

BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A FINALIDADE ESSENCIAL DO PROCESSO PENAL PERANTE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

BRIEF ON THE CAUTIONARY ESSENTIAL PURPOSE OF CRIMINAL PROCEDURE BEFORE THE DEMOCRATIC STATE LAW

Mario Cesar Felippi Filho¹

Jair Soares Júnior²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Algumas considerações sobre o Estado Democrático de Direito norteador do Processo Penal; 2 Em busca da finalidade do processo penal democratizado; 3 O objeto do processo penal; Considerações finais; Referência das fontes Citadas.

RESUMO

O presente estudo visa identificar qual a principal função e o verdadeiro objeto do Processo Penal brasileiro, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Carta Maior de 1988. Para não alongar demasiadamente o curso da pesquisa, adotar-se-á como base o sistema acusatório perante a persecução criminal, muito embora haja grande divergência na doutrina pátria acerca da sua real natureza³.

1 Mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC, em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público - ACMP. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB/SC. Professor Universitário nas áreas de Direito Penal e Processual Penal junto ao Centro Universitário - Católica de Santa Catarina.

2 Mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC. Especialista em Direito das Relações Sociais, e em Direito Militar, pela Universidade Castelo Branco/RJ. Defensor Público Federal de Primeira Categoria, em Brasília/DF, com atuação junto ao TRF da 1ª Região e nas Turmas Recursais do DF e TRU da 1ª Região. Membro da Câmara de Coordenação de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da Defensoria Pública da União. Professor do curso de pós graduação lato sensu em Direito Processual da Faculdade Unida de Campinas, em Goiânia/GO.

³ Embora para a grande maioria da doutrina brasileira o sistema hodierno seja o acusatório, alguns autores entendem estar o processo penal pautado em um sistema misto. Guilherme de Souza

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; roupagem democrática; Estado Democrático de Direito; Processo Penal; instrumento de garantias; pretensão acusatória.

ABSTRACT

This study aims to identify what the main function and the true object of the Brazilian Criminal Procedure, the perspective of democratic rule of law established by Carta Maior of 1988. Not to dwell too the course of research, it will take based on the adversarial system before the criminal prosecution, although there is wide divergence in doctrine homeland about your real nature.

KEYWORDS: Constitution; democratic garb; democratic state; Criminal Procedure; instrument guarantees; libelous claim.

INTRODUÇÃO

Nos termos do *caput* do art. 1º da Constituição Federal⁴, o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, fato este que inegavelmente se reflete sobre

Nucci, contrário a grande maioria da doutrina, endente ser o sistema processual penal misto, justificando: "Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigiloso, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.)." (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; p. 72). Analisando a questão sob uma ótica diversa, o professor Aury Lopes Jr., por seu turno, entende ser o modelo inquisitivo, ao expor que: "[...] fica fácil perceber que o processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional. Sempre se reconheceu o caráter inquisitório da investigação preliminar e da execução penal, encobrendo o problema da inquisição na fase processual. Mas compreendidos os sistemas e os princípios que os estruturam, a conclusão só pode ser uma, como claramente aponta JACINTO COUTINHO: 'O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz'. (LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; p. 170).

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no D.O.U. em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 ago. 2012.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

a sistemática adotada pelas legislações infraconstitucionais, em especial, sobre o processo penal.

Embora o Estatuto processual pátrio tenha sido elaborado numa perspectiva visivelmente autoritária, com prevalência na preocupação com a segurança pública, Eugênio Pacelli de Oliveira com a perspicácia que lhe é peculiar, destaca o caminho oposto trilhado pela Constituição Federal de 1988. Segundo o autor⁵, a nova sistemática constitucional passou a determinar que “o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”.

Nessa vereda, Fauzi Hassan Choukr⁶ ensina que a atual Carta Maior tratou a perseguição criminal “com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou”, bem como buscou “dar ao processo penal uma roupagem democrática”.

Dessa maneira, não há como se negar que tanto o Direito Penal quanto o Processo Penal passaram a desempenhar um novo papel perante o surgimento do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição.

Aliás, com a “democratização do processo penal e ingresso no modelo transformador”, conforme explica Aury Lopez Jr.⁷, “o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres.”

