



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**THIAGO MARTINS DE OLIVEIRA**

**DIREITO PROCESSO PENAL: LIMITES E ALCANCES**

Assis  
2010

Av. Getúlio Vargas, 1200 – Vila Nova Santana – Assis – SP – 19807-634  
Fone/Fax: (0XX18) 3302 1055 homepage: [www.fema.edu.br](http://www.fema.edu.br)

**THIAGO MARTINS DE OLIVEIRA**

**DIREITO PROCESSO PENAL: LIMITES E ALCANCES**

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA ( Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso.

Orientador: Fabio Pinha Alonso

Assis  
2010

## FICHA CATALOGRÁFICA

MARTINS DE OLIVEIRA, Thiago

Direito Processo Penal: Limites e Alcances. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2010.

35 p.

Orientador: Fabio Pinha Alonso

Monografia de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Limites. 2. Alcances.

CDD: 340  
Biblioteca da FEMA

**DIREITO PROCESSO PENAL:  
LIMITES E ALCANCES**

**THIAGO MARTINS DE OLIVEIRA**

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA ( Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Fabio Pinha Alonso

Analizador: Carlos Ricardo Fracasso

Assis  
2010

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus querido pai Jaimar e minha Maria, dedico também a minha Irma Géssika, a todos meus amigos que me incentivaram e ao pessoal da sala que me apoiaram.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, aos professores e colegas de curso, que me ajudaram a trilhar esta importante etapa de minha vida, e ao meu orientador Fabio Pinha por ter me ajudado nesta pesquisa.

## **RESUMO**

Observa-se que a ordem jurídica parte do pressuposto que todos são iguais perante a lei na defesa de seus direitos. Na área criminal, sabemos da importância do direito material. Ele indica que essa igualdade existe para todos. Porém, sabemos que a grande questão da área criminal está no direito processual. O domínio do saber desta área é que faz diferença nos resultados da defesa criminal. Presente trabalho pretende evidenciar o grau de importância do domínio do saber do direito processual penal nos resultados da defesa em ações no judiciário.

### **Palavras chaves**

EVOLUÇÃO – PROCESSO – SOCIEDADE.

## **ABSTRACT**

It is observed that the law assumes that everyone is equal before the law in defending their rights. In the criminal area, we know the importance of the right material. It indicates that there is equality for all. However, we know that the big issue in this area criminal procedural law. The domain knowledge of this area is that makes a difference in the results of criminal defense. This work intends shows the degree of importance of domain knowledge of criminal procedural law in the results of actions in defending the judiciary.

### **Keywords**

DEVELOPMENTS - PROCESS- SOCIETY.

“Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.” ULPIANO ( 150 – 228 d.c) Jurista.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>10</b>
<b>1. História da Teoria Geral do Processo.....</b>	<b>11</b>
1.2 - Processo e cultura.....	11
1.3 - A jurisdição como uma função do Estado .....	12
1.4 - Evolução Histórico-Científica do Processo.....	12
1.5 - A Importância da Teoria Geral do Processo.....	16
2. Adoção do Código de Processo Penal no Ordenamento Jurídico.....	18
2.1 - O Sistema Adotado no Brasil: A Constituição Federal de 1988 <i>versus</i> O Código de Processo Penal de 1941.....	18
<b>3. Conflito entre o Direito Formal e Direito Material .....</b>	<b>26</b>
<b>4. Importância do domínio do Processo Penal no resultado da Ação Penal.....</b>	<b>30</b>
<b>Considerações Finais.....</b>	<b>32</b>
<b>Referências.....</b>	<b>33</b>

## **Introdução**

No primeiro capítulo apresentaremos um histórico sobre a história da teoria geral do processo, onde mostraremos como evoluiu a idéia de processo e como o Estado incorporou as normas do direito e o surgimento do direito processual como disciplina. Ressaltamos que a Bíblia, o Código de Hamurabi e posteriormente o Direito Romano foram as bases para a fundamentação dos princípios do Direito até o direito moderno como é hoje.

No segundo capítulo apresentaremos um histórico da adoção do sistema processual penal no ordenamento jurídico no Brasil, realçando a fase autoritária da Era Vargas, que veio delinear a sistemática penal adotada neste século no nosso país, não sem exemplificar o ocorrido em outras sociedades, como na Europa, por exemplo.

No terceiro capítulo a conceituação de direito formal e direito material vem embasar a avaliação do conflito entre os dois conceitos, sendo o direito formal o meio adequado para alcançar o direito material pleiteado.

No quarto capítulo salientamos o papel essencial do Ministério Público, não só pelo seu caráter disciplinador como também preventivo e repressivo, e pelo que ele representa e do qual a sociedade muito espera, e cobra, através de sua atuação.

## 1. HISTÓRIA DA TEORIA GERAL DO PROCESSO”

É, basicamente, uma Ciência processual, em constante evolução.

