

A INAFSTABILIDADE DA FORMA NO PROCESSO PENAL: (RE) DISCUTINDO O FUNDAMENTO, A FINALIDADE, A NATUREZA JURÍDICA, O OBJETO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Mateus Henrique de Oliveira Reis¹

RESUMO: Este artigo objetiva demonstrar o papel que a forma desempenha no processo penal, evidenciando a necessidade de que seja inafastável, porque materializa, ao mesmo tempo, garantia e limite: garantia ao acusado e limite ao poder de punir, que só se legitima quando observado o procedimento legal e previamente estabelecido. Para tanto, imprescindível (re)discutir o fundamento, a finalidade, a natureza jurídica, o objeto e os sistemas processuais penais. Assim, resgatadas as balizas que a Constituição Federal de 1988 previu, buscando dar ao processo penal traços acusatórios, e consolidando-o como único instrumento por meio do qual é possível aplicar a pena, servindo à efetivação de garantias, cuja natureza é de situação jurídica e o objeto é a pretensão acusatória, a forma no processo penal reassume seu caráter capital e inarredável.

PALAVRAS-CHAVE: Forma. Processo penal. Garantismo penal. Sistema acusatório.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo Penal: por que e para quê?. 3 A natureza jurídica e o objeto do processo penal. 4 Os sistemas processuais penais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

“Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã”². Assim principia a obra que, talvez, tenha sido a que descreveu de forma mais impactante a experiência pela qual pode passar o réu de um processo penal autoritário, burocrático, sigiloso, em suma, carente de qualquer direito ou garantia. É em *O Processo*, romance de Franz Kafka, que o exemplar funcionário de um banco é detido na

¹ Graduado em Direito Pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Rede LFG. Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS.

² KAFKA, Franz. *O Processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p.39.

manhã em que completava seus trinta anos de idade e, a partir de então, vê-se acusado pela suposta prática de um crime, com amparo em uma lei e por uma justiça que desconhece. Inicialmente, K. pensa não se passar de uma brincadeira, porém logo percebe tratar-se de algo sério e que, por mais esforço envide para demonstrar sua inocência, não conseguirá desvencilhar-se do desumano procedimento, até que, em um desfecho inesperado, na véspera de seu trigésimo primeiro aniversário, o process(ad)o fenece.

A Constituição Federal de 1988, na estrutura piramidal da ordem jurídica, “representa o escalão de Direito positivo mais elevado”, porque, materialmente, é “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”³. Ela assegura diversos direitos e garantias no que toca ao direito processual penal, decorrência lógica do Estado Democrático e de Direito, conforme anunciam seu preâmbulo e o *caput* do artigo 1º. Assim, a possibilidade de se verificar um processo de todo kafkiano parece afastada na conjuntura democrática constitucional vigente. Não obstante, sabe-se que a efetividade das normas constitucionais “resulta, comumente, do seu cumprimento espontâneo”, havendo reiterados, quiçá generalizados, casos de descumprimento aos preceitos normativos de hierarquia constitucional, como, “por exemplo, quando uma norma confronta-se com um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevaletentes na sociedade”⁴.

Esse parece ser o cenário quando se pensa no processo penal brasileiro. O Código de Processo Penal – inspirado no fascista Código de Processo italiano de 1930, o “Código Rocco” – evidencia seus traços inquisitórios em muitos pontos, afrontando a Constituição Federal, que, inspirada na árdua luta pelo fim da ditadura e pela definitiva reabertura democrática, consagrou a prevalência da liberdade individual à intervenção desmedida e arbitrária do Estado na vida dos cidadãos. Nessa intrincada relação, há quem adote interpretações que têm como ponto de partida o Código em detrimento da Constituição, tornando a norma superior tendencialmente ineficiente, e a inferior, tendencialmente ilegítima⁵.

3 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p.240.

4 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.83.

5 É o que ensina Luigi Ferrajoli ao referir-se aos modelos de direito penal mínimo e máximo, identificados, respectivamente, com os modelos do “Estado de direito” e do “Estado absoluto ou totalitário”: “Entre os dois extremos, como se viu, existem diversos sistemas intermediários, até o ponto de que se deverá falar mais apropriadamente, a propósito das instituições e dos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências convivem entre si, caracterizando a primeira

Todavia, “se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária [...], a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”⁶. Diante disso, conquanto seja, em certa medida, compreensível a dificuldade de se desenraizarem os citados sentimento social e tendências prevaletentes na sociedade, após quase três décadas entre nós, já é passada a hora de a Constituição transformar-se em força ativa, de se ter “vontade de Constituição”, como formulado por Konrad Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamento e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille for Verfassung)*⁷.

O proveito decorrente do respeito à Constituição não compensa os interesses momentâneos, e “quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado”. Ao reverso, quem não está disposto a isso, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”⁸. A interpretação que se deve fazer é a que conforma as disposições do Código de Processo Penal à Constituição, ou seja, uma leitura e uma filtragem hermenêutica constitucional do processo penal, e não o contrário, de modo que os direitos fundamentais assegurados na Carta da República não sejam restringidos ou suprimidos.

os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua superação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.101-102).

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.8.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.19.

⁸ BURCKHARDT, Walter apud HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.22.

Partindo dessas premissas, poder-se-á (re)discutir o fundamento, a finalidade, a natureza jurídica, o objeto e os sistemas do processo penal, bem como demonstrar a inafastabilidade da forma no processo penal.

2 PROCESSO PENAL: POR QUE E PARA QUÊ?

O homem lidou com a resolução dos conflitos surgidos na sociedade de distintas maneiras no decorrer da história, o que está diretamente atrelado à investigação acerca de por que existe o processo penal.

Em um primeiro momento, prevaleceu a vingança privada, a autodefesa ou a autotutela, em que o mais forte, pessoalmente ou por sua comunidade familiar, de forma totalmente arbitrária e tumultuária, impunha ao suposto violador do direito alheio a solução – nada jurídica – que entendia cabível ao ato por este praticado⁹. Solução que, a par de egoísta, era assaz perigosa, porque “o ofendido podia ser mais fraco que o autor do ataque e, assim, longe de obter a reparação do delito ou do dano sofrido, podia experimentar um novo e mais grave ataque”¹⁰. Com a certeza do cometimento de graves excessos, negava-se o próprio direito ao deixar a cargo dos indivíduos lesados a solução de seus conflitos, “de modo que frequentemente o juízo, ditado pelo ódio, era uma nova violação do direito”¹¹.

Após, surge o instituto da arbitragem, inicialmente facultativa e privada, mais tarde obrigatória e, por derradeiro, pública¹². Pode-se, aqui, começar a falar em monopólio estatal da justiça e do direito de punir. Afinal, era preciso que a solução dos litígios ocorresse de forma pacífica e justa, ficando a função de solucioná-los a cargo de um terceiro, que, além de árbitro, deveria ser mais forte para tornar a decisão respeitada e obedecida por todos. Somente o Estado poderia ser esse terceiro¹³.

Porém, o monopólio estatal da jurisdição assumiu formas arbitrárias, pois o juiz confundia-se com o legislador e a ideia da existência de um rito inalterável estabelecido como freio de quem exercia a jurisdição não era convincente. É nesse momento que, com a multiplicação das tarefas de governo e a aversão ao fato de o julgador representar o ofendido, nasce uma classe de cidadãos especialmente designados para exercer a função

⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.285.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.5.

