⁰⁸ nos termos do artigo 573 do Código de Processo Penal brasileiro.²⁰⁹

Em 1920²¹⁰ a Suprema Corte Norte-Americana formulou a “doutrina do fruto da árvore venenosa”²¹¹ para considerar toda prova decorrente da obtida por meios ilícitos, igualmente, ilícita.²¹²

Atendendo aos fins do Estado Democrático de Direito e a evidente causalidade entre a prova obtida ilicitamente e a prova secundária, observa Antonio Magalhães Gomes Filho que as restrições à admissibilidade de nada valeriam “se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz”.²¹³

Neste esteio, a Lei 11.690/2008 alterou o Código de Processo Penal brasileiro para considerar “também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.²¹⁴

²⁰⁶ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, cit., p. 147. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, cit., p. 131.

²⁰⁷ Ada Pellegrini Grinover; Antonio Scarance Fernandes; Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, cit., p. 133.

²⁰⁸ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Provas*, cit., p. 266.

²⁰⁹ Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

²¹⁰ Julgamento do Caso *Silverthone Lumber Co. versus Estados Unidos da América*.

²¹¹ Tradução livre do autor. Original: *fruit of the poisonous tree doctrine*.

²¹² Antonio Magalhães Gomes Filho, *Prova*, cit., p. 266.

²¹³ *Idem*, *ibidem*, p. 267.

²¹⁴ Código de Processo Penal brasileiro, artigo 157: “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

A inovação legislativa foi além, trouxe, no mesmo dispositivo, (§ 1º do art. 157) duas exceções à regra da inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita: quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras e; quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Sobre a primeira, não faz sentido algum, pois se não há nexo de causalidade entre as provas, obviamente, não há derivação.²¹⁵

A segunda novidade demanda algumas considerações a respeito, principalmente porque há uma confusão sobre os mecanismos internacionais sobre a relativização das provas ilícitas.

A fonte independente foi consagrada nos Estados Unidos da América em 1960, quando houve uma prisão ilegal, oportunidade que o Estado colheu as impressões digitais do preso e descobriu outros crimes. Diante da evidente prova derivada da ilícita, buscaram-se em arquivos antigos da polícia (FBI) outras impressões digitais, ou seja, utilizou-se de outros meios para obter o mesmo resultado, caracterizando-o como *fonte independente (independent source)*.²¹⁶

A questão da prova que seria descoberta inevitavelmente por investigação criminal foi desenvolvida num caso concreto de homicídio de uma criança e de ocultação de cadáver,²¹⁷ em 1984, onde o acusado confessou os crimes por meio ilegal e indicou a localização do corpo. Como já existia uma busca na área indicada, realizada por aproximadamente duzentas pessoas, a descoberta foi válida, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade (*inevitable discovery*).²¹⁸

A Legislação brasileira afastou-se da noção original de fonte independente como descoberta e da utilização desta prova, ou seja, duas fontes, uma ilícita e

²¹⁵ Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que o conceito de prova deriva pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se não há vínculo, “não se trata de prova derivada” - dispositivo desnecessário (Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 266, p. 268).

²¹⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 267.

²¹⁷ Caso Nix versus Williams II.

²¹⁸ Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 268.

outra lícita, que subsiste “como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal”.²¹⁹

O § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro, na parte final, confere uma abertura indevida para afastar a contaminação da prova derivada com a mera possibilidade de obtê-la licitamente.²²⁰

O estabelecimento do conceito normativo de fonte independente²²¹ não se coaduna com a noção original e “coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.”²²²

Diante da confusão legislativa entre fonte independente e descoberta inevitável, pois somente as circunstâncias de cada caso concreto permitem a consideração da prova derivada como inevitavelmente obtida, “mesmo se suprimida a fonte ilícita”, o que demonstra a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal por esvaziar o sentido da norma prevista no artigo 5º, LVI da Constituição da República Federativa do Brasil, que visa a tutelar os direitos humanos fundamentais.²²³

A terceira inovação legislativa se relaciona ao incidente de inutilização da prova declarada inadmissível, após a preclusão da decisão e por determinação judicial.²²⁴

²¹⁹ Idem, ibidem, p. 269.

²²⁰ Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 269.

²²¹ Código de Processo Penal brasileiro, artigo 157: “§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

²²² Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 269. O autor cita como exemplo uma confissão obtida mediante tortura, onde o suspeito indica o local de uma prova documental; a busca é realizada por ordem judicial e o documento apreendido; trata-se de uma violação de direitos fundamentais que não admite a prova derivada; pela redação do dispositivo em comento, não seria preciso nem, se quer, a obtenção legal da prova derivada, bastaria “uma mera possibilidade disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5º, LVI.” (Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 269).

²²³ Antonio Magalhães Gomes Filho, Prova, cit., p. 269-270.

²²⁴ Código de Processo Penal brasileiro, artigo 157: “§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

Antonio Magalhães Gomes Filho adverte sobre os riscos dessa inutilização da prova: pode ser utilizada validamente em outro momento, como por exemplo, quando for necessária para provar a prática da infração penal pelos autores da violação; mesmo sendo ilícita, pode ser emprestada a outro processo em favor do réu; por fim, pode ser necessária para embasar futura ação de revisão criminal. Por isso, sugere a adequação do Código de Processo Penal para substituir a referida inutilização pelo arquivamento sigiloso em cartório.²²⁵

As vedações de determinadas provas não impedem a efetividade da persecução penal, mas preservam “o patrimônio de um processo penal perfilhado nas idéias de liberdade, que deverão sempre, como graus de valores máximos, ser o esteio de regras entre o Estado e indivíduo que se querem equilibrados.”²²⁶

4.11 Juiz natural

O sistema constitucional brasileiro contém diversos dispositivos voltados à imparcialidade do juiz.²²⁷

²²⁵ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Prova*, cit., p. 270-271.

²²⁶ Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A licitude da prova*, cit., p. 82.

²²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enuncia dois dispositivos que formam o regramento do juiz natural, são os incisos XXXVII e LIII, respectivamente: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Estes dispositivos expressam “três regras de proteção”: o exercício da jurisdição é exclusivo dos órgãos instituídos constitucionalmente para tal fim; ninguém será julgado por órgão constituído após o fato e; “entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.²²⁸

A imparcialidade não implica em neutralidade. O juiz está vinculado à lei, mas tem liberdade para interpretar os dispositivos legais e os casos concretos a serem julgados, conforme os valores éticos e contemporâneos da sociedade.²²⁹

Como garantia de uma decisão justa, foi acrescentada a regra da *identidade física do juiz penal* no sistema processual penal brasileiro, expressa em dispositivo do Código de Processo Penal nos seguintes termos: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.²³⁰

última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”; “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”; “Art. 96. Compete privativamente: (...), III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

²²⁸ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 132-133.

²²⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 206.

²³⁰ Artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal brasileiro.

Essa inovação se coaduna com os fins do processo penal de alcançar uma decisão justa, pacificar a sociedade e tutelar o acusado e o ofendido.

As palavras, as expressões, os gestos reduzidos a escrito sequer se aproximam da realidade. Muitas vezes, os registros escritos expressam os fatos de forma equivocada para quem não assistiu à audiência. Inovação salutar, pois o julgamento de pessoas exige o contato humano, a interação, em prol da desejada justiça penal.

4.12 Motivação das decisões

O livre convencimento do juiz expressa um significado histórico e outro atual. Historicamente expressa o repúdio ao regime das provas legais,²³¹ onde cada prova tinha o seu valor e o juiz estava vinculado a eles.

Decorre da imparcialidade dos Estados Constitucionais a exigência da motivação das decisões judiciais.

Sobre o ponto de vista político, a regra da motivação dos atos do Estado tem especial relevância quando diz respeito às decisões judiciais. Isso porque os juízes não são eleitos pelo povo como acontece com os parlamentares e com os chefes do Poder Executivo. Constatamos que os juízes não têm vinculação com a maioria democrática. Com isso, a legitimação de seus membros deriva do modo de exercer a jurisdição, com respeito às garantias judiciais.²³²

²³¹ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*, cit., p. 200 e 201.

²³² Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

A motivação expressa uma prestação de contas no exercício do poder jurisdicional, que transcende o processo para adquirir conotação política, “caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle”.²³³

Trata-se de um direito fundamental do indivíduo, pois o livre convencimento do juiz não pode se transformar em arbítrio.²³⁴ Significa uma garantia de tutela judicial efetiva, que cria um processo de controle das decisões, até mesmo para possibilitar a impugnação pelo inconformado.²³⁵

Além das partes processuais, dos advogados e dos tribunais que podem analisar os recursos, são destinatários da motivação as pessoas que integram determinada Nação.²³⁶

Essa finalidade política da motivação consta no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, *in verbis*:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Além dos objetivos políticos, Antonio Magalhães Gomes Filho ressalta a motivação como garantia processual. Nesse aspecto, permite a adequada interpretação da decisão judicial, sobre o seu conteúdo e até sobre os limites da coisa julgada.²³⁷

A exigência de motivação se refere a todas as decisões judiciais, pouco importa se interlocutória ou definitiva. Por isso, em âmbito penal, o recebimento

²³³ Idem, *ibidem*, p. 80.

²³⁴ Giovanni Leone, *Elementi di diritto e procedura penale*. cit., p. 201.

²³⁵ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, cit., p.559.

²³⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 80.

²³⁷ Idem, *ibidem*, p.95.

da denúncia²³⁸ deve ser devidamente fundamentado, assim como o indeferimento do pedido de liminar em *habeas corpus* ou mandado de segurança.²³⁹

Explica Vincenzo Manzini que a consciência privada do juiz não pode substituir a prova, nem formar a sua motivação.²⁴⁰ Reforça essa afirmação o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias, ao repudiar a “convicção puramente subjetiva, emocional e, portanto imotivável.”²⁴¹

Jorge de Figueiredo Dias observa que a livre apreciação da prova e o livre convencimento do juiz “não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto *arbitraria* – da prova produzida”. Existem limites intransponíveis. Essa liberdade se traduz em um dever de buscar a verdade, na análise concreta e por meio de critérios objetivos. Por isso, as decisões judiciais devem ser sempre motivadas.²⁴²

Francesco Carnelutti observa que a motivação converte a parte dispositiva da decisão em “conteúdo máximo do discurso decisório”.²⁴³

Na persecução penal, a motivação também é extremamente importante para assegurar a legitimidade da decisão que decreta a prisão preventiva e a prisão temporária. Observa Gilmar Ferreira Mendes que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro entende que a fundamentação da prisão preventiva “não precisa ser exaustiva, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos concretos e ensejadores da custódia preventiva.”²⁴⁴

²³⁸ Sobre o recebimento da denúncia, Gilmar Ferreira Mendes adverte que “o argumento de que não se cuida de decisão judicial, mas de simples despacho ou decisão interlocutória não deve ser ingenuamente aceito”. (Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p.561.)

²³⁹ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p.517.

²⁴⁰ Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931. v. I, p. 188.

²⁴¹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*. Reimp. cit., p. 203-204.

²⁴² Idem, *Ibidem*, p. 202-203 e 205.

²⁴³ Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960, p. 253. Tradução livre do autor. Original: “La disposizione costituisce il *contenuto minimo del discorso decisorio*; la motivazione converte il contenuto minimo in contenuto massimo”.

²⁴⁴ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p.561.

A motivação tem valor psicológico especialmente para o vencido, que pode se convencer com os argumentos postos pelo juiz e, conseqüentemente, deixa de recorrer e de procrastinar a solução definitiva. No aspecto processual mais estrito, a mais evidente função instrumental da motivação é de assegurar uma efetiva apreciação de todas as questões de fato e de direito pelo Poder Judiciário.²⁴⁵

4.13 Publicidade dos atos processuais

A publicidade exerce relevante papel político, expressa o ideal de democracia e a transparência dos assuntos públicos. Tem extrema importância na atividade jurisdicional, onde permite o controle das partes e do “público em geral sob o modo pelo qual é administrada a justiça”.²⁴⁶

A publicidade confere proteção judicial efetiva aos regramentos do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois permite o controle tanto das partes como do público em geral.²⁴⁷

A publicidade é estatuída no sistema jurídico brasileiro por meio do artigo 5º, LX, e artigo 93, IX, que dispõem, respectivamente, o seguinte:

a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

Essa garantia foi inserida na Constituição da República Federativa do Brasil para superar as situações em que o julgamento era sigiloso, como

²⁴⁵ Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 95-97.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 48-49.

²⁴⁷ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p.547.

aconteciam nos militares. Assim, assegura a transparência do exercício da jurisdição.²⁴⁸

Jorge de Figueiredo Dias visualiza a publicidade, ao lado da oralidade e imediação, como verdadeiro princípio geral atinente “à forma do processo penal”.²⁴⁹

Esse regramento assegura a plenitude de defesa do acusado²⁵⁰. Além disso, o processo penal tem uma função comunitária, isso significa que deve dar publicidade de seus atos para exprimir a independência e a imparcialidade “com que é exercida a justiça penal e são tomadas as decisões.”²⁵¹

A publicidade dos atos do processo penal exerce o papel de elevá-lo ao modelo contraditório e acusatório, típico de regimes democráticos, e rompe com o segredo do modelo inquisitivo, típico de regimes autoritários.²⁵²

A publicidade se caracteriza como um requisito formal da maioria dos atos processuais, previsto em lei, com a finalidade de dar conhecimento amplo e prévio às partes. Atende os anseios daqueles que participam do processo e “aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública.”²⁵³

Eventualmente, a regra da publicidade pode ser inconveniente. Por isso, admite-se algumas exceções que devem obedecer os limites previamente fixados²⁵⁴. Assim, a publicidade pode ser absoluta, quando os atos processuais são realizados perante as partes e acessíveis ao público, ou restrita, quando os atos processuais são realizados perante as partes e seus procuradores.²⁵⁵

²⁴⁸ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, cit., p. 71.

²⁴⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., p.221.

²⁵⁰ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 175.

²⁵¹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit., p.222-223.

²⁵² Antonio Magalhães Gomes Filho, *A motivação das decisões cit.*, p. 49.

²⁵³ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 176-177.

²⁵⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, cit. p. 224.

²⁵⁵ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 178.

Sobre o sigilo do inquérito policial, embora já feita algumas considerações no Capítulo III ao tratar da investigação criminal, vale destacar o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes sobre a questão. Entende o autor que o Código de Processo Penal apresenta uma cláusula normativa aberta e um conceito jurídico indeterminado para atribuir à autoridade judiciária poderes discricionários para definir, em cada caso, qual a medida do sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse da sociedade. Deve nortear a decisão o exercício de ponderação sobre o caso concreto, tanto que a alteração fática justifica a ampliação ou a restrição do sigilo decretado.²⁵⁶

4.14 Duplo grau de jurisdição

O reexame das decisões judiciais favorece a plena aceitação do que foi decidido, em decorrência da insatisfação do vencido e da tentativa de reverter algo desfavorável. O ideal para isso está num sistema que confere acesso ao segundo grau de jurisdição, com possibilidades limitadas.²⁵⁷

Assim, o duplo grau de jurisdição tem o fim de garantir ao vencido a oportunidade de obter uma nova decisão, “por órgão jurisdicional superior e dentro do mesmo processo, que substitui a primitiva resolução recorrida.”²⁵⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao organizar o Poder Judiciário prevê implicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição.²⁵⁹

²⁵⁶ Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p.549.

²⁵⁷ Jaques de Camargo Penteado, *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.34-35.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*, p.41.