Estado contemporâneo: objetivo: bem-comum. Quando se passa ao estudo da jurisdição, diz que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. Estado brasileiro quer uma ordem social, bem estar e justiça sociais.

Direito pertence à Cultura, enquanto a Constitucionalização das Normas de Processo é responsável por tornar constitucional as normas do processo, processo este que deve reagir ao Direito Material, substancializando-se.

O Direito Material se resume ao corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas. É referente a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista...)

Já o Direito Processual está a serviço do Direito Material. Enquanto este cuida das relações entre os sujeitos processuais, da *forma* dos processos e dos atos processuais, ele também deixa de cuidar do bem ou utilidade da vida, que é o bem objeto do interesse primário das pessoas.

Processo e cultura:

Processo: sofreu influência da ideologia dominante nos períodos da história, variando sua composição e estrutura conforme o momento e o local tomados.

As normas de direito processual dependem dos valores da sociedade; a escolha é de natureza política, pois depende dos objetivos da própria administração judicial; muitas vezes sob a influência das concepções religiosas; no Brasil – o processo encontra a necessidade de conhecer-se o direito comparado.

A jurisdição como uma função do Estado:

O Estado cuida de buscar a realização prática das normas (legislação) em caso de conflito entre pessoas, declarando qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução).

Jurisdição: função do Estado que faz atuar o direito. Ato de dizer ou ditar o direito. Função (dentre outras) de assegurar a prevalência do direito positivo no país.

Artigo 5º, XXXV – CF: função estatal típica do Poder Judiciário: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O modelo de Estado Democrático de Direito – nem sempre foi assim...: não havia a separação entre as funções-poderes do Estado. Confundiam-se as funções-poderes no plano formal à figura do próprio soberano, tanto que dizia Luis XIV: *L'État c'est moi* ( O Estado sou eu). A independência norte-americana e a Revolução Francesa representam o marco do nascimento do Estado liberal-iluminista, um modelo de organização político-jurídica que se pauta pelo reconhecimento formal de direitos do indivíduo frente ao Estado, pelo primado da lei e pela tripartição de poderes.

“Até o séc XVIII, os conhecimentos eram empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método.”

Evolução Histórico-Científica do Processo:

As doutrinas nascidas em torno da natureza jurídica do Processo foram se sucedendo ao largo da história, conforme a própria evolução do mesmo e, em geral, ligadas ao surgimento do Direito Processual como disciplina autônoma.

A evolução da doutrina Processual pode ser dividida em 5 (cinco) grandes períodos: Primitivo; Judicialista; Prático; Procedimentalista; e Processualista.

Quanto ao chamado Período Primitivo, faltam, por completo, autênticas exposições processuais, mas em obras de datas, natureza e nacionalidades muito distintas se encontram dados e idéias acerca da Justiça e do seu funcionamento. Obras do tipo

histórico-religioso, como a Bíblia, ou de índole jurídico-legal, como o "Código de Hammurabi", na Mesopotâmia podem ser perfeitamente compreendidas em seu aspecto primitivo . Mas nenhuma destas obras pode ser caracterizada como ponto de antecedência ou referência . Jamais podem consistir em obras sistemáticas de Direito Processual. Apenas podemos citá-las como referências históricas e evolutivas, muito embora vários autores discordem de seu aspecto "evolutivo", mas foi a partir dessas obras que surgiram as primeiras noções do Direito Romano - da tripartição "pessoas, coisas, ações", quando então o Direito Processual era considerado pertencente ao Direito Privado.

Período Judicialista: a partir do século XI, alongando-se pelos séculos XII e XIII, surge, na Itália, na Universidade de Bolonha, a Escola Judicialista. A ela pertence o pai das Instituições Processuais hispano americanas, o mestre Jacob das Leis, redator da famosa "A Partida III".

Com o passar dos tempos e com a própria evolução social do homem, chegou-se à conclusão que julgamentos deveriam ser submetidos à autoridade pública, mostrando-se absolutamente necessário regulamentar a atividade da administração da justiça em toda sua amplitude. Por essa razão, e em função disso, surgiram as normas de Direito Processual, tendo como finalidade regulamentar essa função estatal.

A evolução encontrada no mundo Clássico, mais especificamente na Grécia Antiga, é perceptível desde o início da quebra do vínculo do Direito com certos preceitos religiosos e superstições.

Mas se sabe muito pouco do processo grego. Na obra Retórica de Aristóteles, se vê que em matéria de prova predominavam princípios elevados e lógicos, não religiosos. Porém já era observado o princípio da oralidade e o ônus da prova já cabia às partes, apenas excepcionalmente ao juiz era permitido interferir nas questões probatórias. Já tinham provas testemunhais (restrição às mulheres e crianças) e documentais. O Juramento era valorizado, mas depois foi perdendo

importância (antes era fonte de convencimento). Porém, havia a livre apreciação de provas pelo julgador.