¹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.285.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.25.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.5-6.

jurisdicional, a magistratura, que “assinalou uma época memorável no progresso civil, e é apenas nela que num Estado se pode esperar a realização da liberdade”¹⁴. Pôde-se, então, vislumbrar a fisionomia do juízo penal que hoje conhecemos, com o estabelecimento de ordenações que limitam a autoridade dos juizes e retiram da justiça traços de arbítrio, superstição ou autocracia, tomando a forma de uma instituição racional¹⁵.

A administração da justiça penal passa a ser função tipicamente estatal; o método de composição de litígios, o processo. Ao mesmo tempo, o direito de punir, antes nas mãos dos particulares, agora é exclusivo do Estado (convertendo-se em verdadeiro poder-dever), visto que os bens ou interesses tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, donde se extrai o dever estatal de dispor, além do *jus puniendi*, do *jus persequendi*, que vai realizar aquele¹⁶. O processo torna-se o instrumento de concretização do direito penal, que estabelece geral e abstratamente as condutas não permitidas e as penas correspondentes à violação da norma. Isto é, verificada a existência, em tese, da prática de um ato previamente proibido (*nullum crimen sine lege*¹⁷), unicamente por meio do processo admitir-se-á a imposição da pena ao indivíduo a quem se imputa a prática da infração (*nulla culpa sine judicio*¹⁸)¹⁹. Logo, a pena é o efeito jurídico do delito e do devido processo penal. Contudo, o processo não é efeito jurídico do delito, e sim da necessidade de impor a pena por meio do processo²⁰. Escreve Aury Lopes Jr., em precisa síntese sobre o que aponta como o “princípio da necessidade do processo penal em relação à pena”, que:

Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor

¹⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.290.

¹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.291.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.3.

¹⁷ Trata-se do axioma garantista A2 do “sistema penal SG” formulado por Luigi Ferrajoli, ao qual dá o nome de princípio da legalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.93). No direito pátrio, é estampado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição, cujo teor é reproduzido no artigo 1º do Código Penal.

¹⁸ Trata-se do axioma garantista A7, que Ferrajoli nomina como princípio da jurisdicioriedade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.495). Pode ser identificado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

¹⁹ Nesse ponto, indispensável referir a perspicaz lição introdutória de Geraldo Prado em seu *Sistema acusatório*, no sentido de que “o princípio mencionado - *nulla poena sine judicio* - não se exaure assim na mera legalidade dos procedimentos penais [...], fundamentando-se, para além da simples legalidade formal dos modos de proceder, em uma perspectiva ética que vai cimentar-se na legitimidade constitucional da atuação dos principais personagens envolvidos com a persecução penal e na estrutura e funcionamento das instituições próprias desta atividade” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.1).

²⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.61.

*uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena*²¹.

Se, por um lado, seria muito mais fácil e cômodo que o Estado, detentor do poder-dever de punir e responsável pela administração da justiça, irrogasse a sanção penal imediata e automaticamente, prescindindo do processo e ratificando sua soberania, por outro, “os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cedo e desenfreado, passaria a cometer”²². Ciente de que o exercício de qualquer poder resulta em inevitável possibilidade de abusos, o Estado limitou-se, reconhecendo a necessidade do processo. Deve, portanto, “antes de tornar efetiva sua pretensão de punir, colocá-la em confronto com os direitos de liberdade daquele contra quem vai exercer o *ius puniendi*”²³.

Não é por outra razão que a Constituição Federal previu a garantia do devido processo legal ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli, da submissão à jurisdição, cuja importância está para o direito processual penal assim como o princípio da legalidade está para o direito penal. A esse respeito, escreve o jurista italiano:

Precisamente, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio da submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição²⁴.

Esse o motivo pelo qual existe o processo penal. Na sua ausência é inviável, no âmbito de um Estado de Direito, a reprovação da conduta tida como delituosa, a imposição de uma pena legítima, inclusive se o acusado consentir, porque não há sujeição à pena senão por ato judicial²⁵. É inarre-

²¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.62.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.12.

²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.6.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.496.

²⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.64.

dável, pois, a ocorrência de um encadeamento de atos legalmente previstos com o fito de apurar a existência do fato e a culpa (em sentido amplo) do imputado em relação à prática de um ato tipificado pela lei como crime para que, ao final, o juiz decida absolvê-lo ou condená-lo, dosando, neste caso, a reprimenda que a ele deve ser infligida. Dessa forma, “pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais”, mas também “assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais”²⁶.

Em contrapartida, é indispensável perquirir: qual a finalidade do processo penal? Ou, para que processo penal? Uma pronta, fácil e não menos acertada (porém simples e reducionista) resposta, considerando o que foi dito, é dizer que seu escopo consiste em realizar, concretizar, efetivar o direito penal material ou substancial.

Quanto a isso, veem-se diversificados posicionamentos na doutrina. Afirma Francesco Carrara que, se se considera o juízo penal tanto no aspecto objetivo como no subjetivo, seu fim mediato coincide com o da pena, isto é, o restabelecimento da ordem, turbada pelo delito; o imediato é que o juízo intelectual resulte conforme a verdade, o que consiste no fim político do juízo, exteriormente considerado, porque não basta ter alcançado seu fim jurídico (conhecimento da verdade), mas também ser acreditado pelo povo, em razão de terem sido observadas as formas²⁷.

Semelhantemente, Tourinho Filho anota existir uma finalidade mediata, que se confunde com a do direito penal (paz social), e uma imediata, “que outra não é senão a de conseguir a ‘realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia jurisdicional’”. E arremata o autor: “Sua finalidade, em suma, é tornar realidade o Direito Penal”²⁸.

Nessa linha, Figueiredo Dias escreve ser fim do processo penal, “numa fórmula propositadamente neutral e incolor, a *afirmação (realização) do direito substantivo que corresponde ao objecto do processo*”²⁹. Mais à frente, assevera que “o verdadeiro fim do processo penal só poder ser a

²⁶ TOURINHO FILHO, *Fernando da Costa. Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.13.

²⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.300-301.

²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.30.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.40-41.

descoberta da verdade e a realização da justiça (ou mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)”³⁰, e finaliza: “o processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, *visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto*”³¹.

Segundo magistério de José Frederico Marques, a finalidade do processo penal é, igualmente, a aplicação, de maneira justa, das normas do Direito penal à pretensão fundada em fato penalmente relevante. Entretanto, nega que a descoberta da verdade seja finalidade imediata do processo, porquanto é ela meio e modo de reconstrução do fato sob julgamento, assim como propõe Magalhães Noronha³². O juiz, ensina Frederico Marques, para aplicar a lei penal ao caso em análise (finalidade), tem de possuir conhecimento acerca da exata verdade dos fatos ocorridos (meio e modo)³³.

Diante desse apanhado, é possível concluir que a materialização, a aplicação do direito penal é tida, seguramente, como finalidade do processo penal, havendo certo dissenso quanto à satisfação de uma pretensão e à busca da verdade.

Sem embargo, parece estar mais alinhada à democratização operada pela Constituição o posicionamento segundo o qual, para além das finalidades listadas, o processo penal existe precipuamente para proteger o acusado – que, submetido à jurisdição penal, é débil perante o aparato estatal e torna-se vítima da violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena³⁴ – e desempenhar o papel de instrumento de efetivação de seus direitos e garantias, sobretudo e primeiramente constitucionais. Por isso que “o escopo justificador do processo penal”, afirma Ferrajoli, “se identifica com a garantia das *liberdades* do cidadão, mediante a garantia da *verdade* – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”³⁵.

Com efeito, “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desem-

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.43.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1. p.46.