Salienta Choukr⁸, nesse aspecto, que de uma leitura mediana do texto constitucional, torna-se clara a adoção do modelo acusatório para o processo penal brasileiro, havendo nítida separação de papéis entre acusador, defensor e

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008; p. 7.

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição** – temas escolhidos. 1ª. ed. São Paulo: Edipro, 1999; p. 62.

⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 40.

⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. p. 62.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

jugador, bem como um tratamento diferenciado ao acusado, ou seja, “como titular de direito e não objeto da persecução”.

Sobre o referido sistema acusatório adotado, então, pela Constituição Federal, Paulo Rangel⁹ aponta algumas características primordiais:

- a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*);
- b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, §1º, c/c art. 481, ambos do CPP);
- c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
- d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei 11.690/08 c/c art. 93, IX, da CRFB);
- e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está diante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

Importante observar, por oportuno, que o sistema processual de cada país é fruto do período político em que este se encontra. Assim, tal sistema diminui as garantias do acusado na medida em que o Estado se aproxima do autoritarismo.

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; p. 50-51 – grifos no original.

A *contrario sensu*, à medida que este se aproxima de um Estado Democrático de Direito, tais direitos e garantias individuais contra seus arbítrios são asseguradas aos membros que o compõe.¹⁰

No que concerne a chamada “roupagem democrática” introduzida no sistema processual penal brasileiro, Geraldo Prado, citado por Denilson Feitoza¹¹, esclarece que:

[...] a democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar.

Esta mesma democracia, segundo Aury Lopes Jr.¹², “pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-Indivíduo.” Opera-se, conseqüentemente, “uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo”, ou seja, há uma verdadeira valorização do indivíduo sobrepujado ao processo penal.¹³

Ademais, como bem observa Feitoza¹⁴, “um processo penal acusatório, fundado no princípio do estado democrático de direito, não deixa espaço para um juiz autocrático, com poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos.”

Contudo, nesta perspectiva democrática estabelecida pela Constituição Federal de 1988, qual seria atualmente a função “essencial” do processo penal? De igual modo, como estaria circunscrito seu objeto?

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**; p. 53.

¹¹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. 5ª ed. rev. ampl. e atual. 2ª tiragem. Niterói: Impetus, 2008; p. 59.

¹² LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 39.

¹³ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 39.

¹⁴ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. p. 59.

Com base em tais questionamentos, embora tolhidos em parte pela elasticidade que o presente estudo permite, passa-se a tecer inicialmente um paralelo entre o Estado Democrático de Direito e o Processo Penal para, na sequência, identificar a principal função que deve ser observada pelo Processo Penal democratizado, expondo-se, ao final, algumas constatações sobre o seu objeto.

1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NORTEADOR DO PROCESSO PENAL

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal¹⁵, a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

Segundo De Plácido e Silva¹⁶ a expressão Estado Democrático de Direito “significa não só a prevalência do regime democrático com também a destinação do Poder à garantia dos direitos”.

De acordo com Alexandre de Moraes¹⁷, este Estado Democrático de Direito, caracterizador do chamado Estado Constitucional¹⁸ (ou *Estado com qualidades* segundo Canotilho):

¹⁵ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**).

¹⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997; 322.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012; p. 6.

¹⁸ “O Estado Constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito.” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**; p. 4).

[...] significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamando, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

Destarte, segundo Moraes, para a formação do dito Estado Constitucional, “introduzido no constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder”¹⁹, devem estar presentes duas grandes qualidades: Estado de direito e Estado democrático.

Com muita propriedade, José Afonso da Silva²⁰ leciona que o Estado Democrático de Direito não surge apenas da união dos conceitos de Democrático e Estado de Direito. Segundo o autor:

Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.²¹

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**; p. 6.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002; p. 119.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; p. 119.

Nessa perspectiva, muito bem explica sobre a forma de realização da democracia nesta forma de Estado:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.²²

Nesse ponto, não há como se furtar dos ensinamentos de Lenio Luiz Streck²³, que muito bem esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito estaria “indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais”. Segundo o autor “É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito”.

Importante destacar, conseqüentemente, que dentre os fundamentos elencados no art. 1º da Carta Política, a dignidade da pessoa humana (que também é um direito fundamental) alcança considerável relevância como princípio norteador do Estado brasileiro, muito embora seja tarefa árdua conceituá-la.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; p. 119-120.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; 127.