Já no Processo Civil Romano, altamente influenciado e baseado nos gregos, é perceptível a permanência da livre apreciação de provas, principalmente em sua fase primitiva tratava juiz como árbitro, que decidia segundo critério pessoal, em tudo que a lei não previa solução específica.

Daí percebeu-se a necessidade de que a resolução dos conflitos se tratava de função do Estado e o processo passou a ser tido como “instrumento de certeza e de paz indispensável”, tendo a sentença valor apenas para as partes, e devendo ser fundada nas provas produzidas.

O Surgimento do Processo Comum (assim chamado), tem início com a queda do Império Romano e a conseqüente dominação política e militar dos germânicos (bárbaros), na forçada imposição de seus costumes e direito.

Como tinham noções rudimentares de direito, o direito processual europeu em seu todo sofreu um retrocesso. Não havia uniformidade de critério, e tudo se fazia conforme o costume bárbaro.

Depois, veio o fanatismo religioso, fazendo com que juízes acatassem regras absurdas, juízo de Deus, duelos, acreditava-se, em algumas regiões que as divindades tinham participação nos julgamentos e revelava sua vontade por métodos cabalísticos, onde, normalmente, não se buscava a VERDADE REAL, mas a formal, pois se acreditava na interferência divina nos julgamentos, muitos deles, autênticos jogos de azar ou rituais de bruxaria.

Isso durou por muitos séculos, porém, a Igreja paralelamente, continuava a se utilizar o Direito Romano e do Direito Canônico.

Com as universidades (séc. XI), passou-se a estudar o Direito Romano, e da fusão de normas e institutos do direito romano, posteriormente também o germânico e o

canônico, apareceu por consequência natural o Direito Comum, e com ele o processo comum, que vigorou desde os séculos XI até XVII, encontrando-se vestígios até hoje nas legislações processuais do ocidente.

O processo comum era escrito lento e extremamente complicado. Mas, dele se extraíram as características que, aperfeiçoadas, inspiraram o processo moderno.

Foram abolidas as *ordálias* e o *Juízo de Deus*, mas a tortura continuou até o século passado, como meio de obtenção da verdade.

Somente após a Revolução Francesa é que se retomou o conceito de “*livre convencimento do Juiz*”, relativamente às provas, eliminando a tarifa legal, primeiramente no processo penal, e depois no processo civil.

O Processo Civil Moderno se concretizou só no século XX, quando se conseguiu desvencilhar o processo civil das provas tarifadas, ou seja, provas pré-valorizadas pelo sistema positivo.

Considera-se fase científica desde o momento em que ao juiz são outorgados poderes para apreciar prova segundo regras, e a permitir que o juiz possa produzir “*ex officio*” as provas que julgar necessárias, deixando de ser simples expectador da vitória do mais hábil.

O processo, então, passou a ser visto como instrumento de pacificação social, de forma que houve uma concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, tanto para produção e valoração da prova como também para maior celeridade e dinamismo.

As principais Características são:

- forma escrita, o juiz só podia apreciar o que estava nos autos;
- as partes não participavam da inquirição de testemunhas;

- o princípio do dispositivo: autor e réu eram os donos do processo, cuja movimentação era privilégio das partes.

No Brasil, a C.F. Republicana de 1891 diferenciou a Justiça Federal da Justiça Estadual, criando o Direito processual da União e dos Estados.

Como divisão foi um fracasso, a CF de 1934 instituiu o Processo Unitário, atribuindo à UNIÃO a competência para legislar sobre o assunto. Tal código (de 1939) só entrou em VIGOR em 1940.

Como apresentava diversas falhas, ora inovador - geral, ora conservador – especial, foi realizada a sua reforma, em 1973, marcando nova etapa de evolução do direito processual.

Aconteceu que, por todo o tempo, o Processo era focado de forma totalmente pessoal, relativamente à pessoa do Autor e Réu. Com o passar das décadas, percebeu-se a existência de direitos difusos e coletivos que até então eram sequer pensados.

Segundo esta preocupação, o legislador brasileiro, dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só criando e ampliando a assistência judiciária como também criando novos remédios de cunho social e coletivo, como ação civil pública, mandado de segurança, e juizados de pequenas causas.

Além destas, outras reformas foram sendo realizadas com o firme objetivo de acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, menos burocrática, mais célere e mais flexível perante os novos parâmetros da sociedade.

A Importância da Teoria Geral do Processo:

A teoria Geral do Processo é disciplina de fundamental importância para o estudo aprofundado não só das categorias processuais, como principalmente para análise de caracteres sociológicos ou filosóficos do direito processual.