³² “O processo, como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio.” (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4).

³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.62-64.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.37.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.503.

penha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”³⁶. Havendo o Estado tomado para si o monopólio da jurisdição, deve fazê-lo de forma a não tornar a perseguição criminal fonte de arbítrio e abusos. Melhor é que procure atingir o escopo de cumprir os ditames do Direito Penal, de caráter repressivo, atento à liberdade, com o que deve se comprometer o direito processual penal, sem violar os princípios e as regras decorrentes do devido processo legal. Antes de instrumento por meio do qual se efetiva a lei penal, é instrumento de limitação do poder de punir (*jus puniendi*) e de perseguir (*jus perseguendi*), porque ao réu não se pode mais conferir a condição de objeto do processo penal, senão de sujeito de direitos; ao processo, caso tenha falhado o legislador (panpenalização), é permitido ser filtro do (ab)uso de poder, “a última instância de garantia frente à violação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do direito penal”³⁷. Daí afirmar Afrânio Silva Jardim que “o processo é um fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das *lides*”³⁸.

Isso parece decorrer naturalmente da escolha feita pelo constituinte de 1988. Erigida a República ao Estado Democrático de Direito e inaugurado um sistema de amplas garantias individuais, consagrando a presunção de inocência e o estado de liberdade como regra, não mais se poderia conferir ao processo a finalidade exclusiva de mero veículo de aplicação da lei, “mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”³⁹. Por conseguinte, a máxima efetividade das garantias fundamentais deve ser a finalidade ambicionada pelo processo, de instrumentalidade constitucional em vez de tão somente legal.

No entanto – há de se ressaltar –, isso não se confunde com apologia ou espécie de defesa à impunidade⁴⁰. “Não custa lembrar que exercício de direitos fundamentais não implica estímulo à criminalidade”⁴¹. Ocorre que, se o caminho necessário à pena é o processo, que só é válido se respeitadas as garantias e direitos fundamentais, e ao Estado incumbe ser uma reserva de ética e de legalidade, preferível a tutela do direito do acusado no caso de um processo irregular, pois geraria nada mais que o perigo de os coassocia-

³⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.32.

³⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.48.

³⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.94

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.8-9.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.32.

⁴¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.64.

dos não verem o culpado condenado. Violado o direito em prejuízo do incriminado, haverá um mal certo e positivo, não apenas pela eventualidade de ser condenado o inocente, como também por pesar sobre cada cidadão o temor de ser a próxima vítima de algum erro ou aberração judiciária⁴². Aqui, vê-se (mais uma) distinção entre direito penal mínimo e máximo, agora relativamente às suas respectivas certezas e incertezas, posto que:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias⁴³.

Em que pese o Estado detenha poder persecutório-punitivo, é limitado pelas garantias processuais, de modo que repressão e garantias não se excluem, mas coexistem. Não obstante, entre repressão com autoritarismo e repressão com garantias, esta é radicalmente menos danosa e sempre melhor⁴⁴.

3 A NATUREZA JURÍDICA E O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Das várias teorias formuladas acerca da natureza jurídica do processo penal, sobressaíram-se as que conceberam o processo como relação jurídica e como situação jurídica, cujos principais teóricos foram, respectivamente, Oskar von Bülow e James Goldschmidt. As demais foram abandonadas com o passar do tempo (tais como as privatistas do processo como contrato, quase contrato e acordo) ou tiveram poucos adeptos (como as publicistas do processo como serviço público e como instituição), contribuindo para a discussão e a evolução do processo⁴⁵.

Sobre a primeira daquelas teorias, a princípio, cabe destacar que não se deve a Bülow a gênese da ideia do processo como relação jurídica. Sabe-

⁴² CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.296.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.103.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.93-94.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.96.

-se que antes de sua obra *Die Leher von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*⁴⁶, publicada em 1868, já se verificava a existência de antecedentes históricos denotando ser o processo uma relação. Exemplifica-se com a passagem de Búlgaro, jurista italiano medieval⁴⁷, e com o teor do escrito inicial do Título XX do Livro 3 das Ordenações Filipinas⁴⁸, nos quais é possível ver a incipiência dessa doutrina⁴⁹. Contudo, é cediço que foi Oskar von Bülow quem primeiro sistematizou a teoria do processo como relação jurídica, atribuindo-se a ele o mérito de melhor formulá-la e conceituá-la⁵⁰.

Conforme essa concepção, o processo é uma relação de direito público, distinta da de direito material, que se estabelece entre o juiz e as partes (autor e réu), “entendida como o conjunto de **posições jurídicas ativas** (direitos, poderes e faculdades) e **passivas** (obrigações, deveres, sujeições e ônus) que as partes possuem no processo”⁵¹. De direito público, pois o vínculo se dá entre as partes e o órgão público da Administração, entre cidadãos e funcionários do Estado⁵². Além disso, é uma relação que se desenvolve de modo progressivo e contínuo, “caracterizada por sua unidade, complexidade e dinamismo”⁵³. Bülow deixa de lado o aspecto externo do processo, o procedimento, e passa a vê-lo desde seu aspecto interno, a relação jurídica processual⁵⁴.

Grande discussão erigiu-se acerca do formato como se estabelece a relação processual. Se uma relação linear, em que a reciprocidade de direitos e obrigações entretetece-se somente entre autor e réu; se angular, entre autor e juiz de um lado e entre réu e juiz de outro, excluída a possibilidade de ocorrer entre as partes; ou se triangular, ocorrendo entre as partes diretamente e entre as partes e o juiz. Sobre o acerto deste último desenho e as falhas dos outros dois, Frederico Marques escreve:

⁴⁶ Em espanhol, publicada como *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, conforme anota Gustavo Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394).

⁴⁷ *Judicium est actum trium personarum, judicis, actori et rei* (juízo é atividade de três pessoas, juiz, autor e réu).

⁴⁸ “Três pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande, e réu que se defenda.” (Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <<http://goo.gl/fkICDd>>. Acesso em: 08 maio 2016).

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.435.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.394; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.47; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.98; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.435.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395

⁵² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.98-99.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395.

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395.

A doutrina *linear* não tem sentido, por isso que afasta da relação processual a figura do juiz, o que é absurdo. A angular se nos afigura incompleta, embora já tenhamos tido como a mais acertada. A teoria triangular é a que melhor retrata a relação processual, por ser a mais completa e perfeita. A doutrina angular, por exemplo, não explica as relações jurídicas que surgem dos acordos processuais, relações que criam vínculos primordialmente entre as partes⁵⁵.

Igualmente, Tourinho Filho⁵⁶ e Aury Lopes Jr.⁵⁷ concebem a relação jurídica processual como triangular, complexa, não apenas entre as partes ou entre as partes e o juiz. As partes podem exigir do órgão jurisdicional a decisão a respeito da controvérsia, o juiz tem o poder-dever de decidir, assim como autor e réu, baseados no contraditório, relacionam-se. De fato, “quando verificamos que existe uma relação de direitos e deveres recíprocos entre acusador e acusado (como ocorre em relação aos direitos fundamentais), não se pode negar que exista uma verdadeira relação jurídica (complexa) entre eles”⁵⁸.

Trasladada para o processo penal, a doutrina do processo como relação jurídica representou o avanço de ser o acusado tratado não mais como objeto do processo, mas como sujeito de direitos integrante da relação processual⁵⁹. Assim sendo, pode exigir do juízo a efetiva prestação jurisdicional, que deve não apenas satisfazer a pretensão do órgão acusador, como também tutelar suas garantias constitucionais, e está no mesmo patamar da parte autora (paridade de armas), podendo exercer seus direitos, poderes e faculdades indistintamente, em relação ao juiz e à acusação, seja ela pública ou privada⁶⁰.