²⁵⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III – Do Poder Judiciário, artigos 92 a 126.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada como *Pacto de San Jose da Costa Rica*, consagra o duplo grau de jurisdição em âmbito processual penal.²⁶⁰

Nas hipóteses de competência originária dos tribunais,²⁶¹ o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se posicionado pela “não-configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito”.²⁶²

O Supremo Tribunal Federal brasileiro assenta a questão no entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro tem *status* de norma infraconstitucional, por isso, não tem o poder de aditar a Constituição. Em relação ao duplo grau de jurisdição, entende que não cabe recurso ordinário contra a decisão do Tribunal em que a Constituição não o criou, por isso, não cabe a norma infraconstitucional criá-lo. Os recursos estão “enumerados taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar.”²⁶³

Jaques de Camargo Penteado critica o resultado desse julgamento que não acompanhou a tendência garantista de um processo penal democrático. Para o autor, pouco importa a omissão constitucional em relação ao cabimento de recurso ordinário nas hipóteses de competência originária, a correta aplicação deve levar em consideração a integração do ordenamento jurídico brasileiro “por um diploma internacional protetivo dos Direitos Humanos que, expressamente,

²⁶⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º, 2, h: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

²⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)”; “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: a) os “habeas-corpus” decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória”.

²⁶² Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 540.

²⁶³ Supremo Tribunal Federal, Tribunal pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RHC 79.785/RJ, j.29.3.2000, DJ 22.11.02.

contempla o direito ao duplo grau de jurisdição para o argüido, deve ser assegurado a este um amplo reexame da causa penal.”²⁶⁴

A emenda constitucional n.45 de 2004 abriu o sistema constitucional brasileiro para que tratados e convenções sobre direitos humanos incorporados acrescentem outros direitos fundamentais no texto constitucional, desde que obedecidos os requisitos formais para aprovação das emendas constitucionais.²⁶⁵

Gilmar Ferreira Mendes, atento a questão dessa abertura legislativa e enfrentando o problema do duplo grau de jurisdição, firma o entendimento que os tratados e convenções sobre os direitos humanos não têm legitimidade para inserir no texto constitucional a garantia do duplo grau de jurisdição. Segundo o autor, “a prestação jurisdicional corresponde a uma das dimensões estratégicas do exercício constitucional da soberania estatal”. Isso significa que somente em casos excepcionais de “previsão da competência subsidiária do Tribunal Penal Internacional (art.5º, § 4º) é que surge a possibilidade de eventual revisão de decisões proferidas em última ou única instância constitucionalmente disciplinada.”²⁶⁶

Estão em jogo, no exercício da jurisdição penal direitos públicos, indisponíveis, que exigem do Estado a mais ampla tutela, o que enseja ao sistema processual penal brasileiro um formato diferenciado dos sistemas processuais extrapenais.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que incorporados ao ordenamento jurídico antes do acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição Brasileira, ingressam naquele sistema diferenciado de tutela processual penal.

²⁶⁴ Jaques de Camargo Penteado, *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*, cit., p.121.

²⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...):§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

²⁶⁶ Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*. cit., p. 542-543.

Além disso, a interpretação literal do dispositivo constitucional e de forma isolada não exprime o significado da norma.

Faz-se necessário interpretar os parágrafos do artigo 5º da Constituição da República em conjunto. O § 1º desse dispositivo leva em consideração a relevância das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais para determinar a imediata aplicação desta; o § 2º implica a norma de complementaridade da Constituição “pelos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e; o § 3º foi inserido para confirmar o nível constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, embora tenha estabelecido processo legislativo diverso dos quais os tratados já incorporados se submeteram.

A interpretação que considera os referidos tratados incorporados antes da alteração legislativa como infraconstitucional restringe os direitos humanos fundamentais, além de contrariar as normas expressas nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com isso, os tratados internacionais sobre direitos humanos, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que assegura o duplo grau de jurisdição, incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 devem ser considerados do mesmo nível hierárquico das normas constitucionais.

Essa interpretação é a que atende aos fins do sistema processual penal constitucional, voltado à ampla tutela do indivíduo contra o forte poder estatal.

4.15 Razoável duração do processo penal

A razoável duração do processo em âmbito processual penal está implicitamente consagrada no princípio do devido processo penal, que exige uma persecução penal em prazo razoável.²⁶⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil acrescentou um inciso ao rol dos direitos fundamentais que assegura “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”²⁶⁸

Afirma-se que a inovação foi meramente formal, trata-se segundo André Ramos Tavares, de uma “repetição e especificação desnecessárias (talvez admissíveis numa cultura de massificação).”²⁶⁹

Rogério Lauria Tucci observa que a razoabilidade do prazo se destina não só as partes, mas, também, a todos os integrantes do processo, principalmente os que tem dever funcional, como o juiz, o Ministério Público, o escrivão, o perito e o oficial de justiça.²⁷⁰

O direito a um prazo razoável já constava na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme dispõe o artigo 8º, n.1 *in verbis*:

toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

²⁶⁷ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 206.

²⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 5º: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. José Renato Nalini destaca como fonte inspiradora dessa modificação o “quádruplo grau de jurisdição”, decorrente do apresso pelo recurso, onde a decisão de primeiro grau representa “mero esboço de solução.” Além de um processo formalístico e burocrático em parceria com a formação jurídica positivista e anacrônica. Ingredientes que garantem certa permanência na duração dos processos.” Observa que houve inspiração no modelo europeu que adota preceito análogo. Sobre a situação brasileira, destaca que a sociedade brasileira encontrou o acesso à Justiça com certa facilidade. Agora custa a encontrar a saída da Justiça. Uma das maneiras pelas quais procura desvencilhar-se do cipoal burocrático e do espinheiro recursal é invocar o direito a uma duração razoável do processo(José Renato Nalini. *Duração razoável do processo e dignidade da pessoa humana*. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda. cit., 194-195.

²⁶⁹ André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 650.

²⁷⁰ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 207.

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou pra que se determine seus direitos ou obrigações.

Por isso, já existia determinação da exigência de prazo razoável para finalizar a persecução penal. A modificação constitucional reforçou a regra. Trata-se de direito subjetivo constitucional ou, fundamental das partes, a um processo de duração razoável.²⁷¹

Isso impõe ao Poder Público “a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo.” Exige-se planejamento político, no controle da prestação jurisdicional relacionada à intervenção estatal na vida do indivíduo. Por isso, a questão engloba assuntos complexos relacionados à modernização e simplificação do processo, a criação de órgãos suficientes para atender a demanda jurisdicional, o controle do exercício da jurisdição, tudo em fim, relacionado “à efetividade do acesso à justiça”.²⁷²

Essas medidas são necessárias para a efetivação desse direito fundamental, caso contrário, podem ecoar no vazio, agravando a imagem do Poder Judiciário e da própria Constituição, por não propiciar um processo de duração razoável.²⁷³

No âmbito penal, o investigado ou acusado sofre a persecução penal, com consequências *processuais*, em decorrência do esquecimento das testemunhas de como ocorreu o fato ou do desaparecimento de provas; *sociais*, especialmente na comunidade em que vive, pois a incerteza gera desconfiança social; *pecuniárias*, relacionadas ao dispêndio de gastos com defensor e a ausência do trabalho para comparecer a audiências e; *psicológicas*. Portanto, impõe-se a conclusão dessa busca da verdade em um prazo razoável,²⁷⁴ a fim de reduzir as possibilidades de prejuízos ao acusado.

²⁷¹ Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 546; Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 211.

²⁷² Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 546; Sobre estas e outras sugestões vide Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. cit., p. 221-222.

²⁷³ André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*. cit., p. 651.

²⁷⁴ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 210.

A norma constitucional da razoável duração do processo surte efeitos desde sua implementação sobre situações individuais, como ressalta Gilmar Ferreira Mendes, “impondo o relaxamento da prisão cautelar que tem ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica.”²⁷⁵

O ideal para efetivar o direito fundamental é a estipulação de prazos peremptórios para a realização de atos processuais. Especialmente em relação à investigação criminal, uma vez que os prazos estabelecidos para sua conclusão se prolongam por tempo indeterminado, através de dilações sucessivas.²⁷⁶

Uma forma de efetivar o regramento constitucional é admitir a reparação do dano pela demora.²⁷⁷ Para isso, Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, observa que deve se estabelecer “o nexa causal entre o fato, demora injustificada, e o dano provocado ao autor ou ao réu, ou mesmo a ambos, pela indefinição na solução da lide”.²⁷⁸

A experiência jurídica processual penal demonstra o avanço da inserção do direito fundamental da razoável duração da persecução penal na Constituição da República, para acabarem, de vez, com as intermináveis investigações e com as prisões “cautelares” de longa duração.

²⁷⁵ Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 546.

²⁷⁶ Rogério Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 212-214.

²⁷⁷ Neste sentido, Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, afirma que “a demora da prestação jurisdicional, que viola o dispositivo constitucional que assegura a duração razoável do processo, poderá ensejar pedido de reparação de dano, caso essa delonga provoque dano irreparável ao particular”, (Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, *A dignidade da pessoa humana e o prazo razoável do processo. A responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Coord. Marco Antonio Marques da Silva; Jorge Miranda, cit., p.1240).

²⁷⁸ Idem, *ibidem*.

CAPÍTULO V

POR UMA TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ORGANIZAÇÃO SISTÊMICA

SUMÁRIO: 5.1 Considerações iniciais – 5.2 Norma jurídica – 5.3 Ordenamento jurídico – 5.4 Sistema jurídico: 5.4.1 Subsistemas jurídicos – 5.5 Organização sistêmica: por uma teoria do Direito Processual Penal.

5.1 Considerações iniciais

Trata-se do capítulo central da tese decorrente do enfrentamento do problema, que não se limita aos aspectos normativos. Assente que a sociologia, a filosofia e a normatividade constituem os pilares do Direito, neste trabalho, adota-se a linha filosófica da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.¹

Se o pensamento sistemático desenvolvido pela Biologia propiciou a organização das ciências, a jurídica encontrou respostas para problemas seculares, como a controvérsia entre os jusnaturalistas e os normativistas.

O estudo da teoria dos sistemas é um estágio obrigatório para a exata compreensão do sistema jurídico: norma/ordenamento; fatos e; valores. Da mesma forma ocorre para conhecer a operacionalidade e a organização do sistema processual penal brasileiro.

¹ Vide Capítulo II.

5.2 Norma jurídica

Para o estudo do Direito e do Direito Processual Penal, além de seguir uma linha jusfilosófica definidora do direito, deve-se perquirir o que vem a ser uma norma jurídica.

Cabe ao jurista sistematizar o ordenamento jurídico.² Porém, não é um dos objetivos do trabalho desenvolver exaustivo estudo sobre as teorias da norma, do ordenamento e do sistema jurídico. Procura-se, apenas, demonstrar a contribuição dessas teorias para o estudo da ciência do Direito Processual Penal.

Hans Kelsen entende que o direito tem o significado de norma jurídica. Para o autor, a norma significa “que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira”.³ A regulamentação da conduta humana pressupõe uma ordem normativa, que constitui uma ordem social. Tanto a moral como o Direito constituem ordens sociais, providas de sanções e de coações.⁴

A ordem jurídica, na visão de Hans Kelsen, regula a conduta humana por meio de uma técnica específica pautada na coercitividade, como elemento essencial do Direito ligado ao dever ser⁵. Logo, para o autor, as normas jurídicas devem estipular um ato coercitivo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶ aponta três modos que geralmente são utilizados pela dogmática analítica para classificar a norma jurídica, a saber: norma-proposição, norma-prescrição e norma-comunicação. *Norma-proposição* - diz como *deve ser* o comportamento, direcionando-o (orientação humana). Decorre do produto de vontade, mas a sua existência independe dessa vontade (baseado

² Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 32.

³ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 25-38.

⁵ *ibidem*, p. 37 e 62. Segundo Nicola Abbagnano “**Dever-ser**: O possível normativo: aquilo que é bom que aconteça ou que se pode prever ou exigir com base em uma norma” (*Dicionário de filosofia*. 4. ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 267).

⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 100, 101 e 107.

em Kelsen). Trata-se de um imperativo condicional que prevê na hipótese de ocorrência do comportamento indesejado uma sanção. *Norma-prescrição* também se baseia no *dever ser* do comportamento, caracterizando-a como imperativo de vontade, mas que não permite abstração. Importa a análise dessa vontade que prescreve a norma para compreendê-la. A vontade sem qualidades prescritoras, como ausência de autoridade ou de legitimidade, não produz efeito. Por fim, a norma pode ser considerada como *um fenômeno complexo*, denominada *norma-comunicação*, que envolve a vontade prescritora em conjunto com as partes que se comunicam (troca de mensagens). Constitui o centro de uma série de problemas relacionados à vontade normativa (fontes do direito), à determinação dos sujeitos (direitos subjetivos, capacidade, responsabilidade, entre outros), à identificação das mensagens normativas (obrigações, permissões, faculdades e proibições), entre outros.

A relação que caracteriza uma norma é a de autoridade entre o emissor e o receptor, ou seja, hierarquicamente diferenciados do ponto de vista de quem determina o *dever-ser* e o que cumpre a determinação.

Como se vê, nas relações entre Estado e pessoas, pais e filhos e outros exemplos em que há superioridade, inclusive física. As normas jurídicas são institucionalizadas e inseridas em grandes sistemas disciplinados pelo Estado.⁷

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sob o ponto de vista da dogmática analítica, afirma que a norma jurídica tem a característica de ser um diretivo vinculante, coercitivo, bilateral e estabelece uma hipótese normativa e uma consequência jurídica que pode ser uma sanção ou não, além de funcionar como critério para tomada de decisão.⁸

Miguel Reale identifica a norma jurídica como “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”⁹.

⁷ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 107 e 109.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 122.

⁹ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 95-96.

Em busca de um conceito universal, Maria Helena Diniz afasta os elementos acidentais ou contingentes (acessórios), para absorver somente “as notas essenciais da norma jurídica”, a “essência pura”,¹⁰ para adotar o conceito delineado por Goffredo Telles Júnior como um “imperativo autorizante”.¹¹

A imperatividade normativa, como explica Maria Helena Diniz, decorre das prescrições legais das “condutas devidas” e dos “comportamentos proibidos”.¹²

Goffredo Telles Júnior destaca que o “adjetivo autorizante possui sentido estrito e peculiar”, pois a lei autoriza a pessoa lesada pela violação a empregar contra o violador as sanções prescritas na própria lei, pelos meios admitidos, para cessar a violação ou obter uma reparação ou restituição da coisa no estado anterior.¹³ Essa característica diferencia a norma jurídica das demais normas.

Com isso, a norma jurídica visa - “assegurar de modo efetivo o fato de que se não realizarem as condutas obrigadas e o fato de que não se produzirão os comportamentos vedados”.¹⁴

Quando a norma jurídica for de índole penal incriminadora, é autorizante “para submeter o violador às penas da lei e às medidas legais de segurança social”.¹⁵

¹⁰ Maria Helena Diniz, *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2003, p. 139. Observa a autora o seguinte: “Sem dúvida nenhuma, a realização da justiça, a segurança, a felicidade do povo, a paz social etc. são momentos acidentais ao conceito de norma jurídica. É jurídica tanto a norma justa como a injusta, a moral, a imoral ou a amoral, pois, se for violada, o lesado por esta violação poderá exigir por meio dos órgãos competentes o seu cumprimento ou a reparação do mal sofrido, porque está autorizado a fazê-lo; por exemplo: é jurídica a norma que não reconhece a liberdade de todos, permitindo a escravidão, mas é injusta, pelo menos para nosso sentimento e para o de muitos contemporâneos do regime escravista” (*Conceito de norma jurídica como problema de essência*, cit., p. 142).

¹¹ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 292; *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43;

¹² Maria Helena Diniz, *Conceito de norma jurídica como problema de essência*, cit. p. 139.

¹³ Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 43.

¹⁴ Maria Helena Diniz, *Conceito de norma jurídica como problema de essência*, cit. p. 139.

¹⁵ Goffredo Telles Júnior, *Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 43.

Convém ressaltar uma diferença fundamental da norma penal para as demais normas jurídicas, como destacado nos fundamentos do Direito Processual Penal. O lesado não pode aplicar diretamente a sanção prevista em lei, pois a coação é indireta e o poder de punir pertence exclusivamente ao Estado,¹⁶ fazendo com que a vingança privada seja banida da sociedade. Portanto, o processo penal é imprescindível para tornar a norma penal efetiva.