É necessário ter consciência de que o processo não é mero instrumento técnico à serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

O reconhecimento das conotações ideológicas do processo constitui um dos passos mais significativos da doutrina processual contemporânea. A mudança de mentalidade em relação ao processo é uma necessidade, para que ele possa efetivamente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

## 2. ADOÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Sistema Processual Penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Sistema Processual Penal é um modelo de persecução criminal, sendo classificado de acordo com o princípio unificador que o rege.

Pode-se afirmar que existem duas espécies de Sistemas Processuais Penais, que são: o Sistema Acusatório e o Sistema Inquisitório, tendo em vista que somente nestas duas espécies é possível se verificar um princípio unificador. Há, atualmente, uma discussão acerca da existência do Sistema Misto, o que gera grande divergência de opiniões entre processualistas penais conservadores e os processualistas penais de vanguarda.

Assim, procurarei mostrar durante este trabalho uma breve exposição da origem, evolução e características essenciais de cada sistema processual penal existente, assim como uma abordagem de qual de tais sistemas processuais penais é adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e aproveitamos para apresentar um confronto entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941.

O Sistema Acusatório, inicialmente, por estar completamente ligado com a questão da cidadania, perdurou até o século XII, tendo sua origem e primeira configuração na Grécia Antiga, quando era admitida a participação direta do povo tanto na acusação quanto no julgamento.

Tal sistema processual penal também encontrou correspondente no Direito Romano, quando, nos tempos da República, houve a evolução do sistema da *cognitio* com a *Lex Valeria de Provocatione do ano 509*, passando a permitir ao acusado o direito de apelar para o povo reunido em comício (*Provocatio ad Populum*). Todavia, no Direito Romano a verdadeira configuração do Sistema Acusatório ocorreu no último século da República, por meio da *accusatio*, com o fornecimento de real autonomia à função acusatória, que passou a ser confiada a funcionários próprios (*accusator*)

que sustentavam a acusação perante as Assembléias Populares de Julgamento, de maneira oral e pública. Tal modelo acusatório passou a adotar um colegiado de restritos cidadãos para exercer a função judicante (*quaestiones*), o que nos demonstra a presença de um Sistema Acusatório puro, haja vista a configuração de características essenciais deste sistema, tais como a separação da figura do acusador e julgador, publicidade, oralidade, igualdade entre as partes e função judicante imparcial.

É no direito inglês, entretanto, que o Sistema Acusatório descobriu seu arquétipo mais fidedigno seguindo o modelo do *common law* a partir do reinado de Henrique II, o qual por meio das *forms of action* e de um *writ* do ano de 1166 criou o *Trial by Jury*. Tal tribunal, composto em júri popular, era formado por dois órgãos colegiados, chamados de *Grand Jury*, ao qual cabia decidir se era aceitável ou não a acusação (*guilt or innocent*) e de *Petty Jury*, ao qual cabia decidir com base na análise das provas (*verdictum – veredicto*). Posteriormente, a *Magna Charta Libertatum* de 1215, um dos documentos mais importantes da história da humanidade, consagrou os ideais deste sistema processual, garantindo a verdadeira paridade de partes no processo. Deste modo, pode-se afirmar que:

“(...) O processo penal inglês, assim, dentro do *commonlaw*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclus ive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *verdictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados. Por isto, “incentivado pela ideologia liberal que se desprende já da *Magna Charta Libertatum* de João-sem-Terra (1215) e acentuado, sobretudo, pelo *Bill of Righths* (1689) e pelo *Act of Settlement* (1701), ele ganha o seu maior vivaz florescimento, a ponto de ainda hoje se manter aí essencialmente imodificado”.

Assim, a partir destas breves informações históricas, observa-se que as principais características do Sistema Acusatório são, segundo nos leciona Barreiros (BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 12.)

a) *quanto ao julgador*, são membros de uma assembléia ou jurados populares;

b) *quanto à relação entre os sujeitos*, há uma igualdade entre as partes, sendo o Juiz mero árbitro, sem poderes de investigação;

c) *quanto à Coutinho*, (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 36-37) a *acusação*, se o crime for público, cabe ao órgão acusatório popular, se crime privado, cabe ao ofendido;

d) *quanto ao processo*, ele é oral, público e contraditório;

e) *quanto à prova*, é livremente apreciada pelo julgador;

f) *quanto às medidas cautelares*, a regra é a liberdade do acusado.

Pela característica contida no seu princípio unificador, o Sistema Acusatório não permite a intromissão do Juiz na função destinada às partes e, assim, o órgão julgador deve manter-se distanciado da produção das provas.

Desta forma, constata-se que as características do Sistema Acusatório são mais condizentes com um Estado Democrático, vez que garante aos cidadãos direitos e prerrogativas processuais que lhe asseguram figurar como verdadeira parte e, portanto, *sujeito* no processo, não mero *objeto* de investigação.