A teoria de Bülow, porém, embora amplamente aceita, não estava imune a críticas. E a mais relevante veio de James Goldschmidt, que idealizou o processo como uma situação jurídica. Para esse processualista, o processo é o direito numa condição dinâmica, composto de uma série de situações processuais que as partes atravessam para alcançar uma sentença definitiva favorável. O que antes era direito subjetivo transmuda-se em me-

⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.438.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.18.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.100.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.100.

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.395; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.99.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.101.

ras possibilidades, expectativas, perspectivas⁶¹. Traçando um paralelo entre a guerra e o processo, arquitetou a ideia de que as situações vantajosas decorrem simplesmente da luta e da vitória, diante do aproveitamento de uma ocasião ou do descuido de uma obrigação, de modo que pode surgir um direito que será desfrutado pelo vencedor que não lhe era próprio antes da batalha⁶². Para Aury Lopes Jr.,

Essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável⁶³.

Sinteticamente, a teoria goldschmidtiana preconiza que, no decorrer do processo, surgem situações jurídicas das quais brotam chances, cujo bom aproveitamento permite que a parte se liberte de cargas probatórias e caminhe em direção a uma decisão favorável⁶⁴. Conforme forem aproveitadas as possibilidades surgidas dessas chances, ou seja, executados atos visando à obtenção de vantagens processuais, verifica-se a expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável. Assim, não incumbe às partes obrigações, mas “*cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações”⁶⁵.

No processo penal, a carga probatória – conceito relacionado à unilateralidade, não passível de distribuição, e sim de atribuição – é inteiramente da acusação, pois o acusado é protegido pela presunção de não culpabilidade ou de inocência. Pode-se cogitar, no máximo, em assunção de riscos pela defesa, por exemplo, quando não produz elementos probatórios para colaborar na formação do convencimento do julgador em favor do

⁶¹ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do processo penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do estado de direito. *Revista dos Tribunais*, v.798, abr. 2002. p.465.

⁶² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.45.

⁶³ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.103.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.103.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.104-105.

réu. Nesse caso, haveria potencialização da perspectiva de uma sentença desfavorável, mas não a retirada da carga probatória das mãos da acusação para as da defesa⁶⁶.

Não se olvida das objeções formuladas à teoria do processo como situação jurídica, mormente a de Enrico Liebman, no sentido de que as situações de incerteza apontadas por Goldschmidt referem-se à *res in iudicium deducta*, à relação substancial controvertida, e não ao processo em si. “O que estaria posto em dúvida, e talvez não existisse, seria o direito material, não o *iudicium*.”⁶⁷ A despeito disso, afigura-se mais adequado crer que, na seara penal, “a dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual.”⁶⁸ É dizer: não há falar em direitos pré-existentes postos em juízo, porém em comprovar a existência deles ao término do processo, do qual terá mais probabilidade de sair vencedor aquele que soube aproveitar melhor as chances surgidas durante seu andamento e cujo resultado é incerto, sujeito aos riscos, à instabilidade e à incerteza inerentes à realidade processual; distante, pois, da segurança, da estabilidade e da certeza dos conceitos abstratos e artificiais do direito material⁶⁹.

Realmente, à vista do que foi exposto até aqui, é custoso compreender a ideia de que em momento prévio ao término do processo o Estado possui e está em condições de exercer o poder-dever de punir, já que, assim, possuiria uma única posição pré-definida ao julgamento do imputado: puni-lo. O órgão estatal encarregado de promover a ação penal (Ministério Público) nada mais faria do que exigir a confirmação da pretensão punitiva. Fazendo as vezes de um credor, buscaria em juízo a pena como se fosse um direito seu que o réu, por ter inobservado uma obrigação, deve adimplir⁷⁰. No entanto, tão certo quanto dizer que praticado um fato aparentemente criminoso exsurge para o Estado o poder-dever de punir, instrumentalizado pelo de perseguir, é dizer que esse poder-dever é condicionado à existência integral do processo (devido processo legal), em que se verificará a veracidade da imputação e a viabilidade de seu exercício, a cargo exclusivamente do Estado-juiz.

A partir disso, é possível tratar do objeto do processo penal, o que

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.105.

⁶⁷ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.46.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.108.

⁶⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.107-108.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.201.

envolve o tratamento de dois temas de intenso debate doutrinário: lide e pretensão.

É consabida a lição de Francesco Carnelutti de lide como conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. Apesar de ter sido bem recepcionada no processo civil, encontra severa resistência no processo penal, porque, diferentemente do que ocorre naquele, neste não se busca remover o desacordo entre o acusador e o acusado em torno da existência do delito e da pena, de modo que, ainda que as partes estejam veiculando alegações coincidentes, seja para a procedência, seja para a improcedência da ação penal, o juiz não poderá julgar de plano o processo, afastando ou impondo a pena⁷¹. Isto é, caso ocorrido o crime, não surge um direito subjetivo que possa ser exigido fora dos limites do processo penal, dado seu caráter necessário em relação à pena. Não se há falar, pois, em conflito de interesses e, conseqüentemente, em lide penal⁷². De outro modo:

Dizer que existe um conflito entre o interesse público ligado à segurança pública e o interesse individual da liberdade pode ser tanto verdadeiro quanto falso, dependendo do ângulo sob o qual se examina a questão. O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal⁷³.

Inexiste outro método, senão o processo, de substituição da vontade das partes no campo penal. Assim, a atuação da vontade da lei não pode ocorrer diretamente entre autor e réu para que se possa verificar o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida a ser levado a juízo. Inclusive Carnelutti, conforme consignam Afrânio Silva Jardim⁷⁴, Aury Lopes Jr.⁷⁵ e Gustavo Badaró⁷⁶, reformulou sua concepção em relação ao processo penal em outras duas oportunidades: na primeira, passou a proclamar que o conteúdo do processo penal não seria a lide, mas a pretensão punitiva, vendo-o como um tipo intermediário, parte contencioso, parte voluntário; na segunda, seu conteúdo seria a controvérsia, pois as partes comun-

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.401.

⁷² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.184.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.101.

⁷⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.38.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.184.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.402-404.

gam de um mesmo interesse, que é o do réu, em que pese haja divergência quanto à existência do fato imputado ao acusado. Nesse último desenho de sua doutrina, passou o autor italiano a admitir o processo penal como de jurisdição voluntária, porque, para ele, a pena seria algo bom, um remédio para o criminoso redimir-se do erro cometido.

Logo, se é incorreto ou controvertido falar que não existe lide no processo penal⁷⁷, pelo menos se deve acatar que é categoria acidental a ele⁷⁸. Parte da doutrina brasileira, entretanto, ainda admite existir lide penal e, além disso, pretensão punitiva⁷⁹. Rechaçada a lide penal como objeto do processo (ou reservada à categoria acidental), também é necessário analisar criticamente a possibilidade de sê-lo a pretensão punitiva, haja vista não haver dúvida de ser uma pretensão. Quem defende ser o objeto do processo a pretensão punitiva, faz-o sob o argumento de que, até o momento em que é cometida a infração, “o Estado, que tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir determinada pessoa.”⁸⁰ O erro está em confundir a pretensão material com a processual.