Os órgãos legislativos enunciam um *dever-ser* hipotético. É comum afirmar que essa produção legislativa constitui a norma jurídica como o enunciado normativo¹⁷. Entretanto, os termos não são sinônimos, uma vez que, segundo Robert Alexy, uma norma é “o significado de um enunciado normativo”.¹⁸

Explica Goffredo Telles Júnior que a norma jurídica se relaciona “a circunstância para a qual ela é destinada. Verificada a circunstância, o movimento exigível ou o movimento proibido é aquele que a norma enuncia.” Consequentemente, “toda norma jurídica tem estrutura *hipotética*”.¹⁹

Nesse sentido, pondera Robert Alexy²⁰ que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos, como por exemplo, a norma que veda a subtração da vida de pessoa humana, por meio de *é proibido matar* ou sem a utilização de tal termo, *o direito à vida humana é inviolável, quem violá-la deve ser punido com a pena de 6 a 20 anos ou quem matar alguém será punido com pena de 6 a 20 anos na medida de sua culpabilidade*. Trata-se de uma distinção entre preceito primário e secundário da norma.

¹⁶ Neste sentido, Goffredo Telles Júnior observa “quando a violação é crime, a norma jurídica é *autorizante* porque *autoriza* o Poder Público a aplicar penas aos delinquentes” (*Iniciação na ciência do direito*, cit., p. 43).

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, cit., p. 62-63.

¹⁸ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54. Em sentido diverso, Hans Kelsen, além de considerar a norma jurídica o resultado da produção legislativa, afirma que os enunciados do cientista do Direito são regras jurídicas, pois as normas decorrentes do legislativo são prescritivas de um enunciado com um dever ser hipotético (válidas ou não) e as regras formuladas pela ciência são descritivas (verdadeiras ou falsas) (*Teoria pura do direito*, cit., p. 62-63). Jean-Louis Bergel apresenta um ponto de vista diferente: O dispositivo legal não tem o significado de norma jurídica. Aquele apenas descreve uma relação entre uma hipótese e uma conseqüência. A norma jurídica, além de ser descritiva, possui a característica da imperatividade ou prescrição. Assim, as disposições legais diferem das normas jurídicas (*Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 38).

¹⁹ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 296.

²⁰ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 54.

Os critérios de identificação das normas devem ser analisados no *mesmo nível da própria norma*, “e não no nível do enunciado normativo”.²¹

Trata-se de *descoberta*, pois “a norma jurídica não resulta de uma *invenção* da inteligência”. Esta “descobre, em cada circunstância social, as interações *necessárias*, isto é, as reações que devem ser permitidas e as que devem ser proibidas. Como consequência dessa descoberta, a inteligência formula a norma correspondente”.²²

Como observa Miguel Reale, embora a Ciência do Direito seja normativa, “a norma deixa de ser simples juízo lógico, à maneira de Kelsen, para ter um conteúdo fáctico-valorativo”. Isso implica o reconhecimento do novo paradigma que permite “uma idéia global e congruente da experiência jurídica”.²³

Verifica-se que a norma jurídica pode ser conceituada por diferentes enunciados. Pelo tridimensionalismo, aqui adotado, faz parte do conceito do direito o valor social. Conclui-se, portanto, que os conceitos apresentados pela Ciência do Direito, como experiência jurídica, embora não sejam as próprias normas jurídicas, expressam as mesmas características.

As normas processuais penais, sob a égide do Estado Democrático e Social de Direito têm significado especialíssimo na tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

²¹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 54.

²² Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 296.

²³ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 153.

5.3 Ordenamento jurídico

Norberto Bobbio constatou que o estudo isolado da norma jurídica não atinge o fim de completar a teoria do Direito.²⁴ Por isso, desenvolveu um “nítido programa de reformulação dos estudos do Direito, apertados que estavam numa polêmica tornada tediosa e infecunda entre jusnaturalismo e positivismo”. Foi um dos primeiros juristas a utilizar a análise linguística como metodologia da Ciência Jurídica. A fim de superar a crise da Ciência Jurídica, seguindo o caminho aberto por Hans Kelsen, porém, sem adotar os pressupostos de Kant, buscou a reelaboração desse conceito, capaz de lhe atribuir um estatuto próprio como espécie de Ciência empírica, por ser imprescindível a análise dos fatos no âmbito jurídico.²⁵

A experiência jurídica de determinado povo ou a evolução histórica deste não se confunde com o ordenamento jurídico.²⁶

A dificuldade de identificar o sentido da norma jurídica de forma isolada, desperta a necessidade do jurista em analisá-la em conjunto com outras normas, “com relações particulares entre si” e essa reunião denomina-se “ordenamento”, cujo sentido já serviu para designar o próprio significado do Direito (Direito Romano, Direito Canônico, entre outros).²⁷

Essa mudança de panorama do estudo das normas jurídicas para o estudo do ordenamento jurídico representa uma conquista científica porque permite ao intérprete a análise global dos problemas atinentes à teoria do Direito.

²⁴ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 19.

²⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Apresentação. In: Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 7.

²⁶ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 153.

²⁷ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 19.

Santi Romano²⁸ critica a *teoria normativa* e propõe a substituição dessa teoria pela da *instituição*, pois considera “inadequado” e “insuficiente” definir o direito como uma regra de conduta, entendendo que deve-se integrá-lo com outros elementos: regresso ao conceito de sociedade, entendida como uma entidade que constitua formalmente e extrinsecamente uma unidade concreta, distintas das entidades individuais; idéia de ordem social, que serve para excluir outros elementos relacionados ao arbítrio; o direito, antes de ser norma e uma série de “relações sociais, é organização, estrutura”.²⁹

O mesmo autor também combate a idéia de que o direito decorre das decisões judiciais, e, sim, configura-se medida de decisão. Constata que o ordenamento jurídico como um complexo de normas, não significa a soma aritmética de várias normas, mas uma unidade, que não se confunde com as normas jurídicas.³⁰

Porém, a teoria da instituição integra a teoria normativa, cujo mérito está em descobrir que a norma jurídica não se encontra só, mas ligada a outras normas que compõem o ordenamento jurídico.³¹ Norberto Bobbio³² ressalta que em meados do Século XX a teoria normativa tradicional foi superada pela teoria da instituição na França e na Itália (Santi Romano). Esta teoria constata a inutilidade do estudo das normas individuais, desenvolvendo a idéia de que as normas devem ser analisadas em conjunto com as instituições, para que as instituições não sejam entendidas como sociedades organizadas sem normas.

Hans Kelsen empreendeu o seu trabalho teórico em sentido contrário, ou seja, sem abandonar

o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas individuais para o estudo do ordenamento, mas, sim, em levá-lo às últimas conseqüências, buscando o elemento característico do direito no modo pelo qual as normas, às quais habitualmente damos o nome de normas jurídicas, dispõem-se em e compõem o sistema. Assim, ao lado da monostática, que é a teoria da norma

²⁸ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945, p. 4-5.

²⁹ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22-23. Tradução livre do autor. Original: “rapporti sociali, è organizzazione, struttura”.

³⁰ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 9, 10 e 18.

³¹ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 21.

³² Idem, *ibidem*, cit., p. 21.

jurídica, ganha espaço no sistema kelseniano a nomodinâmica, que é a teoria do ordenamento jurídico.³³

O trabalho de Hans Kelsen se materializou na obra denominada *General theory of law and State*, onde constata que não se busca a essência do Direito numa das características das normas e sim na característica do conjunto de normas. Com isso, trabalha com o *conceito de Direito como sendo normas jurídicas que pertencem a um ordenamento coativo*, em sentido diverso do conferido pela Teoria da instituição.³⁴

A visão das normas em agrupamento (ordenamento jurídico) fortalece o trabalho do intérprete na busca do sentido das normas, que isoladamente não têm significado. A simples leitura dos dispositivos (interpretação literal) num todo desorganizado (ordenamento jurídico) não satisfaz a Ciência do Direito, por isso, buscou-se um algo a mais para reger a interação das normas jurídicas, como existência, validade, aplicação, sentido, revogação, etc., denominado pensamento sistemático, compatível com a linha jusfilosófica eleita para esta pesquisa (tridimensionalismo).

5.4 Sistema jurídico

A dogmática do Direito Processual Penal adotou uma denominação consagrada para indicar as características estruturais, sob a ótica política e ideológica do processo penal. Fala em *sistema processual penal* sem expressar o que vem a ser um sistema, apenas indica as suas possíveis características: inquisitivo, acusatório e moderno ou misto,³⁵ que podem ser definidos como *modelos políticos e ideológicos de persecução penal*.

³³ Idem, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 196.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 198.

³⁵ José Frederico Marques retrata bem essa situação: "A ciência processual moderna fixou e delimitou, através de útil e laboriosa generalização, os princípios fundamentais que dão forma e

Essa situação se justifica porque o jurista nem sempre utiliza essa expressão rigorosamente. Geralmente, lhe atribui o significado de ordem, harmonia do conjunto, em decorrência da intuição.³⁶

Imprescindível para o estudo do Direito Processual Penal compreender o significado de sistema jurídico na atualidade.

O termo *sistema* possui diversos significados. Os mais usuais se relacionam ao conjunto de elementos que se possa encontrar alguma relação; “disposição de partes ou de elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”.³⁷

Segundo o *Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano*, *sistema* expressa “uma totalidade dedutiva do discurso” (...) Passou a ser usada em filosofia para indicar principalmente um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras.”³⁸

caracterizam os sistemas de processo”. Tratam-se dos princípios políticos. “A construção desses postulados está subordinada aos objetivos e fins do processo penal, porquanto eles se destinam, como é óbvio, a nortear a atividade processual para que o Estado consiga atingir a *causa finalis* a que se propôs quando juridicalizou a persecução penal submetendo-a à disciplina normativa do Direito Processual. Por outro lado, o aspecto político e ideológico que é imanente a todas as atividades da Justiça Penal – liga esses princípios, muito estreitamente, à Constituição Federal. Donde se vê que o sistema processual deve ser plasmado em função dos fins do processo e das normas constitucionais que dão os fundamentos políticos e institucionais. ... A descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal. De duas formas pode revestir-se o processo, para alcançar seu objetivo especial e precípua: a inquisitividade e a acusatória” (José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. I, p. 61-62). Paulo Rangel, atento a esse equívoco, define etimologicamente o sistema e, de certa forma, acaba justificando a tomada de decisão da doutrina, ao definir o sistema processual penal como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, a esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória” (*Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45).

³⁶ Mario G. Losano, *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, v. I, p. 4.

³⁷ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. 35. Impres. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 1594.

³⁸ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 908.

Para compreender o pensamento sistemático desenvolvido e utilizado na ciência jurídica, se faz necessária uma explicação preliminar. A humanidade passou por uma fase causalista decorrente da seleção natural e da eventualidade (sorte ou azar), “as idéias permaneciam entre as capas dos livros”. A ciência adquiriu a marca da generalização, “em muitos fenômenos biológicos e também nas ciências sociais e do comportamento são aplicáveis os modelos e as expressões matemáticas”. Funcionava através de programas mecanicistas. Estruturalmente todos os modelos científicos apresentavam semelhanças, embora diversos os campos.³⁹

A ciência enfrentava alguns problemas centrais, excluídos do programa da ciência mecanicista, “de ordem, organização, totalidade, teleologia, etc.”. A “teoria geral dos sistemas”, fruto da “concepção organísmica na biologia”, cuja tese consistia em considerar o “organismo como totalidade ou sistema e visse o principal objetivo das ciências biológicas na descoberta dos princípios de organização em seus vários níveis”.⁴⁰

Surgiu para romper com o conceito mecanicista de sistema e superar os referidos problemas da ciência. A finalidade dessa teoria “foi recebida com incredulidade, sendo julgada fantástica ou presunçosa”. Aos poucos os cientistas compreenderam como a teoria geral dos sistemas atendia uma tendência estruturante das ciências.⁴¹

Ludwig Von Bertalanffy define um “sistema” ou “complexidade organizada” “pela existência de ‘fortes interações (Rapoport, 1966) ou de interações ‘não triviais’ (Simon, 1965), isto é, não lineares”.

Concluiu o autor abordando o problema metodológico da teoria dos sistemas que consiste em “preparar-se para resolver problemas que, comparados

³⁹ Ludwig Von Bertalanffy, *Teoria geral dos sistemas*. 2. ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1975, p. 17-31.

⁴⁰ Idem, *ibidem*, cit., p. 29 e 31.

⁴¹ *Ibidem*, p. 17-31.

aos problemas analíticos e somatórios da ciência clássica, são de natureza mais geral”.⁴²

Os biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela aperfeiçoaram a teoria dos sistemas apresentando a denominada *teoria autopoietica* ou *biologia da cognição*. Essa teoria constata a estrutura do sistema como clausurado (fechado), como uma circunferência em torno do meio (ambiente). Para os autores, os próprios elementos do sistema mantêm a ordem e se reproduzem (auto-produção ou autopoietico).⁴³

A teoria geral dos sistemas atendeu à necessidade das ciências de visualizar e estudar o todo organizado em constante dinâmica evolutiva. Com isso, Niklas Luhmann trouxe o pensamento sistemático para as ciências sociais.⁴⁴

O sistema jurídico não é sinônimo de sistema de normas.⁴⁵ Paulo de Barros Carvalho observa que coexistem os sistemas de normas e da Ciência do Direito. Aquele diz respeito ao conjunto de leis de determinada nação. O sistema da Ciência do Direito se caracteriza como “uma rede de construções linguísticas”, elaborada por “proposições descritivas, associadas organicamente debaixo de um princípio unitário”.⁴⁶

Niklas Luhmann, com fundamento nos estudos de Humberto Maturana e Francisco Varela, embasa a relação entre o sistema e o ambiente na “tríade ‘autopoieses’, ‘fechamento operacional’ e ‘acoplamento estrutural’ de sistemas de auto-referenciais.”⁴⁷

⁴² Ibidem, p. 38.

⁴³ Humberto Maturana; Francisco Varela, *De máquinas y seres vivos: uma teoria de La organización biológica*. Santiago: Editorial Universitária, 1973.

⁴⁴ Niklas Luhmann, *El derecho de La sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

⁴⁵ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUSP, 1976, p. 173.

⁴⁶ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8.

⁴⁷ Niklas Luhmann, Por que uma “teoria dos sistemas?”, *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves; Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: UFRGS/Instituto Goethe, 2002. Explica o autor que o “conceito de *autopoiesis* desloca o princípio de auto-referência do nível estrutural para o operativo. De acordo com isso um sistema é constituído por elementos auto-produzidos – e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade, - mesmo que seja um último elemento, não mais passível de ser composto – é produzido

O sistema jurídico compõe o sistema social global (sociedade) como “subsistema funcional autopoietico”, adotando a auto-referência de Luhmann, não pode importar do exterior os elementos e estruturas (componentes), mas para subsistir deve “produzi-los por si mesmo, mediante operações recursivamente fechadas.”⁴⁸

Para Niklas Luhmann a relação sistêmica entre o direito e a sociedade é ambígua, visto que esta delinea o entorno do direito e este opera dentro da sociedade. Orlando Villas Bôas Filho interpreta esse pensamento de Luhmann no sentido de que “não há direito *fora* da sociedade, mas apenas direito *na* sociedade”. Por isso, numa sociedade moderna o direito é um subsistema funcional que compõe a sociedade,⁴⁹ conforme definição de Niklas Luhmann: “o sistema do direito é aquele órgão da sociedade que se lança mão para dar forma jurídica às várias concepções sobre o mundo”.⁵⁰

A matéria-prima de ambos é a mesma: a comunicação. Para diferenciá-los deve-se observar a aquisição de sentido próprio através da clausura autopoietica, ou seja, na autoprodução pelo sistema jurídico de seus componentes – estruturas e elementos, como já observado, “a partir de operações recursivamente fechadas”.⁵¹

Verifica-se o denominado “acoplamento estrutural” entre o sistema social e o sistema jurídico, porém, isso não importa numa fusão entre ambos ou “numa coordenação estável da respectiva operação.”⁵²

no próprio sistema através da rede de tais elementos. Isto tem, como consequência lógica a tese de um fechamento operacional de tais sistemas. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. Todas as operações do sistema são exclusivamente internas” (Niklas Luhmann, Por que uma “teoria dos sistemas?”, cit., p. 41).