O Sistema Inquisitório, por sua vez, passou a vigorar na história com as paulatinas transformações e distorções que foi apresentando o Sistema Acusatório entre os séculos XII e XIV, atingindo o seu ápice com a Inquisição liderada pela Igreja Católica, tendo perdurado por mais de 700 anos, segundo nos mostra a história como um todo e como tal o modelo de repressão religioso-política – a Inquisição - tem seu surgimento ligado ao fato da necessidade da Igreja Católica reprimir as “doutrinas heréticas”.

A introdução deste modelo de repressão político-religiosa no âmbito jurídico do Estado ocorreu a partir do Papa Inocêncio III, no Concílio de Latrão (1215), quando houve a equiparação das “heresias” com os crimes de lesa-majestade.

Assim, passou-se à solidificação do Sistema Inquisitório, com a instauração dos Tribunais da Inquisição e a passagem do controle direto do processo criminal por parte da Igreja, o que ocorreu, efetivamente, a partir da *Constitutio Excomuniamus* do Papa Gregório IX em 1231, quando se constituiu o Tribunal da Inquisição e, definitivamente, com a *Bula ad Extirpanda* do Papa Inocêncio IV, em 1252, pela qual a tortura foi institucionalizada como meio de prova.

Dessa forma, consolidam-se as características do Sistema Inquisitório:

- a) *quanto ao julgador*, são magistrados ou juízes permanentes;
- b) *quanto à relação entre os sujeitos*, o Juiz investiga, dirige, acusa, julga, numa posição de superioridade face ao arguido;
- c) *quanto à acusação*, ela se processa *ex officio*, admitindo-se a denúncia secreta;
- d) *quanto ao processo*, ele é escrito, secreto e não contraditório;
- e) *quanto à prova*, é legalmente tarifada, sendo a confissão a “*regina probationum*”;
- f) *quanto às medidas cautelares*, a prisão do acusado no transcurso do processo é a regra.

Ainda, pode-se afirmar que, tendo em vista a inexistência da coisa julgada da decisão do Inquisidor, o processo poderia ser reaberto a qualquer tempo, devendo apenas constar que “*nada foi legitimamente provado*” contra o acusado. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, p. 65).

O chamado “Sistema Misto”, por sua vez, tem sua origem histórica no século XVIII, com a Revolução Francesa, quando então os filósofos e revolucionários propuseram a adoção, na Europa Continental, das instituições processuais penais como as adotadas na Inglaterra, país que seguia o Sistema Acusatório, por excelência.

Todavia, tal adoção não ocorreu de forma absoluta, sendo que houve a consolidação de um modelo processual novo, conhecido como “processo reformado, misto ou napoleônico”, segundo nos informa Barreiros (BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**, p. 36).

Na verdade, houve uma paulatina modificação do modelo inquisitório até então adotado, para se chegar ao chamado “modelo misto de processo”. Isso ocorreu por meio da sequência de leis de tal período.

Posteriormente houve na França um movimento que instituiu os Tribunais Especiais, revogando o julgamento pelo Júri, num claro retorno ao Sistema Inquisitório.

Os doutrinadores processuais penais de vanguarda, dentre os quais se mencionam Aury Lopes Jr. e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirmam que a existência de um Sistema Processual Penal Misto é impossível porque não existe um princípio unificador no sistema misto para que possa ser considerado um sistema em si mesmo, tal como o Acusatório e o Inquisitório. Redundante porque não existem mais sistemas processuais penais Acusatórios e Inquisitórios puros, portanto, todos os sistemas seriam mistos.

Assim, segundo tais doutrinadores, todos os sistemas processuais penais existentes na atualidade seriam mistos, vez que sempre mesclariam características de ambos os sistemas. Entretanto, a questão fundamental para se classificar verdadeiramente os sistemas existentes na atualidade está na análise de qualquer princípio unificador predominará neste chamado “*sistema misto*”, sendo que seu unificador o definirá, na sua essência, como sendo Acusatório ou Inquisitório.

Assim sustenta Coutinho:

“(…) No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se todos como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), de que um sistema são emprestados ao outro”.

No mesmo sentido discorre Lopes Jr:

“(…) Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois esta classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância”.

Portanto, resta claro que, ante a impossibilidade de existir um princípio unificador do chamado “sistema misto”, os “sistemas mistos” da atualidade, denominados pela doutrina processual penal tradicional, devem ser vistos sob a ótica de que, em cada um deles, prevalece o princípio unificador *dispositivo* ou *inquisitivo*, tendo em vista a análise de quem permanece com a gestão da prova – as partes ou o órgão julgador.

O Sistema Adotado no Brasil: A Constituição Federal de 1988 *versus* O Código de Processo Penal de 1941.

Considera-se que o sistema processual penal adotado por um país nada mais é do que o reflexo de sua política estatal seguida. O que significa dizer que quanto mais Democrática for uma nação, maiores serão as garantias processuais disponibilizadas aos seus cidadãos, o que somente se mostra possível no Sistema Acusatório. Quanto mais Autoritário for um país, menos garantias e direitos serão respeitados pelo Estado, algo peculiar do Sistema Inquisitório. Neste sentido a lição de Lopes Jr é cabível ao discorrer que:

“(…) Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais”.