Com efeito, a pretensão punitiva “é uma pretensão que já existe antes do processo, e que será seu substrato. Contudo, de nenhuma forma se identifica com a pretensão processual, veiculada mediante a demanda ou a acusação.”⁸¹ O que constitui o processo penal, portanto, não é o *jus puniendi* (embora seja ele sua razão de ser e o íntegro), que está a cargo do juiz, mas a pretensão processual. Repisando uma vez mais o caráter essencial do processo à imposição da pena (*nulla culpa sine iudicio*), o objeto sobre o qual recairão os elementos que o integram não se confunde com o poder nascido do delito de impor a sanção penal por meio de uma sentença penal conde-

⁷⁷ Corroborando o posicionamento de inexistir lide penal, Aury Lopes Jr. faz interessante registro: “Inclusive, nosso legislador constituinte não acolheu a ideia de lide penal, tanto que no art. 5º, LV, da Constituição, consta que ‘aos litigantes’ (litigantes = lide = processo civil) e aos ‘acusados em geral’ (acusados = pretensão acusatória = processo penal) são assegurados o contraditório e a ampla defesa.” (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.180).

⁷⁸ É o que admite Afrânio Silva Jardim, para quem “poderá ou não haver lide no processo penal, dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor, tanto na ação condenatória, quanto nas ações penais não condenatórias. [...] Não obstante, urge admitir que a lide não lhe é essencial, podendo o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do réu à pretensão do autor”. Mais à frente, afirma: “Rigorosamente, o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação.” (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.35-36).

⁷⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.2; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p.6-8; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p.27-28.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.2.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.409.

natória. Ao reverso, a possibilidade de o juiz exercer esse poder de penar tem como condição o acolhimento da acusação, que, caso não o seja, obstaculiza a pena, tida como consequência, e não objeto do processo⁸².

À acusação não incumbe, pois, exigir a adjudicação de um direito próprio – em semelhança ao que ocorre no processo civil – à pena, mas exercer um direito potestativo de acusar (*ius ut procedatur*), seu dever de ação, pois o “*jus puniendi* somente se realiza no campo material, ou seja, no poder estatal de impor restrições de condutas à coletividade, ou, de outro modo, de produzir normas incriminadoras”⁸³. Com base nisso, Aury Lopes Jr. afirma ser objeto do processo penal uma pretensão acusatória,

vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz por meio de uma pena ou medida de segurança. O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular. Ao acusador [...] corresponde apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal por meio do juiz, e não do Ministério Público (e muito menos do acusador privado)⁸⁴.

Tem-se, desse modo, o processo penal como uma complexa e incerta situação jurídica cujo objeto é uma pretensão processual acusatória em vez de uma relação jurídica cujo objeto é a lide. Assim, afastasse-o das categorias gerais do processo e aproximasse-o de categorias próprias, com vistas às suas peculiaridades.

4 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

As formas pelas quais o processo penal se manifestou desde seu surgimento até a contemporaneidade se confundem com a compreensão dos problemas culturais e políticos que deram ensejo a seu aparecimento de uma ou de outra maneira. As mudanças ocorridas no seio das sociedades sempre repercutiram no direito, sobretudo no direito penal, porque é a expressão do poder repressivo do Estado. Entretanto, como bem adverte Julio Maier, “apesar de que todo o Direito é filho da cultura humana e das ideias políticas que ela cunha, as mudanças de orientação política apare-

⁸² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.182.

⁸³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.103.

⁸⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.206.

cem mais ‘a flor da pele’ no Direito processual penal”⁸⁵. É o processo penal que toca o indivíduo. É ele o ramo mais humano e que, a partir de cada um dos sistemas pelo qual foi histórica e teoricamente construído (acusatório e inquisitório), melhor evidencia a história política e cultural de uma sociedade⁸⁶. Por essa razão, constata-se que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e possuem sólida base democrática; o sistema inquisitório, em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em prejuízo dos direitos individuais⁸⁷.

Tendo isso em mente, não é difícil compreender por que o primeiro sistema processual penal a surgir foi o acusatório, dominando em todo o mundo antigo, desde os tempos da Grécia Antiga até o século XIII, com a queda do Império Romano Oriental⁸⁸. Enquanto prevaleceu no delito a ideia de uma ofensa a interesses privados, e não à sociedade, essa era a única forma possível de processo. Nela, o próprio ofendido ou qualquer do povo poderia exercer o direito de ação contra o ofensor, os quais se apresentavam diante de um árbitro para solver a controvérsia; a acusação, excepcionalmente, era exercida pelo ocupante de um cargo público, prevalecendo a outorga ao ofendido. Tinha-se em mente a premissa de que ninguém poderia ser levado a julgamento sem uma acusação que outro indivíduo sustentasse contra si, existindo uma bem delineada divisão dos poderes exercidos no processo – acusar, defender e julgar –, sem que se cogitasse a possibilidade de que quem exercesse algum deles se imiscuisse em outro⁸⁹.

⁸⁵ “*a pesar de que todo el Derecho es hijo de la cultura humana y de las ideas políticas que ella acuña, los cambios de orientación política aparecen más ‘a flor de piel’ en el Derecho procesal penal*” (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.442-443, tradução nossa).

⁸⁶ Sistema pode ser compreendido como “conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.60); “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.46); ou, ainda, como “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.30, 1998. p.188).

⁸⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.136. Paulo Rangel consigna escólio no mesmo sentido: “Os sistemas processuais [...] são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues.” (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.53).

⁸⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.446.

⁸⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.313-314.

As características clássicas desse sistema processual surgem, então, como a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, publicidade e oralidade do debate e o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz⁹⁰. Pode-se acrescentar, ainda, a liberdade do acusado até a condenação definitiva, a continuidade dos atos e a síntese em todo o procedimento⁹¹, bem como, quanto à valoração da prova, o sistema da íntima convicção⁹².

Quando a República Romana dá lugar ao Império, que já não contava mais com a civilidade e o costume de liberdade que haviam permitido o bom funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, começa a surgir a *cognitio extra ordinem*, que, paulatinamente, substitui o sistema adotado até então (*questiones*)⁹³. Esse é o primeiro procedimento inquisitório do qual se tem notícia. Desenvolvido e decidido de ofício, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe para os delitos públicos ou de lesa-majestade, baseava-se na detenção do acusado, utilizado como meio de prova, inclusive por meio da tortura. Inicialmente, teve caráter excepcional, mas, com o passar do tempo, transformou-se na regra e ruiu a tradição acusatória⁹⁴.

O que antes era uma conquista obtida com o sacrifício da sociedade romana e uma honra disputada pelos mais nobres cidadãos, tornou-se uma “ruindade alimentada pelo ódio e pela avidez. [...] Um instrumento de justiça e uma garantia para liberdade, como foi o direito de acusar, converteu-se em meio de despotismo e opressão”⁹⁵. Foram os defeitos da atividade das partes ao acusar – as quais muitas vezes se mantinham inertes, seja em razão da mudança dos costumes e a adequação social de práticas antes tidas como criminosas, seja porque tornaram seu direito à provocação meio de tirania –, que possibilitaram o surgimento do sentimento de que o combate à delinquência não poderia permanecer nas mãos de qualquer do povo, pois sua eficácia estava comprometida. Associado a isso, o crescimento da comunidade romana, marcada por tensões cada vez mais violentas, e

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.520.

⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1957. p.314.

⁹² MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.445.