⁴⁸ Orlando Villas Bôas Filho, *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 194.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 195.

⁵⁰ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, cit., p. 151. Tradução livre do autor. Original: “El sistema del derecho es aquel órgano de la sociedad del que se echa mano para dar forma jurídica e las concepciones cambiantes sobre el mundo”.

⁵¹ Orlando Villas Bôas Filho, *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, cit., p. 196.

⁵² Claudio Baraldi; Giancarlo Corsi; Elena Esposito, *Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. 4. Ed. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 32. Tradução livre do autor.

Essa relação se justifica nos ordenamentos jurídicos considerados completos, ou seja, que disciplinam todos os comportamentos humanos. Segundo essa concepção, as comunicações jurídicas têm como referência o Direito vigente que orienta as pretensões e as decisões. Com isso, idealiza um código conforme o direito, cujos valores decorrentes expressam “a unidade do sistema.” O fechamento operacional do sistema, segundo o autor, está assegurado pela codificação (direito e não direito).⁵³

Cláudio José Langroiva Pereira em estudo sobre o sistema penal brasileiro, extensivo aos demais subsistemas jurídicos, aponta a necessidade de considerar “uma evolução contínua do sistema fechado para um sistema aberto.” Aquele “bloqueia a evolução social do sistema, mantendo-o estático e sem sentido”.⁵⁴

Regina Vera Villas Bôas Fessel destaca que o sistema jurídico aberto, por sua incompletude, admite a introdução de “um elemento estranho sem modificar as suas regras”. Nesse sistema se admite a possibilidade de ocorrer lacunas.⁵⁵

Maria Helena Diniz observa que a “expressão ‘lacuna’ concerne a um estado incompleto do sistema”,⁵⁶ ou seja, ao “modo de conceber o sistema.”⁵⁷ Por outro lado, se considerá-lo normativo, como um todo completo e fechado, não haverá lacuna em decorrência da norma negativa com o significado de permitir tudo que não está proibido. “Essa norma genérica abarca tudo, de maneira que o

Original: “Quando tra due sistemi si verifica un accoppiamento strutturale, eso non porta mai ad una fusione tra di essi o ad um coordinamento stabile delle rispettive operazioni.”

⁵³ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, cit., p. 149.

⁵⁴ Cláudio José Langroiva Pereira, *Proteção jurídico-penal e direitos universais – Tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 48-49. Prossegue o autor afirmando o seguinte: “O Estado Democrático de Direito não mais pode aceitar a concepção positivista de que a idéia de justiça, como fim último do direito, seja afastada. Imputar um sistema rígido de leis, como orientação básica para a aplicação do direito, através da observação estática dos fatos sociais, aplicando a lei como mera reação, não mais supre a necessidade social” (*Proteção jurídico-penal e direitos universais*, cit., p. 49).

⁵⁵ Regina Vera Villas Boas Fessel, *O ordenamento jurídico e suas lacunas*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil, área de concentração Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1995, p. 11.

⁵⁶ Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 97-99.

⁵⁷ Idem, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 444.

sistema terá sempre uma resposta, daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência nesse sistema”.⁵⁸

Contudo, o postulado da completude “é uma mera ilusão”. Exige-se completude como princípio mais amplo e geral voltado à investigação científica e não ao ordenamento jurídico.⁵⁹

O sistema jurídico aberto e incompleto expressa a realidade complexa que se insere o direito, isto é, tridimensional – normativa, fática e axiológica.⁶⁰ A possibilidade de desordem, temporária, pela falta de norma para determinado fato implica a consideração dos fatos e dos valores para extrair o significado do direito, a fim de saná-la.

O direito deve ser considerado, sob o ponto de vista da Ciência do Direito como “uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural”.⁶¹

Claus – Wilhelm Canaris considera o ordenamento conforme sua derivação “a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica*”.⁶²

O próprio Niklas Luhmann, na segunda fase de seu pensamento, *admite*, excepcionalmente, a *abertura do sistema*, embora, considere uma falha, pois “consiste unicamente em um curto-circuito de sua auto-referência”.⁶³

A dinâmica de equilíbrio do sistema por meio de informações no meio, a utilização de dados históricos e o mapeamento do próprio sistema, ensejam a constante deslocação do ponto de equilíbrio em busca “de novas metas

⁵⁸ Idem, *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 445.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 444.

⁶¹ Idem, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, cit., p. 97-99; *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 445-446.

⁶² Claus – Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 66-67.

⁶³ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, cit, p. 149.

combatíveis com o novo estado de coisas e da constante retroalimentação de informações externas e internas como conseqüente aprimoramento da estrutura”.⁶⁴

O ordenamento jurídico para ser organizado, sob o enfoque sistemático, pressupõe como referência os comportamentos sociais. Cabe à Ciência do Direito “esclarecer as relações entre Fato e Direito”, que “leva ao entendimento do Direito como um sistema aberto, dependente de outros que o abrangem e o circunscrevem.”⁶⁵ Para isso, não se deve conceituar o sistema como puramente formal.⁶⁶

Os sistemas jurídicos são operacionalmente fechados, mas abertos na obtenção de informações para sua evolução.⁶⁷

⁶⁴ Márcio Pugliesi, *Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos*, cit., p. 165.

⁶⁵ Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 55-56. Maria Helena Diniz apresenta o seguinte ponto de vista sobre o sistema jurídico: “Não concordamos, *data venia*, com as correntes doutrinárias que entendem que o sistema jurídico é fechado porque todo comportamento está, deonticamente, nele determinado, sustentando, assim, o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico, que se baseia no princípio de que ‘tudo que não está proibido, está permitido’, e a ausência de lacuna no direito. Não as aceitamos porque, no nosso entender, esse princípio não constitui uma norma jurídico-positiva, não conferindo, portanto, direitos e obrigações a ninguém, sendo, assim, um mero enunciado lógico, inferido da análise do sistema normativo” (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 445).

⁶⁶ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 295.

⁶⁷ Neste sentido, Celso Fernandes Campilongo ressalta que o fechamento, “como insistentemente explica Luhmann, é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema. Enfim, os sistemas autopoieticos operam, contemporaneamente, de modo aberto e fechado. Reagem tanto a condições internas quanto externas. Essas formas de reação caracterizam a capacidade de ressonância do sistema. Mas um sistema não pode reagir de maneira indiscriminada. Deve sempre observar o duplo valor de seu código (condição de abertura e fechamento do sistema), e, conseqüentemente, operar segundo o tipo de comunicação que lhe é próprio. Um sistema reage sempre com sua frequência interna. Isso impõe limites claros às funções e prestações de cada sistema funcional e permite identificar fronteiras e mecanismos de interdependência com os demais sistemas” (Celso Fernandes Campilongo, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75).

5.4.1 Subsistemas jurídicos

O Direito por abranger experiências culturais, históricas, sociológicas, etc., indica a composição do sistema por diversos subsistemas,⁶⁸ conforme ressalta Miguel Reale na linha filosófica adotada nesta pesquisa – teoria tridimensional do direito: subsistema de normas, de valores e de fatos.⁶⁹

A aplicação do direito ao caso concreto faz com que o juiz correlacione as normas jurídicas com os subsistemas de valores e de fatos, afastando-se do critério puramente normativo.⁷⁰

O sistema jurídico, embora estruturalmente fechado, é dinamicamente aberto a fim de suprir as lacunas existentes como também as que surgirão por ser impossível prever e normatizar todos os comportamentos humanos. Portanto, ocorrendo um fato não previsível, sendo necessária a coerência do sistema, há de se recepcionar as influências externas, normatizá-las e trazer, de volta, o equilíbrio ao sistema.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, baseado nos estudos de Emil Lask, sobre a concepção clássica da teoria dos sistemas, conclui que “perde seu sentido de

⁶⁸ Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, cit., p. 99; Regina Vera Villas Boas Fessel, *O ordenamento jurídico e suas lacunas*, cit., p. 11-12.

⁶⁹ Vide Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 23-122; *Lições preliminares de direito*, cit., p. 59-68.

⁷⁰ Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, cit., p. 99; Regina Vera Villas Boas Fessel, *O ordenamento jurídico e suas lacunas*, cit., p. 46-47. Neste caso, Regina Vera Villas Boas Fessel destaca a relevância do papel do juiz “na investigação integradora” quando esgotar todos os recursos de integração previstos no ordenamento jurídico. O magistrado edita uma “norma individual, que só valerá para aquele caso específico”. Neste caso, a autora concorda com o dogma da plenitude, pois sempre haverá uma solução para um caso concreto. As lacunas “são preenchidas, mas não são eliminadas, logo, não induzem à completude do sistema” (*O ordenamento jurídico e suas lacunas*, cit., p. 46-47 e 126). O ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma ordem de aplicação dos dispositivos integrativos: analogia; costumes; interpretação extensiva; princípios gerais do direito; equidade; jurisprudência; doutrina (arts. 4º, 5º da LICC, 3º CPP e 126 CPC).

unidade, última e irreduzível”. Há, como esclarece o autor, concepções de justiça que transitam pelas ciências Histórica e Social do Direito.⁷¹

Miguel Reale, em contraposição ao pensamento kelseniano de pirâmide escalonada de um único sistema de normas, considera o ordenamento jurídico “como um ecossistema complexo e variegado, que abrange uma multiplicidade de *sistemas* e *subsistemas normativos* que se escalonam uns distintos dos outros, em função de diversos campos de interesse”.⁷²

Caso a multiplicidade de subsistemas seja concebida de modo unitário, formará “um sistema que nada mais é senão uma unidade epistemológica de conjuntos, por isso, pode haver tantos sistemas como modos de observar a realidade jurídica”.⁷³

Portanto, os subsistemas não se resumem aos relacionados a fatos, valores e normas, mas também a organização sistemática de determinada ciência, *em função do campo de interesse*, como ocorre com o (sub)sistema *processual penal*, de cunho eminentemente constitucional.

Todos os subsistemas, inclusive o processual penal, se inserem no âmbito comum de “validade da Constituição de cada povo (*Direito Interno*) ou, então, sob o horizonte de coexistência universal exigido pela *comunitas gentium* para sobrevivência e desenvolvimento dos povos em igualdade de direitos (*Direito Internacional*)”.⁷⁴

⁷¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “...perde seu sentido de *unidade*, última e irreduzível. Existe nele, não só uma pluralidade assimétrica entre diferentes esferas, mas um movimento descontínuo, não necessariamente evolutivo e progressista de ‘formas’ que aparecem e desaparecem, concepções de justiça, cosmovisões ideológicas que passam do sistema da Ciência do Direito para o sistema da História Jurídica e que retornam através da Teoria Social do Direito ao próprio mundo das significações normativas, num processo sem cessar.” (*Conceito de sistema no direito*, cit., p. 174-175).

⁷² Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 294. Maria Helena Diniz adota o mesmo posicionamento: “O direito não se reduz, portanto, à singeleza de um único elemento, donde a possibilidade de se obter uma unidade sistemática que o abranja em sua totalidade. O sistema jurídico não tem um aspecto uno e imutável, mas sim multifário e progressivo. Isso nos leva a crer que o sistema jurídico é composto por vários subsistemas” (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 446).

⁷³ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 447.

⁷⁴ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 294.

Desenvolver subsistemas, em outras palavras, sistematizar determinada disciplina em conjunto com outra ou outras, se faz necessário para possibilitar a comunicação destas para auxílio e complementação recíproca.

Assim, o Direito como sistema, é composto por subsistemas em várias esferas, como a penal, a processual penal, a tributária, a ambiental, a processual civil, e etc.⁷⁵ Todos esses ramos precisam de uma sistematização para superar o tecnicismo jurídico pautado, somente, na interpretação literal do dispositivo. Exige-se a *conexão* entre as disposições normativas e os conceitos delineados pela teoria do direito processual penal.⁷⁶

Mas para que esse conhecimento organizado embase uma disciplina como Ciência, imprescindível que seja metodicamente obtido e traçada a definição do objeto de análise com exatidão.

5.5 Organização sistêmica: por uma teoria do Direito Processual Penal

Convém observar as principais características da teoria geral do processo para adotá-la ou afastá-la do estado ideal do estudo do Direito Processual Penal. Por isso, as considerações de Cândido Rangel Dinamarco sobre os aspectos da referida teoria geral do processo são relevantes.

⁷⁵ Maria Helena Diniz observa que “a fusão dos elementos do direito num só bloco não impede a existência de subsistemas que abarcam os vários elementos que o compõem. Variedade concebida de modo unitário é um sistema que nada mais é senão uma unidade epistemológica de conjuntos, por isso, pode haver tantos sistemas como modos de observar a realidade jurídica” (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 447).

⁷⁶ Antônio Luis Chaves Camargo ressalta a necessidade de conexão entre os preceitos normativos e os conceitos abstratos que são de responsabilidade da teoria geral do delito (Antonio Luis Chaves Camargo, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 19).

Cândido Rangel Dinamarco admite que a *teoria geral do processo* se mostre “incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência.” Porém, considera significativa a tarefa de sintetizar o significado e as diretrizes do Direito Processual “como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos”.⁷⁷

Seguindo esse raciocínio, o autor conceitua a teoria geral do processo como “um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*.”⁷⁸

Observa ainda, que será útil e construtiva somente se for fiel na “síntese das conquistas de cada ramo processual” e for apta “a devolver a cada um deles os resultados de suas intuições e investigações”. Para verificar os resultados da teoria confere à *experiência profissional*, como processo de observação dos resultados, o que não impede a antecipação dos resultados práticos em sede teórica, coordenando “generalizações indutivas com particularizações dedutivas”.⁷⁹

Isso faz, segundo Cândido Rangel Dinamarco, da teoria geral do processo uma disciplina teórica em busca de princípios comuns e de “reconstruir, sobre bases sólidas, o edifício sistemático do direito processual como um todo harmonioso”.⁸⁰

Ressalta, também, que a teoria geral do processo identificou a “essência dogmática do direito processual, nos seus quatro institutos fundamentais (jurisdição, ação, defesa, processo), traçando o conceito de cada um e, acima de tudo, determinando as funções que desempenham no sistema”. Visa ainda, a

⁷⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68-69.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 69.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

⁸⁰ *Ibidem*.

identificar e definir os princípios e garantias voltados aos sujeitos processuais e o modo de realizar os atos legitimamente. Com isso, considera que “ela reúne e harmoniza os institutos, os princípios e as garantias, compondo assim o sistema processual”.⁸¹

Sobre as diferenças entre o processo penal e o processo civil, Cândido Rangel Dinamarco salienta que existem pelos valores tratados por cada um, pela “maior permeabilidade do processo penal aos mutantes interesses de grupos politicamente dominantes nos Estados autoritários” e por profundas diferenças históricas “e procedimentos bastante peculiares”. Tudo isso, segundo o autor, traz a “falsa” percepção de que “trata-se de disciplina assente em fundamento diverso e voltada a escopo distinto dos que tem o processo civil.”⁸²

Contudo, uma suposta generalização de institutos merece reparo, regras e princípios de duas complexas e extensas disciplinas jurídicas como o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil.

A generalização implica, necessariamente, a eleição de um ponto de partida. Caso este seja equivocado, conduzirá a resultados igualmente equivocados. Assim, caso o cultor da teoria opte por um conceito do processo civil, como vem fazendo, conduzirá a resultados equivocados, pois os institutos e os significados das normas de cada ramo processual são diversos, por exemplo, a coisa julgada penal difere da coisa julgada civil.

O grau máximo de generalização da teoria geral do processo não atingirá os fins de utilidade e condensação.⁸³ Significados diversos, como do exemplo

⁸¹ Ibidem, p. 72-73. Ressalta Cândido Rangel Dinamarco que a “harmonia deste, como um todo dotado de unidade, é dada pela coordenação funcional entre os seus componentes a partir de uma definição teleológica preestabelecida. É inerente ao conceito de sistema a consciência dos objetivos que conferem unidade a ele próprio, na diversidade dos elementos que o integram. Daí o realce metodológico dado à instrumentalidade do processo no tempo presente, constituindo ela a expressão resumida dos objetivos de todo o sistema processual” (*A instrumentalidade do processo cit.*, p. 73).