Com efeito, o Código de Processo Penal de 1941, de perfil eminentemente fascista e autoritário, haja vista o momento histórico da sua elaboração e conforme nos demonstra a sua Exposição de Motivos, consagrou o Sistema Inquisitório, em virtude da permissão de uma postura totalmente ativa ao órgão julgador em vários

dispositivos legais, o qual possui poderes instrutórios, além de poder praticar atos *ex officio*. Tais características, conforme o anteriormente exposto, são típicas do Sistema Inquisitório, daí esta conclusão.

Já a Constituição Federal de 1988, de inspiração democrática e compromissária, deu mais limitação ao poder estatal frente aos direitos fundamentais do cidadão. De fato, a nossa Constituição Federal de 1988, de formato democrático, consagrou o Sistema Acusatório, ao assegurar inúmeras garantias processuais ao acusado, dentre elas o devido processo legal (art. 5º, LIV), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), a motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, LVI e LXII), o tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), o direito à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), a proibição de juízos e tribunais de exceção, assim como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), a segurança jurídica da coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

Ademais, outra demonstração da adoção do modelo acusatório pela nossa Magna Carta encontra-se no fato de a mesma prever a função do Ministério Público como legítimo acusador e titular da Ação Penal Pública, numa clara separação entre as atividades do julgador e do órgão acusador.

A Constituição Federal de 1988 – amparando um Estado Democrático de Direito -, por indicar expressamente a função do Ministério Público dentro da ação penal pública (art. 129, I da CF), indicia a expressão de um sistema processual penal que respeite a separação nítida entre as funções de acusar e julgar.

Soma-se a isto a previsão constitucional das garantias orgânicas da independência e da imparcialidade, o que implica ruptura substancial com os interesses do Estado - Administração. Esta mesma Constituição consagra a tão buscada segurança pública como função do Executivo e não do Poder Judiciário. Ademais, absolutamente necessário se faz lembrar que há um catálogo de direitos e garantias do cidadão/acusado/investigado a serem observados e velados pelo Judiciário,

inclusive contra os interesses do Executivo. A conclusão óbvia a que se chega é que a Constituição Federal está em posição diametralmente oposta ao Código de Processo Penal, logo, incorpora um sistema acusatório.

Nesta ótica de pensamento, deve o processo penal ser democratizado, por meio da valorização dos direitos fundamentais do acusado como ser humano e indivíduo portador de garantias constitucionalmente asseguradas. Imprescindível, pois, uma interpretação do Código de Processo Penal que esteja mais de acordo com a visão democrática consagrada pelo texto constitucional. Deve-se ter em mente sempre a instrumentalidade do processo penal, sendo este visto como um “instrumento a serviço da realização do projeto democrático”. Esta noção instrumentalista do processo penal, “tem com conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana”, segundo nos ensina Lopes Jr.

Diante de todo o acima exposto, pode-se tirar a seguinte conclusão: o Sistema Acusatório foi o sistema processual penal adotado pela nossa Constituição Federal de 1988, sistema este mais conforme com uma sociedade. Assim, a supremacia da Constituição diante das outras normas do ordenamento jurídico, dúvidas não restam de que deve ser feita uma releitura do Código de Processo Penal frente às mudanças trazidas pela nossa atual Carta Maior.

### 3. CONFLITO ENTRE DIREITO FORMAL E DIREITO MATERIAL

Para conhecermos os pontos da questão é necessário, primeiramente, avaliar a conceituação de direito formal que é a forma pela qual se obtém o Direito. É a maneira pela qual se analisa como pode o autor de um processo, ou seja, a parte em litígio, propor a ação e os procedimentos para continua-la.

O Direito formal, também conhecido como *direito adjetivo* é aquele que descreve como se obter o direito a que se tem direito.

Por exemplo: O direito material, que é direito substantivo, seria o direito adquirido de propriedade de uma dada pessoa enquanto o direito formal é o meio (processo) pelo qual essa dada pessoa obterá a propriedade. Está intimamente ligado ao direito material na medida em que é o meio pelo qual se obtém o mesmo. O direito formal é representado pelo *processo* enquanto o direito material é representado pelo *Direito Penal, Civil, Trabalhista* entre outros.

O direito formal é o veículo que transporta o direito material.

O direito material representa aquilo que se prevê no ordenamento jurídico, por exemplo, o famoso art. 121 do Código Penal brasileiro prevê: "matar alguém, pena: reclusão de 6 a 20 anos".

Já o direito formal descreve o modo processual pelo qual se dará a obtenção de um "direito" ou a reprimenda de um indivíduo.