É relativamente fácil compreendê-la, mas difícil traduzi-la em palavras, como lembra Castanho de Carvalho.²⁴ Isso ocorre porque, segundo o autor, “sem dúvida, é o princípio mais carregado de sentimentos do que qualquer outro”, além de ser um dos direitos fundamentais.

Socorrendo-se a lição de Michael Sachs, muito bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ que uma das principais dificuldades em se conceituar a dignidade humana no âmbito de proteção jurídico-constitucional, reside no fato de que para ela, “diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.)”, mas de uma qualidade apresentada como inseparável a todo e qualquer homem.

Não obstante, leciona o mencionado doutrinador²⁶ que a dignidade humana, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição do ser humano:

[...] pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Ainda sobre o conceito de dignidade, Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por José Afonso da Silva²⁷, descrevem que:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que

²⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; p. 22.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; p. 50.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**; p. 52-53.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**; p. 105.

tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Contudo, Antônio Luis Chaves Camargo, citado por Greco Filho²⁸, explana que após a previsão da dignidade como fundamento para o Estado Democrático de Direito, surge na consciência universal um reflexo deste direito "que determina o respeito mútuo entre as pessoas, e que se opõem à interferência indevida do Estado."

Oposição esta enraizada neste tipo de Estado democratizado, no qual o processo penal não mais pode ser concebido como mero instrumento de aplicação da lei penal.

Por fim, com muita propriedade Lopes Jr.²⁹ esclarece que perante um Estado Democrático de Direito não se pode tolerar "um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa."

De tal sorte, não há como se furtar da premissa de que a efetividade do processo penal perante um Estado Democrático de Direito, conforme observa Bonato³⁰, somente será possível se este realmente for interpretado a partir da Constituição, "diretriz maior para a construção de um processo devido".

2 EM BUSCA FINALIDADE DO PROCESSO PENAL DEMOCRATIZADO

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010; p.12.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 38.

³⁰ BONATO, Gilson. **Processo Penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; p. xi.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Magalhães Noronha³¹ inicia sua obra Curso de Direito Processual Penal afirmando que: “É o Estado o titular do direito de punir”. Segundo o saudoso mestre processualista, “o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições de harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária.”

Com esse entendimento, leciona que a consecução do bem comum é incumbência do Estado, o qual não conseguiria alcançar se não estivesse investido do chamado *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir o crime.³²

Fernando da Costa Tourinho Filho³³ explica que o *jus puniendi* pertence ao Estado, sendo esta uma das expressões mais características de sua soberania. De acordo com o mencionado autor, o *jus puniendi* existe *in abstracto* (quando da elaboração das leis penais pelo Poder Legislativo, cominando-se sanções àqueles que transgredirem o mandamento proibitivo da norma penal) e *in concreto* (quando alguém realiza a conduta proibida pela norma penal).

Destaca, no entanto, que “embora o Estado detenha o *jus puniendi*, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força”.³⁴

Nesse sentido, Eberhard Schmidt, *apud* Tourinho Filho³⁵, pondera que:

‘hecha abstracción de las empresas guerreras de los detentadores del poder, nada hay causado a la humanidad tantos sufrimientos, tormentos y lágrimas, como el poder del Estado que se realiza em la actividad penal pública. Es por esto que la gran idea del Estado del derecho, que se desconfía a si mismo y que por eso reprime y compromete su poder teniendo en cuenta las trágicas experiencias que la

³¹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966; p. 3.

³² NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 3.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 29.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. p. 32.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. p. 32.

historia del derecho penal nos proporciona, se impone em forma subyugante a cualquiera que se muestre sensible a las enseñanzas de la historia' (Derecho procesal penal, trad. esp. José M. Muñoz, Ed. Argentina, 1957, p. 24).

Com a propriedade que lhe é peculiar, Noronha³⁶ ressalva que o direito estatal de punir não é ilimitado. Isso porque "mesmo depois de cometido o delito, não se pode discricionariamente[sic] aplicar a sanção, isto é, a pena ou consequência do crime."

Nessa linha de raciocínio, Gilson Bonato³⁷ dispõe que:

Violado um bem protegido penalmente, surge para o Estado a possibilidade – o dever – de investigação do fato. O único meio possível a ser utilizado será a invocação da tutela jurisdicional, através do devido processo judicial. A imposição da sanção somente será legítima se efetivada através do processo.