⁸² *A instrumentalidade do processo cit.*, p. 76.

⁸³ É de se ressaltar que o próprio Cândido Rangel Dinamarco admite esse risco: “... é indispensável definir os limites da síntese útil, sem chegar a extremos de generalização dos quais nada de proveitoso possa retornar a cada ramo do processo: a exagerada extensão dos conceitos e princípios seria propícia à diluição da força de agregação, que cada qual tem, como elemento

acima, não admitem a generalização pretendida, conseqüentemente, o resultado não será útil. Logo, a solução depende de estudo detalhado e aprofundado, o que se mostra incompatível com a condensação.

Paulo de Barros Carvalho esclarece que o sistema da Ciência do Direito não admite contradições, pois “toda ciência requer a observância estrita da lei da lógica da não-contradição, de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios – A é B e A não-B – destrói a consistência interior do conjunto, esfacelando o sistema.”⁸⁴ Ou seja, o sistema deve ser coerente.

Como as teorias do Direito Processual Penal e geral do processo apresentam conclusões antagônicas, sobre os institutos, regramentos e princípios, não podem coexistir no sistema jurídico.⁸⁵

Pelas peculiaridades de cada ramo científico do Direito Processual,⁸⁶ o desafio da teoria geral do processo seria superado somente pela justaposição de ambas as teorias, quais sejam, a teoria geral do processo civil e a teoria geral do processo penal.

A ramificação sistemática do Direito, através de um método próprio (técnico-jurídico), enseja a construção de outras ciências no seio da mãe, a Ciência Jurídica.

O Direito Processual Penal se fez assim como Ciência; utilizando o método técnico-jurídico, construiu um amplo e sólido conhecimento sistematizado.

retor de institutos e critério interpretativo de disposições endereçadas ao objetivo eleito.” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 79).

⁸⁴ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, cit., p. 9.

⁸⁵ Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma que “no plano científico, não devemos encontrar contradição entre as múltiplas proposições descritivas, a despeito de tais enunciados relatarem normas jurídicas algumas vezes antagônicas. O sistema da Ciência do Direito é isento de contradições.” (*Curso de direito tributário*, cit., p. 9).

⁸⁶ Vide Capítulo III.

A visão de um processo civil superior e mais desenvolvido cientificamente ainda perdura, especialmente na teoria geral do processo.⁸⁷ Isso implica na superposição de conceitos desenvolvidos pelos estudos de Direito Processual Civil, fato que conduz à parcialidade da pesquisa. A Ciência deve ser imparcial, sob o risco de produzir conhecimentos incompatíveis com o progresso da humanidade.

Quanto à dignidade e autonomia científica do Direito Processual Penal, os cientistas do Direito a reconhecem.⁸⁸

Deve-se valorizar o Direito Processual Penal. As pesquisas desenvolvidas nesta área formam um conhecimento sistematizado, obtido metodicamente e com objeto de análise definido, especialmente no âmbito dos Cursos de Pós-Graduação *Stricto Sensu*.⁸⁹

⁸⁷ Cândido Rangel Dinamarco afirma o seguinte: “A mais adequada perspectiva para medir essa desejada utilidade é seguramente o confronto entre as diversas espécies de processos, com atenção ao descompasso existente entre elas, no tempo, no ritmo e no estágio atual de seu desenvolvimento científico, sabendo-se que, de todos os modelos processuais considerados, o que teve mais intenso progresso é o *processo civil de conhecimento*. ... O processo civil progrediu cientificamente muito mais que o penal, já menos desenvolvido e alvo de menos intenso interesse nas origens romanas. Como sistema de restrições ao exercício da repressão pelo Estado, o processo penal sofreu abrandamentos humanitários com o Iluminismo, mas nem por isso sua ciência obteve então significativos progressos. Só vai tomando feição verdadeiramente científica nas últimas décadas, mercê do trabalho e investigações que se processam a nível de direito processual constitucional e teoria geral do processo.” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 80 e 82).

⁸⁸ José Frederico Marques ressalta que o “*Direito Processual Penal* é ciência autônoma no campo da Dogmática Jurídica, uma vez que tem objeto e princípios que lhe são próprios. A sua designação científica atual (Direito Processual Penal) bem demonstra essa sua autonomia, ao revés do que antes sucedia, quando se falava pura e simplesmente em *processo penal*” (*Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. I, p. 21); Rogério Lauria Tucci, *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 53-55; Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Prefácio. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*, cit., p. 7-9; Cândido Rangel Dinamarco: “Mas também o processo penal comporta, se não exige, tratamento a nível científico e geral, sendo lamentáveis os posicionamentos ainda existentes no seu trato, como se fora algo empírico e rebelde à teoria geral” (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 76).

⁸⁹ Como ocorre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Atualmente conta com uma sub-área de Direito Processual Penal, vinculada à área do Direito das Relações Sociais, cujos Professores Titulares são os Doutores Hermínio Alberto Marques Porto e Marco Antonio Marques da Silva. A atividade incessante de aulas específicas sobre os temas e problemas do Direito Processual Penal, aliada às centenas de orientações realizadas pelos Eminentes Professores, pautadas em estudos sistemáticos, metódicos e com objeto de estudo definido, para, ao final, o orientando apresentar uma tese ou uma dissertação, conforme o nível de estudo, e defendê-la perante uma Banca Examinadora composta por Professores Doutores. Pode-se traduzir o trabalho dos Professores Titulares em Direito Processual Penal como atividade estritamente científica, voltada à formação de novos cientistas desta Ciência. Além disso, vale ressaltar a quase infinita produção científica dos cultores da Ciência Processual Penal nos últimos vinte anos em decorrência da democratização da persecução penal brasileira. Por isso, o

A discussão sobre a mudança de paradigma das ciências física, química, biológica, econômica, embora permanente, teve seu ápice na década de setenta e a Ciência do Direito não se deu conta que passava pela mesma crise, posta pelo autoritarismo da época, com destaque para o Brasil, onde o Estado perseguiu, eliminou e torturou pessoas, desrespeitando os direitos humanos conquistados na história da humanidade. O Código de Processo Penal brasileiro mostrava-se como instrumento adequado, pois concebido em período, igualmente, autoritário.

A Ciência Processual contentava-se com a mera transferência mecânica dos princípios, regras, institutos do Direito Processual Civil ao Direito Processual Penal, formando, assim, a denominada *teoria geral do processo*. Tanto que Luis Eulálio Bueno Vidigal, na década seguinte, apresenta estudo questionando a unificação dos estudos de ambas as áreas.⁹⁰

Trata-se da denominada *teia da vida*,⁹¹ onde tudo se inter-relaciona e se ramificação ao mesmo tempo. Por isso, tem razão James Goldschmidt quando afirma que a estrutura do processo penal de uma Nação Direito Processual Penal é o termômetro da Democracia,⁹² pois uma alteração climática, biológica, como ocorre nos casos de vírus mortais como o ebola, pode eclodir um fato social,

argumento de superioridade do Direito Processual Civil sobre o Direito Processual Penal, na atualidade, não se sustenta!

⁹⁰ Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Por que unificar o Direito Processual? In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

⁹¹ Explica Fritjof Capra que “os critérios do pensamento sistêmico descritos neste breve sumário são todos interdependentes. A natureza é vista como uma teia interconexa de relações, na qual a identificação de padrões específicos como sendo ‘objetos’ depende do observador humano e do processo de conhecimento. Essa teia de relações é descrita por intermédio de uma rede correspondente de conceitos e modelos, todos igualmente importantes. Essa nova abordagem da ciência levanta de imediato uma importante questão. Se tudo está conectado com tudo o mais, como podemos esperar entender alguma coisa? Uma vez que todos os fenômenos naturais estão, em última análise, interconectados, para explicar qualquer um deles precisamos entender todos os outros, o que é obviamente impossível. O que torna possível converter a abordagem sistêmica numa ciência é a descoberta de que há conhecimento aproximado. Essa intuição é de importância decisiva para toda ciência moderna. O velho paradigma baseia-se na crença cartesiana na certeza do conhecimento científico. No novo paradigma, é reconhecido que todas as concepções e todas as teorias científicas são limitadas e aproximadas. A ciência nunca pode fornecer uma compreensão completa e definitiva” (Fritjof Capra, *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 49).

⁹² James Goldschmidt, *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. II, p. 110.

como uma revolução, e afetar o Direito aparentemente estável, mesmo nos Estados democráticos.

Pode parecer paradoxal se basear na teoria dos sistemas, que pressupõe a inter-relação entre tudo, e sustentar a existência de uma teoria própria do Direito Processual Penal, mas não.

Como visto em subsistemas, a compreensão dos sistemas, sob o enfoque do tridimensionalismo,⁹³ não impede a existência de subsistemas normativos como o processual penal.

A idéia de um pensamento sistemático diz respeito à interdisciplinaridade, característica de qualquer conhecimento científico, pois os objetos não têm significado isoladamente. Isso não implica em criar uma teoria geral sobre todas as ciências, o que seria utópico.

A teia é composta por aproximação das relações. Assim, a disciplina que tem relação constante com o Direito Processual Penal é a Penal (material).

Isso porque num Estado Democrático de Direito, sob o ponto de vista da política criminal, a dogmática processual penal, assim como a penal, segundo Antonio Chaves Camargo, tem um papel relevante na reafirmação dos direitos humanos fundamentais e na orientação do legislador para aperfeiçoar a persecução penal e a execução da pena.⁹⁴

Como política significa a seqüência de decisões escolhidas entre aquelas disponíveis, o sujeito a escolherá conforme o próprio estado de conhecimento e, principalmente, pelo “estado inicial de coisas”.⁹⁵ Essa capacidade para utilizar

⁹³ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 294.

⁹⁴ Antonio Chaves Camargo explica que: “A dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas para cumprir os objetivos de reafirmação dos valores vigentes, tendo como apoio às suas teses os princípios constitucionais que as orientam, colaborando, também, para obstaculizar a criminalidade e colaborar para a construção das normas futuras” (Antonio Chaves Camargo, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 194).

⁹⁵ Márcio Pugliesi, *Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos*, cit., p. 163.

símbolos, referentes ao Direito Processual Penal, possibilita ao sujeito o ensaio de uma política diferenciada para que encontre uma decisão possível⁹⁶ e adequada.

O ordenamento jurídico de um Estado encontra equilíbrio graças ao estabelecimento de políticas, que conduzem o estado de coisas de uma incerteza para a certeza. Isso se denomina como “sistema social em equilíbrio”. Márcio Pugliesi destaca algumas características que são úteis para o sistema processual penal brasileiro.

Considera a necessidade do sistema de retornar ao ponto de equilíbrio quando perturbado por ações internas ou externas. Esse sistema social considera qualquer perturbação, ainda que interna como “proveniente do exterior” ou “provocada por sujeitos à margem do sistema entre (marginais) e tratada como tal.⁹⁷

Na esfera penal, esses sujeitos perturbadores passam a ser investigados pelos órgãos de persecução penal em decorrência do poder-dever de punir do Estado. Para restabelecer o equilíbrio “quanto maior a perturbação, com tanto mais força reagirá o sistema”.⁹⁸

Há a possibilidade de amortecimento no sistema. Isso significa que a reação às perturbações depende das metas do sistema jurídico.⁹⁹

As metas de um sistema processual penal constitucional se baseiam em duas premissas básicas, a primeira exteriorizada na *dignidade da pessoa humana*, especialmente no tratamento do investigado e do acusado e, na *eficiência para buscar a verdade que mais se aproxima do fato delituoso*, a fim de identificar o autor e a materialidade delitiva.

⁹⁶ idem, ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

Os mecanismos de controle do sistema evitam a ocorrência de catástrofes, mas quando o ponto de equilíbrio é perturbado, as condições de certeza desaparecem, e as de incerteza são estruturadas com efeitos de previsões que conduzem as novas políticas.¹⁰⁰

A ameaça do sistema penal pelo infrator impõe o início da persecução penal e no final desta, o juiz deve escolher dentre as possibilidades postas pelo sistema por uma nova decisão política.

Essa decisão pauta-se no plano “negocial” aberto, visto que a sentença depende da produção de provas e da formação de um estado de conhecimento do juiz capaz de fazê-lo decidir sobre a imposição ou não de uma pena.

Para esclarecer a inter-relação entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal, são oportunas as palavras de Miguel Reale sobre a teoria tridimensional do direito nos limites de compatibilidades com a natureza das ciências humanas, pois têm

dados que compõem a experiência jurídica, correlacionando-os *dialecticamente*, de maneira que os três factores componentes se desenvolvam inter-relacionados no tempo, com possibilidade de prever-se, embora de maneira conjectural (e a *conjectura* é reconhecida, hoje em dia, como um dos elementos inerentes ao conhecimento científico), como eles poderão se influir reciprocamente, inclusive, em função da superveniência de novas mutações factuais, axiológicas e normativas.¹⁰¹

Além da relação, outro critério relevante para identificar a comunicação entre as ciências reside na igualdade de importância dos conceitos e modelos.¹⁰² Tanto os conceitos, quanto os modelos, são diferentes entre o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, conforme as constatações feitas sobre os fundamentos daquela disciplina.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 164-165.

¹⁰¹ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*, cit., p. 155.

¹⁰² Vide nota acima: “Essa teia de relações é descrita por intermédio de uma rede correspondente de conceitos e modelos, todos igualmente importantes”.

O universo relacional sobre a apuração de uma infração penal, ou seja, sobre a persecução penal, se limita às ciências criminais, aos fatos e valores sociais.

Inegáveis as contribuições das clássicas concepções de Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman para estruturar a Ciência Jurídica, especialmente a Ciência Processual Civil.

Foi-lhes permitido praticar a *descoberta* para construir culturalmente uma Ciência expressa em conhecimentos ordenados, lógicos e jurídicos. Tolher dos cientistas do Direito Processual Penal essa oportunidade, não se mostra razoável. Basta a transferência mecanicista à Ciência Processual Penal do construído pela clássica concepção do Direito Processual Civil?

É de se fazer uma ponderação, pois essa clássica concepção contribui expressivamente para o desenvolvimento científico dos estudos sobre o processo e a jurisdição, especialmente para permitir uma organização jurídica. São as conquistas decorrentes das descobertas, que permitem, por exemplo, a técnica constitucional legislativa, no exercício do poder originário, elaborar a estrutura do Poder Judiciário e das Instituições essenciais à Justiça.

Porém, os dogmas conquistados, quando utilizados para cercear o desenvolvimento de outra Ciência, ainda que similar, não se prestam aos seus fins.

Além do método e da sistematização, exige-se a identificação do objeto de estudo para preencher a tríade necessária para caracterizar determinada disciplina como Ciência.

Dogmaticamente, o Direito Processual Penal está mais próximo das Ciências Criminais do que do Direito Processual Civil, principalmente pela identidade do objeto do *processo penal* (levar a efeito a punição). Impossível estudá-lo sem correlacioná-lo com o Direito Penal, com a Criminologia, a Criminalística, a Antropologia forense, etc.

O Direito Processual Penal tem como objeto as normas (princípios e regras) processuais penais constitucionais e infraconstitucionais.

A definição do objeto do Direito Processual Penal e a sua aceitação implica a abertura do sistema processual penal normativo,¹⁰³ especialmente voltado aos fatos sociais conforme o contexto histórico e os valores de justiça.