⁹³ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.114/2015, mai./jun. 2015. p.386.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.520-521.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.84.

a necessidade de regulamentar a acusação, instituindo um processo mais ágil e de formas mais elásticas, criaram a concepção de que era prescindível uma acusação formal e que o processo poderia ser promovido de ofício pela autoridade judiciária:

O exercício da acusação foi sendo limitado e onerado, inclusive cominando-se penas ao acusador que abandonasse o processo antes do final. Foram estabelecidas causas de acusação obrigatória, revogando-se o princípio da livre iniciativa do cidadão, vigente na *iudicia publica*. A pena, que anteriormente era fixada em lei e somente conferida ao magistrado a função de decidir pela sua aplicação ou não aplicação, agora é aplicada pelo julgador sopesando-se as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime (personalidade do réu, comportamento anterior e posterior ao fato etc.), dotando-o de ampla discricionariedade, inclusive permitindo-o fixar pena diversa daquela legalmente determinada⁹⁶.

Luigi Ferrajoli assinala que, após a queda do Império Romano Oriental, voltou a vigor o sistema acusatório, “confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais, evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório”, e, por fim, consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão⁹⁷. Não obstante, no século XIII, diante da ascensão da Igreja e, conseqüentemente, do Direito Canônico, conhece-se, de fato, o sistema inquisitório de processo penal, espreado para as legislações laicas de toda a Europa nos séculos seguintes, porque os soberanos viram nele uma arma poderosa para o exercício do poder (ilimitado)⁹⁸. Por isso Francesco Carrara anota ser esse “o método mais especialmente adequado aos regimes despóticos”⁹⁹.

O processo penal passa a ser fundado em denúncias anônimas e iniciado de ofício, buscando, basicamente, punir o pecador, mordermente o hege, já que fundamentado na intolerante verdade absoluta de que a humanidade foi criada na graça de Deus e dela não se poderia afastar. Aos inquisidores era dada a infalibilidade, os únicos capazes de ler e compreender as escrituras e, assim, encarregados de, a qualquer custo – eram permitidos todos os tipos de meios cruéis visando à prova máxima, a confissão –, buscar a verdade pré-concebida que detinham acerca do perigo ao dogma

⁹⁶ LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.114/2015, mai./jun. 2015. p.387.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.521.

⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.94.

⁹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.318.

que representavam os tidos como hereges. E com a assunção do Cristianismo ao *status* de religião oficial, a questão torna-se política. As punições, antes intramuros, passam a ser legitimadas pelo Estado, permitindo a severa repressão que marcou a história por mais de cinco séculos, semelhante à mortífera e metafísica ideologia de segurança nacional inerente aos regimes autoritários e totalitários do século passado¹⁰⁰.

A característica essencial do processo inquisitório é a concentração do poder processual nas mãos de uma única pessoa, à semelhança do que ocorria em relação à concentração dos poderes de soberania, segundo o regime político absolutista¹⁰¹. Com efeito, as funções de acusar, defender e julgar são agrupadas nas mãos do juiz, que inicia, de ofício, o processo, colhe as provas e profere a decisão ao final, podendo submeter o imputado à tortura durante a instrução para obter sua confissão. O processo é escrito, não contraditório e sigiloso, podendo chegar ao extremo de não ser conhecido o sentenciante, o conteúdo da sentença e sequer o momento da execução da pena, afora nenhuma garantia ser conferida ao réu¹⁰², a não ser a consciência e a religião dos julgadores¹⁰³. De um duelo leal e franco, com igualdade de poderes e oportunidades, o sistema inquisitório transforma o processo penal, nas palavras de Aury Lopes Jr.:

[...] em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz¹⁰⁴.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.146 et seq.

¹⁰¹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: fundamentos. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.446.

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.94-95.

¹⁰³ CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.321.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.144.

É no fim do século XVIII que o processo penal deixa de ter caráter inquisitivo, com o irromper do pensamento reformador do Iluminismo, que, redescobrimo os valores garantistas que inspiraram a tradição acusatória, denunciava a irracionalidade e a desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição. Com a Revolução Francesa, foi natural, logo após 1789, a tentativa de adotar-se o sistema acusatório puro, baseado no júri, na acusação pública, na oralidade e em todas as demais características antes listadas. Porém, esse tipo processual não perdurou no ambiente europeu pós-Revolução Francesa. “Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele ‘monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório’, que foi assim denominado ‘processo misto’”¹⁰⁵.

Misto¹⁰⁶, ensina Julio Maier, porque, embora no começo da Revolução tenha-se postulado o retorno ao sistema acusatório puro, como formulado pelos gregos, aperfeiçoado pela República Romana e conservado na Inglaterra, a solução que se encontrou foi um compromisso: manter certas regras da Inquisição, sobretudo a persecução penal pública e a averiguação da verdade histórica como meta do processo penal, mas fazer certas mudanças, provenientes do processo grego, as quais condicionam as duas máximas inquisitoriais (persecução penal pública e a averiguação da verdade histórica como meta do processo penal). Em síntese, de valores absolutos durante o predomínio do processo inquisitório, a persecução pública e a busca da verdade tornam-se relativas são mitigadas e têm os meios pelos quais podem ser alcançadas limitados pelas garantias e direitos fundamentais da pessoa humana¹⁰⁷.

Em termos práticos, o *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808 foi, de fato, a lei base do sistema misto¹⁰⁸. Isso porque inaugurou um modelo processual que reuniu e alternou os dois modelos anteriores. Tal qual no

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.521.

¹⁰⁶ Há autores que, além de “misto”, utilizam o termo “acusatório formal” para designar o que entendem por essa espécie de processo penal (v.g., RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.51). Incrédulo, Alberto Binder registra: “Por isso, sob esta aparente ‘mistura’ esconde-se, na realidade, uma repotenciação do modelo inquisitivo, já que desaparecem todos os interesses e o sistema judicial fica convertido em pura prática estatal e todos os interesses particulares englobados na ideia de ‘interesse geral!’” E última, sucinta e taxativamente: “O ‘acusatório formal’ é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias.” (BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.51).

¹⁰⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.450.

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152; MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1. p.454; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.95.

inquisitório, nas duas primeiras fases procedimentais (investigação preliminar e instrução preparatória), permanece a predominar o segredo, a ausência de contraditório, a escritura e a concorrência das funções de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz. No entanto, na terceira fase (julgamento), o processo passa a se desenvolver oral, pública e contraditoriamente¹⁰⁹. Entre nós, visto como um “monstro”¹¹⁰ por alguns, é tido, por outros, como o sistema que “uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”¹¹¹.

Para Jacinto Coutinho, todos os sistemas processuais penais são mistos, haja vista inexistir, hoje, sistemas puros. O que diferirá o sistema acusatório do inquisitório será como se dá a gestão da prova, considerando que uma das finalidades do processo penal é justamente reconstruir um fato pretérito tido como crime. Isto é, o núcleo fundante de cada um desses modelos processuais será a maneira como as partes e o juiz se portam frente à produção da prova, pois a divisão de tarefas, por si, é insuficiente para determinar se o sistema é de um ou de outro tipo. Assim, o princípio unificador do sistema inquisitório é o inquisitivo; do acusatório, o dispositivo. Não há, entretanto, “princípio misto”. No primeiro, o juiz concentra a gestão da prova, o acusado é mero objeto da investigação e é visto como o detentor da verdade, da qual deve dar contas ao julgador. No segundo, por sua vez, a gestão da prova está nas mãos das partes, cumprindo ao juiz decidir, exclusivamente, com base nas provas que elas trouxeram ao seu conhecimento. Logo, “misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”¹¹².

Diante disso, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”¹¹³. Posição semelhante

¹⁰⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.95-96.