Nessa vertente, Noronha³⁸ bem recorda que além a observância do princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a sanção aplicada pelo Estado "só tem lugar mediante processo e julgamento, pois a ação punitiva estatal atinge o *status libertatis* do indivíduo, donde a necessidade de obediência a outro princípio liberal: '*Nulla poena sine judicio*'".

Completa, ainda, o mencionado autor,³⁹ que além do *jus puniendi*, deve o Estado dispor de outro direito necessário para realizar aquele: "é o *jus perseguendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*."

Assim, não há como se olvidar de que a estatização da pena, segundo preleciona Bonato⁴⁰, "faz parte do desenvolvimento experimentado pelo direito penal,

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 3.

³⁷ BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. xiii (sublinhou-se).

³⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 3.

³⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 3-4.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

limitando o poder de perseguir e punir, que somente pode ser exercido mediante o processo judicial e pelo Estado.”

Dessa maneira, muito bem explica José Frederico Marques⁴¹ que:

A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório. O *ne procedat judex ex officio* sucedeu à velha parêmia do direito gaulês de que “*tout juge est procureur general*”. A justiça penal passou a figurar sob a forma de um trinômio (juiz, autor e réu), em que o órgão propulsor da atividade persecutória do Estado é aquele que está investido da titularidade da pretensão punitiva, isto é, o Ministério Público.

Destarte, é correta a lição de Gilson Bonato⁴² ao mencionar que “a imposição de pena ao delito somente pode se dar por meio do processo”.

Porém, o processo não pode ser realizado de qualquer modo, como um fim em si mesmo. Para se alcançar a “Justiça Penal”, o processo penal deve ser justo, conforme explica Eugênio Pacelli de Oliveira. E, para realizar a referida justiça processual, deve observar os moldes do sistema acusatório, garantidos pela Constituição. Nesse sentido, esclarece o autor⁴³ que:

O **processo justo** deve atentar, sempre para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Processo justo a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a

⁴⁰ BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. xiii.

⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965; p. 15.

⁴² BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. xi.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**; p. 7-8 (destacou-se).

participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial.

Nesta ótica de processualização da justiça penal decorrente de um Estado Democrático de Direito, o qual se torna verdadeiro fomentador de um sistema penal de cunho acusatório, Frederico Marques⁴⁴ destaca a importância do papel do togado: “Despido o juiz de qualquer função persecutória, cinge-se êle[sic], pura e simplesmente, à função de órgão jurisdicional do Estado.” E conclui dispondo que a tarefa do magistrado “consiste, tão-só, em atuar, processualmente, para que seja apreciada e julgada a pretensão de punir do Estado”.

Todavia, importante esclarecer que o processo penal não pode ser realizado como um fim em si mesmo, conforme já exposto. Deve, por certo, ser empregado como um “instrumento adequado e necessário para a concretização do direito penal, sem que haja com isso relação de dependência, mas sim de complementariedade”, nas palavras de Bonato⁴⁵.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁴⁶, tecendo considerações sobre a finalidade do processo penal, explica existir uma mediata e outra imediata, *in verbis*:

Podemos dizer que existe uma finalidade **mediata**, que se confunde com a própria finalidade do Direito Penal – paz social –, e uma finalidade **imediata**, que outra não é senão a de conseguir a “realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito, através da utilização da garantia jurisdicional”.

Sua finalidade, em suma, é tornar realidade o Direito Penal. Enquanto este estabelece sanções aos possíveis transgressores das suas normas, é pelo Processo Penal que se aplica a *sanctio juris*, porquanto toda pena é imposta

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. p. 15.

⁴⁵ BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. xi.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. p. 50 (destacou-se).

“processualmente”. Daí dizer Manzini que ele consiste em obter, mediante a intervenção do Juiz, a declaração de certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito. Assim, não constitui o Processo Penal nem uma discussão acadêmica para, *in abstracto*, um ponto controvertido de Direito nem um estudo ético tendente à reprovação da conduta moral de um indivíduo. Seu objetivo é eminentemente prático, atual e jurídico e se limita à declaração de certeza da verdade, em relação ao fato concreto e à aplicação de suas consequências jurídicas.