Sobre a abertura do sistema, destaca Antonio Chaves Camargo que

Não se pode mais pensar numa ciência penal pura, sem qualquer influência de outros ramos do saber científico, como a Filosofia e Sociologia, pois, estão presentes na sua formulação a ideologia de poder, além de um vínculo estreito com a política, estabelecendo, a partir daí, os princípios de política criminal, tendo em vista, sempre, a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.¹⁰⁴

Pode-se definir o objeto do Direito Processual Penal brasileiro como os *princípios e regramentos relacionados à tutela dos direitos humanos fundamentais e à intervenção estatal na vida do indivíduo na persecução penal, expressos na Constituição da República Federativa de 1988, no Código de Processo Penal e nas leis especiais, os fatos sociais definidores da forma de apurar as infrações penais e os valores de justiça social.*

Essa definição do objeto delinea o *sistema processual penal brasileiro* como a *organização dogmática de normas jurídicas* constitucionais e infraconstitucionais, voltadas à tutela do indivíduo no desenvolvimento da

¹⁰³ Como ressalta Antonio Luis Chaves Camargo, sobre o sistema penal, mas perfeitamente extensível ao sistema processual penal, “na atualidade, não mais se justifica a utilização de um sistema penal fechado, que é axiomático e dedutivo, e herança do Direito Penal clássico. ... O sistema jurídico-penal tem que apoiar-se num sistema aberto, representado pela ordenação e conservação dos conhecimentos científicos, que serão levados em conta no momento da aplicação. Não se trata do abandono absoluto dos referenciais dogmáticos, mas a adaptação destes às características dos fatos que tenham relevância para a ciência penal. Este sistema aberto é integrado por categorias valorativas, permitindo que novos conceitos surjam, decorrentes da definição dos conflitos sociais e, em consequência, determina a evolução social e o desenvolvimento da ciência jurídico-penal” (*Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, cit., p. 190).

¹⁰⁴ Antonio Luis Chaves Camargo, *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*, cit., p. 190.

persecução penal e durante a execução da pena e à apuração das infrações penais; de *atos sociais* que transmitem *valores*, estes expressam o sentido das normas, e; de *conhecimentos técnico-científicos* desenvolvidos em prol da humanidade, a fim de formar um processo penal democrático e eficiente.

Assim, cabe à dogmática processual penal organizar sistemicamente os elementos relacionados ao Direito Processual Penal e não à teoria geral do processo.

Uma questão preocupante para o sistema processual penal está na incessante produção legislativa sem o mínimo de conhecimento técnico-jurídico. Isso porque determinados grupos da sociedade controlam a produção normativa e através da mídia manipulam a opinião pública. Principalmente os detentores de riquezas, pois são os principais financiadores das campanhas eleitorais, inevitavelmente, “passam a manter relações de proximidade e amizade”.¹⁰⁵

Márcio Pugliesi ressalta que as “situações de intensa pressão sobre a esfera política acabam por apressar a aprovação de normas que demorariam por demais para serem aprovadas”.¹⁰⁶

No Brasil, além das modificações pontuais em decorrência de determinado fato social se desenvolve uma reforma processual penal completa. Embora esta seja necessária, a velocidade dos trabalhos da Comissão Especial de estruturação do novo Código de Processo Penal excedeu a razoabilidade do prazo para discussão preliminar, ou seja, antes da formalização do Anteprojeto em Projeto de Lei. A complexidade dos institutos e regramentos processuais penais não foi considerada na fixação do tempo para delineados de forma clara, precisa e objetiva.

A elaboração de leis e Códigos, como já ressaltava Aristóteles 340 a.C., constitui uma arte.¹⁰⁷ As idéias de aperfeiçoamento do sistema devem ser

¹⁰⁵ Márcio Pugliesi, *Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos*, cit., p. 176.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁷ Aristóteles, *Ética a Nicômacos*.

discutidas com a comunidade jurídica “advogados, membros do ministério público, membros do poder judiciário, peritos criminais, defensores públicos e cientistas do direito.” Isso permite o aperfeiçoamento e delineamento lógico do sistema a fim de afastar as incoerências e as nefastas inconstitucionalidades.

Por fim, constata-se que a dogmática processual penal preenche todos os requisitos exigidos para desenvolver uma própria teoria, desvinculada da teoria geral do processo civil.

Conforme Nicola Abbagnano, são requisitos fundamentais para formar uma teoria “a *unificação sistemática* de conteúdos diversos”; a formação de um conjunto de “*representação conceitual e simbólica* dos dados de observação” e; “constituir um conjunto de *regras de inferências* que permitam a previsão dos dados de fato”.¹⁰⁸

A teoria do Direito Processual Penal atende a esses três requisitos. Primeiro porque *integra uma unidade organizada sistematicamente de conteúdos diversos*, vistos separadamente, *investigação criminal, ação penal, processo penal, jurisdição penal e execução da pena*. Apresenta uma *representação conceitual e simbólica dos dados observados por meio de enunciados descritivos* em correlação com cada um de seus conteúdos. Por último, as *regras postas permitem a previsão dos dados fáticos na dinâmica da persecução penal*, desde o cometimento do fato penalmente relevante até o julgado final, inclusive de eventuais recursos interpostos, e da *execução da sentença penal condenatória irrecorrível*.

¹⁰⁸ Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*. Cit., p. 953.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa que proporciona lastro ao presente trabalho procura-se analisar o desenvolvimento do Direito Processual Penal como ciência apta a embasar uma teoria própria. Trata-se do objeto da pesquisa, o qual remonta uma abordagem dogmática, culminando na denominada *teoria dos sistemas*.

Desponta como premissa de partida para atingir-se o supracitado objeto e as suas conseqüentes implicâncias a identificação do Direito como Ciência e a definição da linha filosófica da presente pesquisa.

Modernamente, a ciência se relaciona ao conhecimento que garante a própria validade e se caracteriza pela demonstração, descrição e corrigibilidade.

A complexidade do universo enseja a ramificação científica, a fim de aprofundar o conhecimento de determinado objeto.

Considera-se determinada disciplina como ciência quando estiver bem definido o objeto de estudo pela operação dos cientistas que fixa o conhecimento de forma sistematizada, através de um método. Este confere segurança aos resultados obtidos.

A Jurisprudência ou a Ciência do Direito sistematiza o próprio conhecimento, através dos métodos histórico, analítico, empírico e dialético. Tem como objeto o conjunto de normas jurídicas. Está contida no ambiente das ciências sociais.

A filosofia insere a Ciência do Direito no mundo da problematização científica, em contraposição ao tecnicismo jurídico. A epistemologia auxilia na definição da linha filosófica que confere coerência lógica à pesquisa, a fim de evitar resultados contraditórios e confusos.

Optou-se pela *fórmula Reale* – teoria tridimensional do direito como linha filosófica da presente pesquisa.

O ordenamento jurídico decorre da cultura de determinada Nação, por isso, a norma é indissociável dos fatos e dos valores. Qualquer expressão jurídica se relaciona com esses três elementos, numa dialética da complementaridade, ainda que estudado pelo sociólogo ou pelo filósofo. Os estudos são diferenciados pelo sentido dialético atribuído por cada pesquisador, caracterizador de uma tridimensionalidade funcional do saber jurídico.

O código genético da ciência que estuda o processo penal reside na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos fundamentais, especialmente no tratamento a ser ofertado ao acusado e ao condenado.

Os fundamentos do Direito Processual Penal devem ser relidos pelos cientistas e intérpretes sob o enfoque da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais.

O Direito Processual Penal constitui um ramo da ciência jurídica, com autonomia científica, voltado à organização dos seus elementos utilizados para tutelar tanto o investigado e o acusado, como o condenado, na busca estatal pela verdade que mais se aproxima do fato delituoso, a fim de aplicar uma sanção penal àquele considerado infrator por meio do devido processo penal e na execução penal.

O Direito Penal não é auto-executável, depende do processo penal para impor a sanção ao culpado, por isso, o devido processo penal é imprescindível para impor uma penalidade ao infrator da norma penal incriminadora (*nulla poena sine iudicio*).

O poder-dever de punir é exclusivo do Estado, não se admite a autotutela, mesmo quando a ação penal for de iniciativa privada, neste caso, haverá legitimação extraordinária.

O Ministério Público tem a atribuição exclusiva de pleitear perante o Poder Judiciário o reconhecimento do dever de punir, quando a ação penal for iniciativa pública.

Nos regimes democráticos, além do poder-dever de punir, o Estado tem o dever de tutelar os direitos humanos fundamentais e a liberdade jurídica do indivíduo.

A Polícia Judiciária deve, por meio da investigação criminal imparcial, instruir o juízo penal com o mínimo de provas exigido para se formular uma acusação e tutelar o cidadão contra perseguições e imputações injustas.

O Ministério Público, como Instituição essencial à Justiça, deve participar da persecução penal de forma imparcial, sem perder a característica de órgão de acusação. Após a verificação dos elementos probatórios necessários para a propositura da ação penal, passa a exercer uma atividade parcial (parte *sui generis*), pois deve sustentar a acusação em juízo, sempre optando pela justiça.

O Poder Judiciário exerce papel relevante no exercício da jurisdição. O juiz penal, além de aplicar a norma penal incriminadora ao caso concreto, deve tutelar os direitos humanos fundamentais do indivíduo, tanto na fase policial, pelo controle interno da Polícia Judiciária, como nas fases da ação e da execução penal.

A imprescindibilidade do devido processo penal, o monopólio estatal do poder-dever de punir e a tarefa do juiz penal e do delegado de polícia de tutelar os direitos humanos fundamentais diferencia o Direito Processual Penal do Direito Processual Civil, porque indicam o permanente interesse público na persecução penal e na execução da pena, assim como, traça a regra geral do Direito Processual Penal denominada publicística.

O dever estatal de perseguir o provável autor do delito consiste na persecução penal do provável autor da infração penal até a aplicação da sentença penal condenatória definitiva.

A persecução penal compõe-se das fases extrajudicial e judicial. A primeira é preparatória da ação penal e preventiva de acusações injustas. A segunda fase se exterioriza com a ação penal, perante o Poder Judiciário, em dialética processual.

As provas penais estão sujeitas as peculiaridades diversas da prova civil. Existem limites preestabelecidos para a persecução penal, as espécies são diversas e os meios são mais interventivos, como a interceptação telefônica ou ambiental.

A efetividade da persecução penal depende da atuação da Polícia Judiciária e do Poder Judiciário. Sem inquisitividade não há apuração criminal, é essencial à eficiência da busca da verdade possível.

Verifica-se a inquisitividade na discricionariedade regrada legalmente atribuída à autoridade policial a fim de agir de ofício para apurar uma infração penal, realizar diligências, ouvir testemunhas, suspeitos e prováveis autores, requisitar exames periciais, proceder à reprodução simulada dos fatos, etc.

Constata-se a inquisitividade nos poderes instrutórios conferidos ao juiz penal para ordenar, quando necessário, adequado e proporcional, a produção antecipada de provas (urgentes e relevantes) antes do início da ação penal e para determinar a realização de diligências, durante o curso da fase judicial, para solucionar eventuais dúvidas sobre ponto relevante.

A estrutura da persecução penal, especialmente pela fase extrajudicial, difere daquela nos conflitos civis, onde o Estado não participa. A investigação criminal - persecução penal se inicia logo após a prática do fato delituoso. A apuração é oficialmente pública.

O conflito penal (de alta relevância social) instala-se no momento da infração penal com a violação de uma norma penal incriminadora.

Em âmbito penal, o poder-dever de punir não pertence aos envolvidos na infração penal (infrator e ofendido), é insolúvel pelas partes. A atuação estatal decorre da obrigatoriedade de apurar as infrações penais.

Na esfera civil, os envolvidos têm a ampla liberdade (disponibilidade) para exigir ou dispor de um direito. Socorrem-se do Poder Judiciário quando não houver consenso; a demanda deve ser devidamente necessária, sob pena de carecer do direito de ação.

Nas hipóteses legais de ação penal de iniciativa privada e de ação penal pública condicionada à representação, há uma faculdade conferida ao ofendido para levar ao conhecimento do Estado a notícia de um crime e solicitar o início da persecução penal, em decorrência da preservação da intimidade da vítima, como uma forma racional de evitar um dano superior ao sofrido pela infração penal.

O requerimento ou a representação da vítima impõe ao Estado o dever de iniciar a investigação criminal - persecução penal, no exercício do poder-dever de punir, de forma idêntica aos crimes de ação penal de iniciativa pública.

A oficialidade da investigação criminal demonstra a incoerência em tentar unificar duas disciplinas com dinâmicas e regramentos diversos.

O Direito Processual Penal tem como objeto de estudo, além do processo, a investigação criminal (fase extrajudicial). O Direito Processual Civil não tem por fim estudar as relações extrajudiciais.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inspirou a dogmática processual penal a aprofundar os estudos sobre o inquérito policial. As novas pesquisas superam o entendimento dominante de que o inquérito policial se trata de mera peça informativa, administrativa e inquisitiva, para reconhecê-lo como verdadeiro instrumento de tutela da sociedade.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, não se coaduna com esse regime atribuir a situação jurídica subjetiva de objeto da investigação ao

indiciado. Com fundamento na dignidade da pessoa humana reconhece-se a situação de sujeito de direitos e obrigações ao investigado (suspeito e indiciado).

Esta mudança impõe a adequação do inquérito policial ao regime democrático. Trata-se de instrumento administrativo, mas com fins judiciais para: preparar a acusação; instruir o juiz penal para recebê-la; preservar o investigado contra acusações infundadas; preservar a justiça penal contra acusações sem justa causa, cujo resultado inútil é previsível.

O inquérito policial tem valor relativo como elemento de prova, assim como as demais provas, mas em grau inferior porque depende da avaliação conjunta com estas, nas quais formam o conjunto probatório.

O sigilo exigido na investigação criminal não a transforma em procedimento inquisitivo. Tem o fim de preservar os atos de Polícia Judiciária eminentemente investigatórios. Após a materialização desses atos, perdem a qualificação de sigilosos.

A incomunicabilidade tem como fonte inspiradora o direito penal do inimigo, de cunho autoritário, o que qualificava o inquérito policial como inquisitivo, mas, não foi recepcionada pela Constituição Democrática brasileira.

A preparação da ação penal diverge completamente da civil, pois tem suas peculiaridades, inclusive essa fase denominada investigatória deve ser rigorosamente controlada pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público. O inquérito policial ou as informações estão sujeitas ao arquivamento.

Para o recebimento da ação penal, além da presença das condições da ação, é preciso verificar a denominada justa causa. Nessa fase inicial do processo penal é possível absolver o acusado sumariamente com base na defesa preliminar apresentada após a citação.

A ação penal humaniza a Justiça penal por expressar a vedação de realizar a justiça pelas próprias mãos, como a vingança privada. Representa o direito de acesso à Justiça penal para aplicar uma sanção penal ao violador da norma penal incriminadora e a real contraditoriedade do acusado à imputação.

O processo penal é o instrumento dos juízes e tribunais para aplicar uma sanção penal ao infrator da norma penal incriminadora, para tutelar o acusado contra possíveis arbítrios estatais e, subsidiariamente, para assegurar os direitos patrimoniais do ofendido.

Concomitantemente a finalidade de aplicar à pena, o processo penal tutela a liberdade jurídica do acusado através de regramentos constitucionais, consagrados como direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, e infraconstitucionais, tratados especialmente no Código de Processo Penal, limitando o poder estatal contra possíveis arbítrios.

O procedimento materializa o processo penal, representa a formalização deste, como uma sequência de atos sucessivos e coordenados, tendentes ao mesmo fim (alcançar a sentença penal definitiva), praticados tanto pelas partes e assistentes, como pelos juízes penais, tribunais e auxiliares.

O poder jurisdicional pertence ao povo de determinada Nação, expressa uma das faces do desdobramento da soberania estatal, ao lado das demais faces (poder executivo e poder legislativo), em decorrência da especialização funcional.

Trata-se de função típica do Poder Judiciário, potencialmente voltada ao poder-dever de realizar a justiça estatal e concretamente expressa na atividade exercida pelos juízes e tribunais, denominada ação judiciária.

O Poder estatal é uno e indivisível. Para o seu exercício, as funções são desdobradas em executiva, legislativa e judiciária. Analogicamente, a jurisdição como poder é una e indivisível, no exercício dessa função estatal se desdobra em penal e extrapenal.

Os instrumentos postos pela Constituição voltados à tutela do indivíduo contra possíveis arbítrios estatais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção, qualificam a jurisdição penal como constitucional.