¹¹⁰ Além do já citado Luigi Ferrajoli, Aury Lopes Jr., fazendo uso das lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, também alerta para os perigos do sistema misto: “O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório [...]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro.” (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015. p.154).

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008. p.116-117.

¹¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n.30, 1998. p.165-167.

¹¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n.30, 1998. p.167.

sustenta Aury Lopes Jr. ao afirmar que o sistema brasileiro é “(neo)inquisitório”¹¹⁴, mas sem deixar de anotar que “a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório”¹¹⁵. Não sem razão essas posições. O Código de Processo abunda regras que conferem ao magistrado o poder de interferir na instrução probatória e praticar atos de ofício¹¹⁶, como se fosse o verdadeiro promotor da ação penal, em manifesta afronta ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

E não calha, por mais convincente que se pareça, o argumento posto em defesa desse “neoinquisitorialismo”, no sentido de que essa atuação poderia se dar em prol da defesa, buscando reparar uma atuação deficiente que, eventualmente, culminaria com uma condenação injusta¹¹⁷. Por coerência sistêmica, nem em prol da acusação, nem em prol da defesa deve atuar o magistrado, sob pena de tisonar, em ambos os casos, sua imparcialidade.

Se a atuação da acusação não foi suficiente para formar o convencimento do julgador, ou seja, se há dúvida, resta-lhe apenas uma saída: absolver o acusado, conseqüência do *in dubio pro reo*, e não diligenciar para a produção de provas que demonstrem a responsabilidade penal. Agora, se a atuação da parte autora foi a necessária para formar um juízo condenatório (de certeza, portanto), em detrimento de uma atuação pouco efetiva da defesa, que poderia, hipoteticamente, demonstrar contra-argumentos que permitiriam a dúvida (dúvida essa a ser derruída por quem acusa – ônus probatório da acusação), deve-se pagar esse preço pelo sistema acusatório e condenar o imputado. Como bem pontua Ferrajoli, “nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos”¹¹⁸. Esse é o gravame de, a par de separar as funções, transferir às partes a gestão da prova. Afinal, “diante do inconveniente de ter de suportar uma atividade incompleta das partes

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.163.

¹¹⁶ Não se esperava o contrário de um Código que, em sua Exposição de Motivos, anunciou que “o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*” (*Vade-mécum OAB e concursos*: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.619). Pode-se arrolar, exemplificativamente, as regras do artigo 127, artigo 196 e artigo 209, sem falar no malfadado artigo 156.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.12-13.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.515.

(preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não a destruir, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz¹¹⁹.

Com isso, não se pretende ignorar que a defesa, materialmente, regra geral, em comparação à acusação, especialmente quando exercida pelo Ministério Público, é tecnicamente despreparada e, quando se pensa no serviço público de defesa judicial, desequipada. Para essa problemática, a solução não está em facultar ao juiz poderes, mesmo que suplementares e subsidiários, para determinar a produção de provas *ex officio*, todavia em, conforme escreve Aury Lopes Jr.:

[...] criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às partes que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional. Somente assim se poderá falar de processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção de justiça. [...] O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade. Trata-se de (re)pensar a questão, a partir de Dussel, da necessidade de criar um terreno fértil para que o réu tenha “condições de fala” e possa realmente ter “fala”. Ou seja, adotar uma ética libertatória no processo penal e não voltar à era da escuridão, com um juiz-inquisidor¹²⁰.

De outro lado, há autores que sustentam ser o sistema brasileiro o acusatório, em virtude de as normas constitucionais terem seguido, como dito, orientação de índole acusatória, portanto contrária às disposições do Código, de índole inquisitória¹²¹. Daí que, tendo em vista a supremacia formal e material da Constituição, suas normas deveriam prevalecer sobre as do Código, dando um caráter acusatório ao processo penal. Contudo, o nosso processo penal acusatório não é ortodoxo¹²², havendo, ainda, diver-

¹¹⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.141.

¹²⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.141.

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p.9-15; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.53; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.96-97.

¹²² O que, *mutatis mutandis*, Geraldo Prado vai chamar de “teoria da aparência acusatória”. Para ele, conquanto, sem dizer, a Constituição tenha se filiado ao sistema acusatório, porque assegura ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal pública e ao acusado diversas garantias, como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e a publicidade, “se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tri-

atos conferidos ao juiz que, a rigor, deveriam competir às partes, como requisitar inquéritos; ser destinatário da representação; decretar, de ofício, a prisão preventiva; determinar a produção de prova que bem quiser e entender; ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outros¹²³.

Isso só reforça a afirmação de não haver sistemas puros, mas que apenas ora apresenta mais características acusatórias, ora inquisitórias¹²⁴. O que não significa que não possa haver a predominância de um sobre o outro, especialmente quando se tem em mente o principal critério diferenciador: a gestão da prova. Seria até mesmo errôneo sustentar, hodiernamente, que há sistemas puros. Luigi Ferrajoli bem esclarece essa questão, diferenciando os sistemas teórica e historicamente, tendo em vista que as diferenças no plano teórico não coincidem, necessariamente, com as diferenças no histórico, havendo traços próprios da teoria distantes dela na história de cada sistema:

Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros¹²⁵.

Não obstante, consoante assentado no início, deve-se proceder à interpretação que amolde as disposições do Código de Processo Penal à Constituição, visando à sua concretização e, conseqüentemente, à efetivação de um sistema predominantemente acusatório, deixando de lado resquícios e ranços inquisitórios. Preservam-se as normas constitucionais, dando-lhes prevalência e força normativa, como queria Konrad Hesse.

É imperiosa uma filtragem constitucional do processo, e não o opos-

bunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.195).

¹²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p.97.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.47.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.518.

to. É dizer: o referencial teórico e prático do processo penal é – ou, ao menos, deve(ria) ser – a Constituição Federal. Se a lei ordinária, que, no caso, é anterior à Carta, está em descompasso com o que dispõe a norma que está no topo, formal e materialmente, da pirâmide normativa, cabe ao julgador adaptá-la ou deixar de aplicá-la, por não ter sido recepcionada¹²⁶. A realidade, porém, demonstra o avesso. Não há como discordar que o processo penal brasileiro é predominantemente inquisitório, sobretudo se a análise é realizada desde a perspectiva proposta por Jacinto Coutinho (gestão da prova como núcleo fundante).

Entretanto, não se deve aquiescer com interpretações que olvidem o espírito da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo pretendeu – não há dúvidas – inaugurar um processo acusatório e garantidor do imputado, confirmando as diretrizes de um verdadeiro Estado Democrático e de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As formas existiram e existem tanto no sistema acusatório como no inquisitório. Sabe-se, porém, que desempenharam e desempenham funções sensivelmente distintas em um e em outro, ora a serviço de um projeto autoritário, ora a serviço de um projeto democrático. Não é à toa que pulula a doutrina e a jurisprudência que combatem o “excesso formalismo” do e no processo penal, exatamente na linha do que aspirou o nosso Código de Processo Penal¹²⁷, que, todavia, como já dito, deve ser estudado e aplicado com reservas, posto que em rota de colisão com a Constituição da República, tomada como paradigma do processo penal.

Não se trata de defender a forma pela forma, o ritualismo vazio. En-

¹²⁶ Nessa linha: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.48; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.54. De encontro, Guilherme Nucci leciona, afirmando ser o sistema brasileiro misto, que “[...] seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008. p.117).