As normas regulam o comportamento da sociedade, o direito civil: regula as condutas pessoais e sociais das pessoas e regula as relações financeiras, patrimoniais; direito penal: regula o mínimo ético exigido do comportamento social das pessoas e desrepeitado esse mínimo ético (comportamentos, direitos etc), o Estado cria as penas e as sanções); direito tributário (regula a atividade tributária entre contribuintes e o Estado); direito constitucional (dita a ordem jurídica, social, econômica e política a ser observada pelos cidadãos e pelo Estado). A essas normas dizemos tratar-se de direito material.

*Para e como* usar esses direitos temos a formalidade do direito que são as ferramentas ou instrumentos jurídicos (direito formal) que regulam a forma (processo) para que os cidadãos tenham aqueles direitos (direito material) atendidos. Assim no direito processual (tanto Penal quanto Civil) que denominamos *Direito Instrumental*, é a forma pela qual através do processo judicial (direito instrumental) buscamos aplicar o direito material.

A todo Direito há um correspondente ativo, ou seja, a ação resultante do estabelecimento de um direito qualquer. Se esse direito é violado, o prejudicado tem o direito de ação (direito subjetivo) que para o seu exercício deve utilizar-se do direito instrumental (processo) para se ver ressarcido do direito material que lhe foi violado.

Já o direito material é usado em contraposição ao direito formal. E, enquanto o direito material descreve *o que* se tem direito, o direito formal descreve *como* obter este direito.

As regras de Direito material, são todas aquelas que regulam o convívio social entre pessoas e entre elas e o Estado, deferindo a eles, direitos e obrigações.

O conflito entre um direito e o outro é justamente a necessidade de tornar o processo mais célere até a oferta da tutela jurisdicional, garantindo a efetividade plena do direito material, instrumentalizando as crises nesses ocorridas por obra dos órgãos jurisdicionais.

É premissa básica para os operadores do direito e para todos aqueles que funcionam ou influenciam diretamente ou indiretamente na prestação jurisdicional, uma perfeita distinção entre direito e processo, nunca negando que um somente existe para dar efetividade ao outro, que dele depende para ser efetivo.

O direito material e o direito processual são tratados pelos legisladores dos diversos Estados visando criar as regras necessárias para assegurar a pacífica convivência das pessoas e assegurar a paz e a harmonia na sociedade, objetivo maior do direito e da atividade jurisdicional. Porém, muitas vezes o conflito surge justamente da insatisfação do indivíduo na prestação jurisdicional que lhe foi apresentada e da qual ele discorda.

Assim, o legislador cria e altera o direito posto conforme as necessidades momentâneas, visando sempre satisfazer os anseios da opção política adotada pelos destinatários da norma material e da norma processual. E, dessa forma, seu objetivo maior é dirimir os conflitos para uma pacífica convivência e tolerância entre os indivíduos. Já que, desde os primórdios da civilização sempre existiram regras permeando as relações sociais, disciplinando a vida das pessoas na sociedade e atribuindo bens. Enquanto alguns dos destinatários se submetiam integralmente e espontaneamente a tais regras de conduta, sempre existiram outros que, em determinadas situações, relutavam em acatá-las dessa forma (uma vez que os conflitos individuais e coletivos são inevitáveis, por razões diversas que fogem ao objetivo desse estudo).

Havendo desobediência do sujeito, o Estado, através do juiz (também sujeito), atendendo o seu pedido, chama a juízo a outra parte, que necessariamente tem o direito de se defender do alegado e, nessa relação é chamado de Réu. Desse modo, se estabelece uma relação angular entre o Autor e o Estado e entre esse e a outra parte, o Réu. São os sujeitos dessa distinta e peculiar relação, a processual. Mas não basta para o indivíduo um processo eminentemente técnico e com primor científico, plenamente apto a agradar seus operadores e estudiosos: roga-se por um processo eficaz e célere, apto a solucionar as crises do direito material e benévolo aos que dele necessitam diuturnamente como seus destinatários.

Para evitar conflito entre o direito material e o direito formal, busca-se um processo efetivo, com amplo acesso facilitado a todos os jurisdicionados, minimizando ao máximo possível a litigiosidade contida, com o imprescindível e incondicional

respeito a todas as regras decorrentes do devido processo constitucional e, ao mesmo tempo, célere. Processo justo, portanto.

O conjunto dessas regras, criadas pelo Estado, disciplinadoras da vida do homem na sociedade, disciplinando as relações jurídicas, constituem justamente o chamado direito material.

Esse mesmo Estado, contudo, veda ao lesado o uso da auto-tutela, salvo raríssimas exceções, monopolizando o exercício de atividades visando à imposição coercitiva da observância do direito material. Logo, esse mesmo Estado, que monopolizou a solução coercitiva dos conflitos, tem o dever de solucionar as situações que caracterizem crises no direito material, impondo sua observância com o devido rigor.