Quando o indivíduo sofrer ou estiver na iminência de sofrer lesão ou ameaça a direito de liberdade jurídica, a jurisdição penal atua para reconhecer e afirmar a prevalência deste direito sobre o poder-dever de punir.

A jurisdição penal tem o fim de solucionar relevante conflito de interesses sociais. Esses interesses são justapostos pela posição ocupada pelo Estado na persecução penal, pois busca a aplicação da sanção penal e a proteção do direito de liberdade do acusado.

Os dispositivos constitucionais que tratam genericamente sobre o processo e o procedimento não demonstram a unidade processual; dispõem sobre a estruturação e a organização do Poder Judiciário, que não se divide em penal e extrapenal.

O critério de distinção entre a jurisdição penal e civil, como atividade, está na natureza do caso concreto a ser apreciado pelo Poder Judiciário. Se o conflito de interesses envolve pretensões insatisfeitas que poderiam ser satisfeitas pelo obrigado, estar-se-á diante da jurisdição civil. Quando o conflito de interesses for de alta relevância social em decorrência de violação de norma estatal que tutela os bens fundamentais da sociedade (norma penal incriminadora), a jurisdição se faz penal.

Durante o trâmite do processo penal de índole condenatória ou executória, não se instaura uma lide no sentido carneluttiano: como uma pretensão resistida ou insatisfeita, que poderia ser satisfeita pelo obrigado.

O acusado criminalmente não pode satisfazer a *pretensão* estatal de aplicar uma sanção penal, sem a instauração de um devido processo penal (imprescindibilidade do processo penal de índole condenatória); a expressão *pretensão* é inapropriada no processo penal, pois o autor não exige o cumprimento de algo pelo acusado, apenas requer ao Poder Judiciário a aplicação da penalidade.

Nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima é inferior ou igual a dois anos, não há pena sem processo quando houver transação penal. Nesta hipótese, por questões de política criminal, a fim de conferir celeridade à Justiça penal, através da contenção de demanda excessiva, e de evitar que o autor do fato penalmente relevante não sofra os efeitos endógenos e exógenos de um processo penal, faculta-se a ele a possibilidade de assumir uma obrigação, que não importa em reconhecimento de culpa.

A confissão do acusado não torna os fatos incontroversos. Em âmbito penal, estes são, sempre, incontroversos. A opinião do Ministério Público, após a instauração do processo penal, pela absolvição do acusado não põe fim ao conflito e não impõe ao juiz julgar improcedente a ação penal. O Estado-juiz tem o dever de punir o verdadeiro culpado e de absolver o inocente, em tutela da segurança pública e da liberdade individual.

A lide não ocorre nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada. A legislação confere ao particular ofendido (querelante) o direito ao exercício da jurisdição penal (legitimação extraordinária) e a incumbência de impulsionar a ação penal até alcançar uma decisão definitiva, ocasião que cessa a legitimação extraordinária do particular; o Estado tem o monopólio do poder-dever de punir o infrator da norma penal (execução da pena).

O processo penal, por ser imprescindível para aplicar uma penalidade ao infrator da norma penal incriminadora e tutelar a liberdade jurídica do indivíduo, qualifica a jurisdição penal como *sui generis* e completamente diversa da jurisdição civil, onde o processo é um instrumento subsidiário para compor os conflitos.

Não se instaura uma controvérsia entre o infrator e o ofendido ou entre o infrator e o Estado-administração. O ofendido comunica a infração penal para ser ressarcido pelo dano e porque um bem fundamental da sociedade, que merece a tutela estatal, foi violado.

Constata-se que Francesco Carnelutti, em sua última fase do pensamento, se retratou pela transposição dos conceitos de *lide* e de *pretensão* para o processo penal. Reconheceu que a primeira não ocorre porque o processo civil e o processo penal não se desenvolvem de forma idêntica; o ofendido participa deste somente para obter a restituição da coisa ou o ressarcimento do dano e; o Ministério Público atua como parte sem interesse (*sui generis*, artificial). Afastou a pretensão do âmbito penal visto que é um elemento da lide adaptado, equivocadamente, ao processo penal; não é possível exigir a sujeição de alguém a uma pena; a exigência se põe a alguém que pode satisfazê-la; o Ministério Público não tem a possibilidade de exigir a sujeição do acusado à sanção penal.

Verifica-se que a ausência de duas pretensões (pretensão insatisfeita ou não atendida de uma parte e a resistência de outra em realizar a obrigação) e, por conseguinte, de lide no processo penal demonstra que este não tem a característica contenciosa do processo civil.

A realização da justiça penal impõe a contraditoriedade real, como meio de tutela daquele considerado inocente. Trata-se de uma criação estatal para alcançar a verdade pela participação contraditória dos sujeitos processuais. Essa característica decorre do regramento constitucional do contraditório. O acusado quando citado não tem a faculdade de responder ao pedido do postulante, deve participar ativamente do processo penal por meio de defensor técnico até a coisa julgada da sentença penal.

Para atender essa contraditoriedade real o ordenamento jurídico brasileiro estatui como regra a indispensabilidade da defesa técnica, por isso, não há revelia no processo penal. Quando o acusado abandona o processo torna-se ausente, o que não interrompe o procedimento em curso, desde que o defensor constituído ou nomeado participe ativamente no exercício da defesa técnica.

O confronto dialético entre o poder-dever de punir e o direito de liberdade do acusado em decorrência da contraditoriedade real exigida, evidencia a regra nuclear do processo penal denominada publicística.

A coisa julgada penal tem peculiaridades diversas daquela obtida no campo extrapenal. A imutabilidade da decisão de mérito não é absoluta no processo penal, cede para os mecanismos de tutela da liberdade individual.

Será plena a coisa julgada penal quando se relacionar às sentenças absolutórias ou extintivas da punibilidade. Será sempre relativa quando estas forem condenatórias pela possibilidade de erro na condenação de um inocente.

A alteração de algum elemento fático no processo penal, como o pólo ativo da ação ou a causa de pedir, não permite a propositura de nova ação penal contra o mesmo acusado. Trata-se de uma garantia da sociedade contra perseguições e vinganças, a fim de evitar a ocorrência do *bis in idem*.

Na esfera penal não existem ações cautelares. A cautelaridade desafia a utilização de medidas específicas para assegurar o cumprimento da lei penal e o ressarcimento do dano causado ao ofendido, como a busca, a apreensão, o seqüestro, o arresto, as prisões cautelares, a hipoteca legal, a interceptação telefônica, entre outras. Essas medidas não dependem da instauração de processo cautelar diverso da ação principal; são incidentes da persecução penal.

Fazem parte do universo penal as ações acautelatórias, que visam a evitar a ocorrência de algum dano, como o *habeas corpus* preventivo, mas que divergem das ações cautelares.

Os nazistas e o Governo Norte-Americano romperam com o paradigma dos direitos humanos, respectivamente, por exterminar e conferir tratamento desumano a milhões de pessoas nos campos de concentração da Alemanha nazista e lançar duas bombas atômicas em território japonês. Esse caos ensejou a criação da Organização das Nações Unidas (1945), por meio de Carta das Nações onde reconhecem as barbáries que rebaixaram os seres humanos pela abolição do valor da pessoa humana e reafirmam a fé nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

Essas Nações editaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), onde reconhecem e se comprometem a respeitar os direitos e liberdades humanas fundamentais pautadas na dignidade e no valor do ser humano.

A teoria tridimensional do direito supera os métodos tradicionais de compreensão do direito, pois as normas jurídicas devem ser interpretadas conforme os valores e os fatos considerados tanto na elaboração como os supervenientes.

A Ciência Jurídica e o intérprete integram a denominada experiência jurídica (histórico-cultural), onde os valores expressam a realidade. Isso impõe a interpretação crítica e histórica do ordenamento jurídico.

A doutrina agrupa as peculiaridades do ordenamento jurídico, que é desorganizado, relacionadas à determinada área da ciência do Direito, em um complexo sistema lógico e coeso, denominado processual penal moderno.

O sistema processual penal moderno tem essa denominação não só pelo modelo acusatório regido pela inquisitividade regrada (discricionariedade da autoridade policial e poderes instrutórios do juiz penal), mas, principalmente pela necessidade dos juristas em aperfeiçoar e desenvolver os institutos próprios da ciência Processual Penal num encadeado lógico e preciso, tanto para o estudo e aperfeiçoamento, como para a correta interpretação e aplicação das normas processuais penais ao caso concreto.

Por mais que se tente aproximar o sistema processual penal do civil, constata-se a distância entre os institutos sistematizados pelos cientistas do Direito.

Esse momento histórico determina o ponto de mutação do Direito e do Direito Processual Penal na reconstrução das bases democráticas pelo reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela decorrem. Na persecução penal, o acusado passa a ocupar a situação jurídica subjetiva de sujeito de direitos e obrigações.

Com a ruptura da arbitrariedade estatal o sistema processual penal passa a ser qualificado pelo adjetivo constitucional, em decorrência da árdua reconquista da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais. Supera-se o sentido formal das normas processuais penais infraconstitucionais, para elevá-las ao grau de tutela da sociedade.

O modelo político-ideológico da persecução penal que se coaduna com os Estados Democráticos de Direito é o acusatório qualificado pela técnica moderna da inquisitividade regrada ou limitada para alcançar decisões justas em toda a apuração.

O ponto de mutação do direito processual penal impede a adoção de medidas funcionalistas para se alcançar um processo penal eficiente no combate à criminalidade moderna, como o terrorismo e o tráfico de drogas.

A produção incessante de princípios pela dogmática processual penal torna a tutela da liberdade jurídica dos indivíduos excessivamente flexível. As normas jurídicas subdividem-se em regras e princípios.

As regras contêm determinações que devem ser sempre satisfeitas, como os acusados devem exercer o contraditório. Não admitem conflito, será sempre aparente, caso exista deve ser resolvido pelo aspecto da validade, uma das regras deve ser declarada inválida.

Os princípios são mandamentos de otimização, podem ser satisfeitos em graus variados; por isso, podem colidir, neste caso, um deles cede, mas permanece válido.

A proposta funcionalista de utilizar essa técnica de ponderação de princípios para tornar a persecução penal eficiente esbarra no paradigma dos direitos humanos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro indica quando uma norma de direito fundamental será flexível (princípio) ou não (regra). O critério de identificação reside no regramento da legalidade. O intérprete e o julgador devem verificar quando a própria Constituição flexiona um valor, por meio da interpretação sistemática, o que pode ocorrer de forma explícita ou implícita.

O devido processo penal ultrapassa o sentido formal para exigir o desenvolvimento da persecução ou da execução penal de forma justa, equilibrada, com oportunidades reais.

Os Estados Constitucionais de Direito devem atingir os fins sociais para conferir a todos o amplo acesso à Justiça penal, desde a ocorrência do fato penalmente relevante até o momento da reabilitação. Isso impõe ao Estado o dever de oferecer assistência jurídica integral (técnica) e gratuita àqueles considerados hipossuficientes (econômica).

O estado de inocência do acusado expressa a situação em que este se encontra e diz respeito à consideração da prova penal; obriga o Estado a tutelar tanto o investigado, como o acusado, ainda que a prova demonstre que o indivíduo praticou a infração penal; perde a condição de inocente com a sentença penal condenatória definitiva.

Aflora como princípio o estado de inocência e não como regramento, porque a Constituição permite a adoção de medidas restritivas da liberdade

jurídica do investigado ou do acusado antes da decisão final, como o indiciamento, a busca e as prisões cautelares.

Constata-se a graduação do estado de inocência conforme o grau da acusação (suspeito, indiciado, denunciado, acusado formalmente), no qual implica a vinculação cada vez maior do imputado ao procedimento penal.

A igualdade no processo penal assegura a todos que serão investigados e acusados segundo procedimento preestabelecido no ordenamento jurídico. Assegura, também, a paridade entre os sujeitos parciais expressa na contraditoriedade efetiva.

O sucesso da função punitiva estatal depende do equilíbrio entre o órgão de acusação e o acusado, no qual enseja eventual tratamento desigual conferido pela lei a este, como recursos privativos da defesa e a adoção do *in dubio pro reo*.

Confere-se a ampla defesa ao acusado por considerá-lo como hipossuficiente por natureza em comparação com a ampla estrutura dos órgãos de persecução penal.

A ampla defesa deve ser perfeita e se divide em autodefesa e defesa técnica. A primeira pode ser renunciada pelo acusado, diante da impossibilidade de obrigá-lo (direito ao silêncio e dignidade da pessoa humana). A defesa técnica é imprescindível para realizar concretamente a contraditoriedade exigida na Justiça penal.

O Estado Democrático de Direito deve atuar nos limites legais para obter a prova penal. A vedação das provas ilícitas visa a proteger os direitos humanos fundamentais.

Constata-se a norma do juiz natural como garantia de uma decisão judicial justa. Expressa que o exercício da jurisdição pertence aos órgãos instituídos constitucionalmente para este fim; a constituição desses órgãos deve anteceder o fato a ser apreciado e; existe entre os vários juízos uma ordem de competência.

A consagração da regra da identidade física do juiz no sistema processual penal brasileiro se coaduna com os fins democráticos do processo penal de obter uma decisão justa, de pacificar a sociedade e tutelar tanto o acusado, quanto o ofendido.

Por meio da motivação das decisões se assegura a efetiva apreciação de todas as questões de fato e direito apresentadas pelas partes ao Poder Judiciário, o que permite delinear os exatos limites das decisões definitivas (coisa julgada penal) e das decisões interlocutórias, especialmente as que decretam as medidas cautelares, como a prisão preventiva e a busca domiciliar.

A motivação das decisões penais se caracteriza como meio de controle do exercício do poder jurisdicional. Expressa a imparcialidade do juiz e garante uma tutela judicial efetiva ao possibilitar a impugnação pelo inconformado.

Complementa a efetiva tutela jurisdicional o princípio da publicidade dos atos processuais, ao viabilizar o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Permite o controle da sociedade e das partes. Quando for inconveniente, admitem-se exceções previamente fixadas no ordenamento jurídico para tutela da intimidade ou quando o interesse social o exigir.

No exercício da jurisdição penal se decide sobre os direitos mais relevantes da sociedade, o que impõe a mais ampla tutela estatal. Por isso, o sistema processual penal brasileiro adquire um formato diferenciado dos demais sistemas processuais extrapenais. Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro ingressam nesse sistema diferenciado de tutela processual penal, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - *Pacto de San Jose da Costa Rica*.

Todos os direitos fundamentais expressos nesta Convenção são elementos do sistema processual penal constitucional brasileiro, pouco importa se a incorporação ocorreu antes da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro conduz ao reconhecimento do duplo grau de jurisdição como regra a ser obedecida, inclusive nos casos de competência originária dos tribunais.

A regra da razoável duração do processo diz respeito a toda persecução e à fase de execução penal, a fim de acabar com as intermináveis investigações criminais, com as prisões cautelares de longa duração e com o excesso de prazo na apreciação de benefícios do sentenciado. Com isso, impõe-se ao Estado a adoção de medidas eficazes a fim de realizar tal mister, sob o risco de desmoralizar a Justiça.

A norma jurídica em sua essência pura significa um imperativo autorizante, pois impera sobre a coletividade através das prescrições legais descritivas de comportamentos devidos e proibidos e autoriza o lesado a utilizar as sanções prescritas contra o infrator, pelos meios admitidos para cessar a violação, obter a reparação do dano ou a restituição do objeto no estado anterior.

A norma penal incriminadora, como espécie da jurídica, tem os mesmos atributos. Mas, autoriza somente o Estado a aplicar as sanções prescritas contra o infrator, por meio do devido processo penal, caracterizando-a como de coerção indireta, pela vedação da vingança privada, o que torna imprescindível a aplicação das normas processuais penais.

Os termos norma jurídica e dispositivo legal não são sinônimos. O legislador enuncia um *dever ser* hipotético relacionado à circunstância a que se destina (conduta exigível ou proibida); a norma jurídica é o significado hipotético do enunciado normativo.