¹²⁷ Lê-se, mais uma vez, de sua Exposição de Motivos: “As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. [...] Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito *mínimo* que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.’” (*Vade-mécum OAB e concursos*: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.617 e 622).

tretanto, deve-se atentar para a noção de que não se confundem formalismos despidos de significados com significados revestidos de forma. Isto é, “existem significados que se revestem de formas processuais e que são da maior relevância”¹²⁸. No processo penal, em que o ritual é envolto por um constante e tenso jogo de poder – o poder de punir de um lado, exercido em detrimento do direito à liberdade do réu de outro –, a forma é garantia e limite. Garantia ao acusado e limite a esse poder, condicionado, que se legitima somente se respeitadas as regras do jogo processual¹²⁹, as quais prescrevem as formas a serem observadas. No entanto, só é possível assim conceber o papel da forma se a pré-compreensão de quem está procedendo ao estudo é de que o processo penal desempenha finalidade que vai além da aplicação da lei penal, funcionando também como instrumento de efetivação do sistema de garantias constitucionais de que dispõe o acusado.

No curso da história, puderam-se perceber diversas maneiras de conceber a relação do processo com a forma, desde severas e sacramentais nos procedimentos do direito romano até despojadas de qualquer vínculo no sistema inquisitório¹³⁰, senão ligadas ao aspecto moral e religioso¹³¹. Nesse último modelo, a situação era agravada ainda pelo fato de que a forma não limitava o poder político, o que possibilitou o uso do processo como instrumento perfeito para o alcance de inúmeros e variados fins, porquanto a ausência deste obstáculo permitia uma justaposição entre o sistema jurídico e o sistema político. O cenário ideal, pois, para a prática das condutas mais arbitrárias e irracionais possíveis¹³².

O sistema acusatório, contudo, quer demarcar uma ruptura com esse pensamento e representar um modelo de preservação da forma processual, sobretudo por desvincular o juiz da atividade persecutória, reservando-lhe a função de garante, equidistante, independente e imparcial, verdadeiro fiscalizador dos atos processuais. Também pretende conceber a forma dentro de um sistema adversarial de processo, como um dique à procura da verdade a qualquer preço¹³³. Por essa razão Alberto Binder vai dizer

¹²⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.943.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p.72.

¹³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.147.

¹³¹ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.33.

¹³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.153.

¹³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p.148.

que “a função das formas tem uma de suas manifestações mais claras no modo como se relaciona a atividade processual com a busca da verdade”¹³⁴. Se no modelo inquisitório a verdade almejada era uma verdade plena, real, substancial ou material, obtida pelo meio que fosse, no acusatório ambiciona-se uma verdade construída processualmente pelas partes, aproximativa à realidade, mas não a ela (ilusoriamente) correspondente. De motor da indagação, torna-se baliza do poder penal do Estado, já que a sua obtenção está rodeada de limites¹³⁵, que, se desrespeitados, a invalidam. Verdade e validade, desse modo, encerram uma relação complicada, porque “não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo”¹³⁶.

Por isso, no processo substancialista, o fim justifica os meios, quaisquer que sejam. Em contrapartida, em um processo penal acusatório e, mais, garantista, o fim de atingir a verdade é legitimado pelos meios, fundados e garantidos por amarras preestabelecidas. As garantias procedimentais passam a figurar, então, como “*garantias de verdade além de garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida [...], mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz”¹³⁷. Em vez de facilitar o abuso de poder, preferível sacrificar a ilimitada obtenção de provas para a construção do relato final do processo, atividade que, em nome da verdade, foi abusada muitas vezes pela justiça penal na história. “Daí a necessidade de prevenir o mau uso da capacidade de busca da informação e de fortalecer os limites que a memória histórica e a experiência construíram para evitar esses abusos”¹³⁸.

O juiz que não observa as formas, em síntese, é o que pretende extrair da prova produzida em juízo, operando num verdadeiro primado das hipóteses sobre os fatos, e até mesmo da lei, aquilo que já entende como resultado acertado para o caso em julgamento¹³⁹. Todavia, como já antevia Francesco Carrara, o juízo penal deve constituir-se em ato de razão presu-

¹³⁴ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.45

¹³⁵ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.54.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.62.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.498.

¹³⁸ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.67.

¹³⁹ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A filosofia da consciência e a relativização das formas no processo penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). *Ciências criminais em debate*: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.157.

mivelmente conforme a verdade, de modo que ao legislador cabe, ulteriormente, prescrever um rito impostergável destinado aos magistrados, ao qual devem escrupulosamente ater-se. Disso decorrem duas regras:

1.^a, que o legislador trai a própria missão, quando não prescreve minuciosamente todas as diversas partes do rito por observar-se nos juízos criminais. 2.^a, que o legislador cumpre mal a sua missão quando não fortalece com sanções oportunas os preceitos que impõem a observância do rito, sanções que o torne m impreterível. Com isso produz obra inútil, especiosa e derrisória, pois, fixando um rito que pode ser violado ao arbítrio dos julgadores, **não criou uma lei, mas deu um conselho**. A lei sem sanção não é lei. **A sanção natural de todos os preceitos que constituem o procedimento é a nulidade de qualquer ato que o viole**. Um código de processo que prescreva certas formas sem decretar a anulação daquilo que se faça com infração daquelas formas é uma maliciosa mistificação, com que se quis fazer crer ao povo que se providenciava a segurança dos honestos, enquanto nada se garantia¹⁴⁰. [grifou-se]

O estatuto processual penal, em vista disso, é um verdadeiro freio ao poder judicial e serve para impedir a violência dos magistrados, tão inimiga do direito e pernicioso quanto a violência do indivíduo (freada pela autoridade civil) e a do legislador (contida pelo direito penal)¹⁴¹. A observância ao rito, às formas processuais reveste-se, portanto, não só de uma garantia de justiça, mas também de uma condição indispensável da confiança dos cidadãos na justiça¹⁴², cumprindo, com isso, seu fim político: quando observadas as formas, a confiança pública na justiça dos julgados ultrapassa a fé na sabedoria e integridade do homem que julgou – até porque pode ser que não as tenham todos –, alcançando um princípio de razão¹⁴³.

Logo, a forma desempenha papel capital e inafastável no processo penal, materializa não apenas um devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição), como também, em si, uma garantia ao acusado. É, outrossim, um limite jurisdicional e político, balizando aquilo que, em termos de procedimento, pode ser feito. Na esteira de um sistema acusatório, que não pretende esgotar o material probatório a ser recolhido e confere ao juiz maior rigidez no controle sobre os atos processuais, como o que conce-

¹⁴⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.294.

¹⁴¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.295

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.572.

¹⁴³ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957. p.300-301.

beu a nossa Constituição, não se admite um processo penal – único instrumento por meio do qual é possível aplicar a pena, servindo à efetivação de garantias, cuja natureza é de situação jurídica e o objeto é a pretensão acusatória – que não tenha na forma sua matriz.

6 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1957.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n.30, p.163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v.1.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4.ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- KAFKA, Franz. **O Processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LINHARES, Raul Marques; WEDY, Miguel Tedesco. Processo penal e história – a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.114/2015, p.379-412, mai./jun. 2015.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. 2.ed. 4.reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2012. v.1.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.
- NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Da natureza jurídica do processo penal epistemologicamente adequada à concepção democrática do estado de direito. **Revista dos Tribunais**, v.798, p.461-477, abr. 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A filosofia da consciência e a relativização das formas no processo penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). **Ciências criminais em debate: perspectivas interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.139-161.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. . 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

Vade-mécum OAB e concursos: Saraiva. 8.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.