Contudo, em busca da verdadeira finalidade do processo penal embebedado pelos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito, mais oportuna é a lição de Lopes Jr.⁴⁷ para quem “o processo, como instrumento de realização do Direito Penal”, deve observar sua função dúplice: “de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.”

Nesse sentido, muito bem destaca o referido autor⁴⁸ a necessidade (melhor dizendo, finalidade) do processo penal em “servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos”, citando como exemplo a presunção de inocência, contraditório e a defesa.

Por isso que Eugênio Pacelli de Oliveira⁴⁹, comungando do mesmo entendimento, defende que após a incursão da nova ordem constitucional, o processo penal se transformou primordialmente em um “instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 36.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 36.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**; p. 7.

De igual modo, Gilson Bonato⁵⁰ constata que a finalidade inicial do processo de tornar concreta a atividade jurisdicional “deve estar centrada nos princípios protetivos do indivíduo garantidos pela Constituição”.

Pelo exposto, verifica-se que o processo penal democratizado, nos moldes em que foi estruturada a Constituição Federal de 1988, muito mais do que servir para aplicação da sanção penal pelo Estado, deve antes de mais nada, atuar como verdadeiro instrumento de garantias e direitos do cidadão contra possíveis abusos do poder estatal.

3 O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Não pairando dúvidas de que o verdadeiro detentor do *jus puniendi* seja o Estado, representado pelo órgão jurisdicional, bem como o processo criminal seja o caminho para a justa aplicação da sanção penal, através da atenta observação dos princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito, em especial pelo modelo acusatório adotado pela Constituição Federal, passa-se a identificar de forma específica qual seria o verdadeiro objeto do processo.

Nesse passo, muito bem explica o professor Aury Lopes Jr.⁵¹, que o objeto do processo penal é identificado pela “pretensão acusatória”, que é composta pelos seguintes elementos:

Elemento subjetivo: refere-se àquele que figuram como titulares, ou seja, o pretendente (acusador) e àquele contra quem se pretende valer essa pretensão (réu). No processo penal, o elemento subjetivo determinante é exclusivamente a pessoa do acusado, pois inaplicável a tríplice identidade da coisa julgada do processo civil.

Elemento objetivo: o elemento objetivo da pretensão no processo penal é o fato aparentemente punível, aquela

⁵⁰ BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. x.

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 378-379 – destaques no original.

conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em suma, é o *fumus commissi delicti*. Esse caso penal funcionará como delimitador da imputação, *não como cimento em que se embasa, mas como muros que a delimitam*. É, portanto, o fato naturalístico juridicamente qualificado como delito.

Elemento de atividade (declaração petitoria): é o *ius ut procedatur*, ou seja, o exercício da pretensão acusatória através as ação processual penal, que é corporificada pela acusação (denúncia ou queixa). Empregamos o termo 'ação' no sentido literal, de instrumento portador de uma manifestação de vontade, por meio do qual se narra um fato com aparência de delito e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma pessoa determinada. É a ação como *poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales*.

O exercício da referida pretensão é, conseqüentemente, a acusação, "fundamental para se aferir se é a sentença (in)congruente no processo penal, pois é ela quem demarca os limites da decisão jurisdicional".⁵²

Assim, a dita "pretensão acusatória" (objeto do processo penal), pode ser vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional pelo seu titular (seja ele o Órgão Ministerial ou um particular), através da afirmação da ocorrência de um crime, para que o Poder Estatal (representado pelo togado), concretize seu poder punitivo.⁵³

Seguindo este mesmo entendimento, Paulo Rangel⁵⁴ ao citar Lopes Jr., também defende que "O objeto do processo penal não é a lide, mas sim a pretensão processual (acusatória), através da qual o autor deduz uma parcela da lide em juízo."

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 379.

⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 379.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 65.

Ao acusador, portanto, seja ele público ou privado, cabe “apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir”⁵⁵, conforme já anteriormente sustentado.

Em outras palavras, não cabe ao Estado, neste caso representado pelo magistrado, intervir de ofício na pretensão acusatória, seja ela pública ou privada, sob pena de se ferir o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), bem como a própria imparcialidade do julgador, e conseqüentemente ferir de morte a principiologia acusatória enraizada na Constituição.