As circunstâncias sociais auxiliam o intérprete na descoberta do significado da norma. As normas processuais penais, sob a égide do Estado Democrático Social de Direito, adquirem um significado especialíssimo: a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

A dificuldade para descobrir o significado da norma jurídica isoladamente inspirou os juristas a analisá-la em conjunto com as demais normas. Ganha relevo o estudo do ordenamento jurídico.

A insatisfação dos juristas permaneceu diante da dificuldade de encontrar o sentido das normas jurídicas agrupadas em um complexo desorganizado, com a mera leitura dos dispositivos para encontrar o sentido das normas. Buscou-se um meio de interpretação mais avançado, denominado pensamento sistemático.

Adota-se na dogmática processual penal uma denominação consagrada para indicar as características estruturais decorrentes da política ideológica do Estado: sistema processual penal acusatório, inquisitivo, acusatório moderno ou misto. Estes são modelos políticos e ideológicos da persecução penal.

Constata-se que o sistema jurídico processual penal ultrapassa esse sentido, diante do rompimento da humanidade com as generalizações mecanicistas que dominavam as ciências. A teoria geral dos sistemas atendeu a esse propósito ao fornecer uma ferramenta lógica para organizar o pensamento científico sobre o objeto de estudo.

O sistema jurídico difere do sistema ou ordenamento de normas jurídicas. Este diz respeito ao conjunto de leis de determinada Nação. O sistema jurídico ou da Ciência do Direito é formado por uma rede de enunciados descritivos, organizados sob a ótica de um mandamento nuclear. Situa-se como subsistema do sistema social global, mas difere deste pelas operações recursivamente fechadas, que permitem a autoprodução dos próprios elementos.

Atesta-se que a sistema jurídico tem a característica da incompletude. Para expressar a realidade complexa e dinâmica na qual está inserido recebe elementos externos (fatos sociais e valores - tridimensionalismo). Isso proporciona à Ciência do Direito acompanhar a evolução da humanidade com dados históricos para extrair o sentido das normas jurídicas.

Existem múltiplos sistemas que compõem o sistema jurídico, conforme o modo de observar a realidade jurídica. O desenvolvimento de subsistemas jurídicos permite a superação do tecnicismo jurídico, vinculado à interpretação literal do dispositivo normativo.

A Ciência tem o compromisso de apresentar progressos à sociedade, por isso, exige-se a conexão entre o ordenamento jurídico e as proposições descritivas desenvolvidas pela teoria do Direito Processual Penal.

O cientista do Direito Processual Penal organiza esta disciplina ao delinear o sistema processual penal, de raízes democráticas.

Faz-se necessário sistematizar o Direito Processual Penal ao lado de outras disciplinas jurídicas, o que possibilita a comunicação paritária entre elas, a fim de possibilitar o avanço científico e a complementação recíproca.

O grau máximo de generalização pretendido pela teoria geral do Processo não atinge os fins de utilidade e condensação. O ponto de partida utilizado pela teoria geral está na sólida construção da Ciência Processual Civil, que conduz a resultados, no mais das vezes, equivocados, em decorrência dos diversos significados dos institutos de cada ramo processual, como a coisa julgada penal e a coisa julgada civil.

O sistema jurídico não admite contradições, caso existam destroem o interior do conjunto e esfacelam o sistema. As conclusões antagônicas das teorias do Direito Processual Penal e geral do Processo quebram a coerência do sistema e demonstram que essas teorias não podem coexistir no sistema jurídico.

As diversas peculiaridades de cada ramo científico impedem que a teoria geral do Processo supere o desafio de disciplinar todos os ramos processuais. Isso só seria possível pela justa posição de ambas as teorias.

A proposta de uma teoria geral do Processo apresentada por Francesco Carnelutti e disseminada pelo mundo visava a dignificar o Direito Processual

Penal, principalmente porque os docentes desta disciplina eram especializados em Direito Penal e tratavam-na como uma disciplina complementar e meramente instrumental. Por isso, naquela época, a mudança de reitor do Direito Processual Penal a tornaria mais rica e bela, analogicamente igual à Cinderela.

A fase da superioridade científica do Direito Processual Civil sobre o Direito Processual Penal foi superada pela infindável produção científica dos processualistas penais. Esta ciência não é mais a Cinderela do Direito.

O Direito Processual Penal tem método próprio (empírico-dialético e técnico-jurídico) na construção do conhecimento amplo, sólido e sistematizado, especialmente no âmbito dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

A transferência mecânica dos princípios, regras e institutos do Direito Processual Civil ao Direito Processual Penal não se coaduna com a Ciência; impede a descoberta da essência dos próprios elementos.

A relação entre ambas as ciências decorre da interdisciplinaridade dos conhecimentos científicos, a fim de alcançar o melhor significado dos objetos. Forma-se uma teia por aproximação das relações; Nesta, há uma proximidade entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal decorrente da experiência jurídica, por isso, formam, ao lado de outras, as denominadas Ciências Penais.

O Direito Processual Penal brasileiro integraliza a tríade (conhecimento sistematizado, obtido metodicamente sobre objeto de estudo determinado) exigida para se qualificar como ciência, na identificação do objeto de estudo: os princípios e regramentos relacionados à tutela dos direitos humanos fundamentais e à intervenção estatal na vida do indivíduo na persecução penal e na execução da pena, expressos na Constituição da República Federativa de 1988, no Código de Processo Penal e nas leis especiais; os fatos sociais definidores da forma de apurar as infrações penais e; os valores de justiça social.

O sistema processual penal constitucional brasileiro se delinea como a organização dogmática de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais,

direcionadas à tutela da liberdade jurídica do indivíduo durante a persecução e a execução penal e à apuração das infrações penais; de fatos que expressam valores sociais para alcançar o sentido das normas, pela construção dogmática de conhecimentos técnico-científicos desenvolvidos em prol da humanidade, a fim de nortear uma persecução penal democrática e eficiente.

A dogmática processual penal preenche todos os requisitos para desenvolver uma teoria própria, desvinculada da teoria geral do Processo, porque integra uma unidade organizada sistematicamente de conteúdos diversos – investigação criminal, ação penal, processo penal, jurisdição penal e execução penal; apresenta uma representação simbólica e conceitual de dados observados por meio de enunciados descritivos e; estes enunciados possibilitam a previsão dos dados fáticos na dinâmica da persecução penal e da execução de sentença penal condenatória definitiva.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. da Trad. Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Francisco Alves e Cia, 1911, v. I.

_____. *Noções ontológicas de Estado, soberania, autonomia, federação e fundação*. São Paulo: Saraiva, 1960.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, s.d.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimp. Portugal: Coimbra, 2006.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ARRUDA, Eloísa de Souza. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARZT, Gunther. A parte especial do direito penal. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958, v 1.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito intertemporal. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Tribunal do Juri. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BALICO, Wladimir. A discriminação racial e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. 4. Ed. Milano: FrancoAngeli, 2008.

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial: doutrina, prática, jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito: filosofia, história e ciência do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-dez de 2004, n. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas*. 2. ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1975.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2005.

_____. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Rev. téc. Claudio de Cicco. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUZAID, Alfredo. A influência de Leibman no Direito Processual Civil Brasileiro. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Terrorismo e direitos fundamentais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008.

_____. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In.: *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. Coord. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Estudio del derecho y tirocinio profesional*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Averka Redín. Buenos Aires: EJE, 1959.

CAPEZ, Fernando. Lei de Improbidade Administrativa e as limitações constitucionais ao poder de punir em face do princípio da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria da imputação objetiva nos atos de improbidade administrativa*. Tese (Doutorado em Direitos Difusos e Coletivos, área de concentração Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *O Tao da física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental*. Trad. José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Trad. Frederico A. Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *Como se faz um processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004.

_____. *Lições sobre o processo penal*. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004. t. I.

_____. _____. t. II.

_____. _____. t. III.

_____. _____. t. IV.

_____. *O problema da pena*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

_____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

_____. Declaracion de certeza de los efectos civiles del dilito extinguido. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

_____. La cenicienta. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

_____. Sobre una teoria general del proceso. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

_____. *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Trad.: Ortega y Guerrero. Bogotá: Temis, 1956.

CARVALHO, Paulo de Barros. A “dignidade da pessoa humana” na ordem jurídica brasileira. In: In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da língua portuguesa*. 48. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. II.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CICCO, Claudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa – *Direito e Poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COHEN, Peter. *Arquitetura da destruição* (Documentário). Suécia: Versátil Home Video e Mostra Internacional de Cinema, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, ano 17, p. 89-103, jan./mar. 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

_____. _____. v. II.

_____. _____. v. III.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. IV.

_____. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Sobre o desenvolvimento da Doutrina Brasileira no Processo Civil. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

_____. Homenagem a Enrico Tullio Liebman. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Conflito de normas*. 8. ed. São Paulo 2008.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: 1º volume: teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Lacunas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOMINGUES, Joelza Ester; FIUZA, Layla Paranhos Leite. *História: o Brasil em foco*. São Paulo: FTD, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, ano 18, p. 72-91, jul./set. 1992.

_____. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. Curitiba: JM, 1998.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Comentários aos arts. 63-184. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. v. II.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal*. 5.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, EDUSP, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direitos Humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1988.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Processo Penal*. Brasília: Consulex, 1999.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. I.

_____. v. II.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GILES, Thomas Ransom. *Dicionário de filosofia: termos filosóficos*. São Paulo: EPU, 1993.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoria general del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. I.

_____. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, v. II.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. v.I.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. “Indignidade” da “Pessoa” humana, direito penal do inimigo e aspectos correlatos. In: In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, José Wilson. *Teoria Geral do Direito e hermenêutica constitucional*. Campo Grande: UNIDERP, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____;_____;_____. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

_____. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

GUERREIRO, Silas. *Antropos e Psique: o outro e sua subjetividade*. 6.ed. São Paulo: Olho D'Água, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried. O indisponível no processo penal. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

_____. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Backman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. Características e crises do Direito penal moderno. In: *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HINSLEY, F. H. *El concepto de soberanía*. Trad. Fernando Morera y Angel Alandí. Barcelona: Editorial Labor, 1972.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

HUISMAN, Denis. *Dicionário de obras filosóficas*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JAKOBS, Günther. O denominado Direito Penal de oposição. In: *Ciência do direito; e, Ciência do direito penal*. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Ciência do direito; e, Ciência do direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 1.

_____. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 4.

_____. *Teoria e prática da intervenção*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 8.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohen. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 22. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LEITE, Luciano Marques. O conceito de “Lide” no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. In: *Justitia*, v. 70, São Paulo, Serviço de documentação jurídica do Ministério Público, ano XXXII, jul-set. 1970.

LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1972.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984, v. I.

LIMA, Alcides de Mendonça. Justificativa da homenagem a Liebman. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIMA, Luis Fernando Camargo da Cunha. O controvertido papel da polícia. In.: *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, v. n. 39, São Paulo, IBCCRIM, ano 10, jul-set. 2002.

LINHARES, Maria Yedda. et al. *História geral do Brasil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In.: *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, v. n.39, São Paulo, IBCCRIM, ano 10, jul-set. 2002.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, v. I.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva, *Introdução ao direito. Introdução ao direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. Por que uma “teoria dos sistemas?”, *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves; Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: UFRGS/Instituto Goethe, 2002.

_____. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1988.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985, v. II.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983, v. I.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MACHIAVELLI, Niccoló. *A arte da guerra*. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino: UTET, 1931. v. I.

_____. _____. v. II.

_____. _____. 1932. v. III.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

_____. *Da competência em matéria penal*. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. I.

_____. _____. v. II.

_____. _____. v. III.

_____. _____. 1965. v. IV.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MATURANA Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos: una teoría de La organización biológica*. Santiago: Editorial Universitária, 1973.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal: segunda lectura constitucional*. Barcelona: José M.^a Bosch, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *O problema fundamental do conhecimento*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRÀNDOLA, Pico Della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Escala, [s.d.].

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria Criminal*. Trad. Alberto Antonio Soares. Rio de Janeiro: Livraria do Editor, 1871.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 7. ed. Trad. de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direitos Humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e dignidade da pessoa humana. IN: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Porque filosofia?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORES, José I. Cafferata. *Temas de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, um dissertação, uma tese*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O Ministério Público e a concretização do princípio da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ODERIGO, Mario A. *Derecho procesal penal*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, tomo I.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Lacuna e sistema normativo. In: *Separa da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. v. 53. [s.d.].

OLIVEIRA, Roberto da Silva. A dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a cooperação jurídica internacional penal: a experiência luso-brasileira. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *As garantias do devido processo penal*. In: Tratado temático de processo penal. Coordenador: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal*. São Paulo: Themis, 2001.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – Tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEDRO, Antonio. *A segunda guerra mundial*. 13. ed. São Paulo: Atual, 1994.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal – o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. *Direitos humanos, construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PINHEIRO, Rui; MAURICIO, Artur. *A constituição e o processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1976.

PINTO, Adilson José Vieira. *Polícia e direito*. In: Revista do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais. Campinas: Millennium, Ano 3, n. 4, set. 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Prefácio. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Inquérito policial: Exercício do direito de defesa. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 7, n. 83, abr. 1999.

_____. Mais de 126 anos de Inquérito Policial – Perspectivas para o futuro. In: *Revista da ADPESP*. São Paulo: Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, Ano 19, n.25, Mar. 1998.

_____. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993. cap. 6.

_____. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

_____. O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.

_____. Prisão temporária e crise urbana. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 603, jan. 1986.

_____. Arquivamento do inquérito policial. Sua força e efeito. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 11, p.13, out./dez. 1982.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. A fundamentação constitucional das normas processuais penais: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento: questionários*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença, no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Geraldo. Recursos e coes autônomas de impugnação. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUGLIESI, Márcio. *Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos*. São Paulo: RCS, 2005.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Teoria tridimensional do direito; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia jurídica: por uma filosofia antropológica do Direito*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A fase preparatória do processo penal – Tendências na Europa. O caso português. In.: *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, v. n.39, São Paulo, IBCCRIM, ano 10, jul-set. 2002.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

ROXIN, Claus. A parte geral do direito penal material. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela Córdoba et al. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

RUBIANES, Carlos J. *Manual de derecho procesal penal: teoría general de los procesos penal y civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Christiano Jorge. Interceptação telefônica, segurança e dignidade da pessoa humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Leandro Galuzzi dos. Procedimentos. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2005.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. A dignidade da pessoa humana e o prazo razoável do processo. A responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo? *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Trad. Silvina Bacigalupo. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

_____. *Tutela penal da intimidade*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso e direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Acesso à justiça penal e Estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Roberto Ferreira da. A prova pericial na reforma processual penal. In.: *Revista dos Tribunais*, v. 878, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 97, dez. 2008.

SILVA, Ronaldo Moreira da; OLIVEIRA, Carlos Alberto Correa de Almeida. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais. A influência da globalização no direito penal e direito processual penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M.Bosch, 2002.

SIMON, Jan-Michael. Jurisdicción universal – La perspectiva e derecho internacional público. In.: *Revista Brasileira da Ciências Criminais*, v. n.39, São Paulo, IBCCRIM, ano 10, jul-set. 2002.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre os direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

_____. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A criação do direito*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.I.

THOREAU, Henry David. *Desobediência civil*. Trad. Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. O direito processual penal. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 7.ed. Milano: AG, 2006.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. _____. v. 2.

_____. _____. v. 3.

_____. _____. v. 4.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

_____. *Contribuição ao estudo histórico do Direito Processual Penal: direito romano I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Visão do Direito Processual Penal Moderno. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal*, 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista do advogado*, Associação dos advogados de São Paulo, n. 61, Nov/2000, p. 89-103.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. et al. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Jurisdição, ação e processo penal: subsídios para a teoria geral do direito processual penal*. Belém: CEJUP, 1984.

_____. Jurisdição penal. In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

_____. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal: subsídios para sistematização e aplicação do direito transitório no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A licitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Prefácio. In: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Por que unificar o Direito Processual? In: *Revista de processo*, n. 27, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano VII, jul-set. 1982.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *O ordenamento jurídico e suas lacunas*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil, área de concentração Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1995.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.