#### **4. IMPORTÂNCIA DO DOMÍNIO DO PROCESSO PENAL NO RESULTADO DA AÇÃO PENAL.**

Para um resultado significativo numa ação penal é necessário a retomada do caminho correto e definição de legitimidade exclusiva do Ministério Público para atos e ações ligados ao exercício da ação penal pública, em face da defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e socialmente relevantes, considerando a atuação na prevenção de crimes contra a segurança pública, de repressão e combate à criminalidade e de execução e cumprimento da pena, passando pela preservação dos Direitos Humanos.

O domínio de toda a sistemática do processo penal para um resultado relevante, necessita da legitimação do Ministério Público no processo penal implicando assim numa maior ocupação de espaço social, atualmente preenchido por outras instituições, principalmente o Judiciário e a Polícia, para um resultado eficaz que satisfaça às exigências da sociedade atual, mais combativa e politizada.

O estudo da prova no processo penal é de grande interesse para os que se ocupam da justiça criminal.

É a prova que decide o direcionamento do processo penal e constitui prova todo elemento capaz de proporcionar ao Juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria.

O papel dos princípios no direito processual penal é analisar a base estrutural do direito processual penal: ação, jurisdição e processo.

A legitimidade do Ministério Público na ação penal, onde seu estudo é apenas o ponto de partida, é conferido pelo Estado, pois a instituição avançou muito em sua atuação, mas ainda se espera uma postura mais efetiva, já que o papel do Ministério Público é de grande relevância para os trabalhos do Judiciário, muito embora, para um resultado significativo numa ação penal é necessário a retomada do caminho correto e definição de legitimidade exclusiva do Ministério Público para atos e ações ligados ao exercício da ação penal pública, em face da defesa dos interesses

individuais indisponíveis, difusos, coletivos e socialmente relevantes, considerando a atuação na prevenção de crimes contra a segurança pública, de repressão e combate à criminalidade e de execução e cumprimento da pena, passando pela preservação direitos humanos.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, para a defesa da ordem jurídica e aí reside a sua importância no domínio do processo penal para alcançar um resultado que seja irrepreensível perante a sociedade.

A legitimidade processual diz respeito à capacidade de estar em Juízo, em nome do Estado que é titular do direito material e de ação.

O domínio de toda a sistemática do processo penal para um resultado relevante, necessita da legitimação do Ministério Público no processo penal implicando assim numa maior ocupação de espaço social, atualmente preenchido por outras instituições, principalmente o Judiciário e a Polícia, para um resultado eficaz que satisfaça às exigências da sociedade atual, mais combativa e politizada.

A importância do Ministério Público também reside no combate preventivo e repressivo ao crime, desde que obedecidos os princípios constitucionais e institucionais, relacionados à ação penal pública e à defesa da ordem jurídica no regime democrático e na esfera do processo penal, deve, insistentemente, buscar a proteção dos direitos humanos, procurando evitar abusos na busca de elementos informativos para a ação penal, tanto em relação aos acusados quanto em relação às vítimas; tudo abrangido pelas normas constitucionais.

O ministério público pode ainda, conforme seu entendimento, requisitar a colheita de elementos probatórios pela polícia em qualquer momento, objetivando um esclarecimento real dos fatos para responder não só perante a opinião pública, mas para assegurar o cumprimento da justiça social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente trabalho pode-se observar que apresentaremos um histórico sobre a história da teoria geral do processo, onde mostraremos como evoluiu a idéia de processo e como o Estado incorporou as normas do direito e o surgimento do direito processual como disciplina. Ressaltamos que a Bíblia, o Código de Hamurabi e posteriormente o Direito Romano foram as bases para a fundamentação dos princípios do Direito até o direito moderno como é hoje.

Apresentaremos também um histórico da adoção do sistema processual penal no ordenamento jurídico no Brasil, realçando a fase autoritária da Era Vargas, que veio delinear a sistemática penal adotada neste século no nosso país, não sem exemplificar o ocorrido em outras sociedades, como na Europa, por exemplo.

Irei apresentar também o conceito de direito formal e direito material vem embasar a avaliação do conflito entre os dois conceitos, sendo o direito formal o meio adequado para alcançar o direito material pleiteado, pois o direito formal é o veículo que transporta o direito material.

Por fim apresentarei o essencial papel do Ministério Público, não só pelo seu caráter disciplinador como também preventivo e repressivo, e pelo que ele representa e do qual a sociedade muito espera, e cobra, através de sua atuação.

## REFERÊNCIAS

BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Artigo publicado em site, vinculado à Universidade Federal do Paraná,

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **O papel do novo juiz no processo penal**. Artigo publicado em site, vinculado à Universidade Federal do Paraná.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua Unidade**. Sem Edição. São Paulo, Saraiva, 1978

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª Edição. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª Edição. Rio de Janeiro, Forense, 1979