Aury Lopes Jr.⁵⁶ assevera que Gustavo Henrique Badaró, na obra “Correlação entre Acusação e Sentença”, foi preciso ao aclarar que:

[...] o objeto do processo penal está ligado à imputação, que consiste na formulação da pretensão processual penal [...], isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém e que deve permanecer imutável ao longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação. Assim, a sentença não pode ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação.

E Diogo Rudge Malan, na obra “A Sentença Incongruente no Processo Penal”, também segue esta linha de pensamento, conforme destaca Lopes Jr.⁵⁷, visto que relaciona o objeto com o sistema processual, ao afirmar que “o processo de feição acusatória se caracteriza por ser tendencialmente rígido, pois essa rigidez decorre da garantia da vinculação temática do juiz.”

Esclarece Lopes Jr.⁵⁸, ainda, que o mencionado autor desvela “uma importante relação entre a rigidez do objeto e o sistema acusatório”, no qual o juiz, atuando

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 379.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 379-380.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 380.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 380.

como mero expectador, “não tem a gestão da prova e tampouco invade o elemento objetivo da pretensão para alterá-lo”.

Por fim, conclui ser indispensável que o juiz se abstenha em ampliar ou restringir a pretensão acusatória, julgando-a sempre dentro dos seus limites, muito embora nada o impeça de julgar acolhendo-a no todo ou em parte, diante das provas produzidas pela persecução criminal.⁵⁹

Todavia, em sendo necessário tal intervenção judicial, visto que toda regra possui exceções, indispensável assegurar as garantias decorrentes do sistema acusatório, especialmente relativas ao contraditório e a ampla defesa.

Desse modo, forçoso concluir ser imprescindível para a compreensão dos limites do sistema acusatório, em especial para a atuação do juiz perante o processo penal, a exata delimitação do objeto do processo penal, que para Badaró seria a “imputação”, e para Lopes Jr., seguido por Rangel, a “pretensão acusatória” (ambas possuindo o mesmo sentido), realizada pelo acusador através da denúncia ou da queixa-crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem as divergências doutrinárias, após a Carta Magna de 1988, não há como reconhecer um sistema processual penal brasileiro não pautado em uma base acusatória, fortemente estabelecida com pilares de sustentação em princípios e garantias, oriundas do Estado Democrático de Direito.

Restando claro que a pretensão acusatória é o objeto do processo penal, imprescindível que o togado abstenha-se em ampliá-la ou restringi-la, devendo julgá-la, conseqüentemente, dentro dos seus limites, permanecendo a seu critério e discricionariedade, acolhe-la no todo ou em parte, diante das provas produzidas pela persecução criminal.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p. 380.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Não cabe ao Estado, neste caso representado pelo magistrado, intervir de ofício na pretensão acusatória, seja ela pública ou privada, sob pena de se ferir o princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), bem como a própria imparcialidade do julgador.

Por isso, diz-se que um processo penal acusatório, fundado no princípio do Estado Democrático de Direito, não deixa brechas para que o órgão julgador detenha poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos, especialmente em virtude da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar.

Ademais, o processo penal verdadeiramente democrático, além de estar em conformidade com os preceitos constitucionais, e amoldar-se a uma estrutura acusatória, “deve estar preocupado precipuamente com as garantias do sujeito passivo, ou seja, do acusado ou investigado”, conforme bem ressalta Gilson Bonato⁶⁰.

Assim, a principal finalidade do processo penal, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, deve ser a de servir de modo efetivo como “instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais”⁶¹, e não mais como mero instrumento de aplicação da penal, visto que o acusado, com a democratização processual, deixou de ser apenas um objeto da persecução, passando a ser tratado e valorizado como sujeito juridicamente protegido.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no *D.O.U.* em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 ago. 2012.

BONATO, Gilson. **Processo Penal**: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶⁰ BONATO, Gilson. **Processo Penal**; p. xi.

⁶¹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**; p. 36.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição** – temas escolhidos. 1ª. ed. São Paulo: Edipro, 1999.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. 5ª ed. rev. ampl. e atual. 2ª tiragem. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol. II. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____ **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. I. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1965.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

FILHO, Mario Cesar Felippi e JÚNIOR, Jair Soares. Breves ponderações sobre a finalidade essencial do processo penal perante o estado democrático de direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.