XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

A (IN)UTILIDADE DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO PARA O PROCESSO PENAL

THE (IN) UTILITY OF A GENERAL THEORY OF PROCEDURE FOR CRIMINAL PROCEDURE

Enio Walcácer de Oliveira Filho

Resumo

Este artigo busca fazer uma reflexão acerca da influência civilista da Teoria Geral do Processo Penal - TGP para o Processo Penal brasileiro. Tomando como base a história da Teoria Geral do Processo no Brasil e as suas origens na doutrina italiana na década de 1930, é feito um apanhado da necessidade inicial da TGP para o amadurecimento do processo como um todo e a inaplicabilidade atual destas teorias pela influência do civilismo nos institutos próprios do Processo Penal. Em capítulo próprio é feita uma análise das correntes doutrinárias brasileiras quanto à aplicação da TGP ao processo penal. Por fim é mostrado como pode ser um retrocesso a manutenção da TGP e a necessidade atual da criação de uma Teoria Geral do Processo Penal com bases constitucionais e não civilistas, para o amadurecimento deste essencial ramo do direito.

Palavras-chave: Teoria geral do processo, Processo penal, Processo civil, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect on the civilismo influence in the General Theory of Criminal Procedure - TGP for the Brazilian Criminal Procedure. Based on the history of Procedure of the General Theory in Brazil and its origins in the Italian doctrine in the 1930s, is made an overview of the initial need for TGP to the ripening process as a whole and the current inapplicability of these theories by the influence of civilismo in their own institutes of Criminal Procedure. In a separate chapter presents an analysis of Brazilian doctrinal currents of implementation of the TGP to criminal proceedings. Finally, it is shown how it can be a throwback to maintain TGP and the current need for the creation of a General Theory of Criminal Procedure with constitutional basis and not civilists, for the maturing of this essential branch of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General theory of process, Criminal procedure, Civil procedure, Constitution

1 – A BUSCA PELA INDEPENDÊNCIA E MATURIDADE DO PROCESSO PENAL – NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo nasceu do questionamento acerca da utilidade da Teoria Geral do Processo para o direito Processual Penal e a eventual possibilidade de haver uma cisão entre uma teoria geral do processo civil e uma teoria geral do processo penal em que ambas as disciplinas possam usufruir da pureza e a diferença de seus institutos para o desenvolvimento de seus objetos sem que haja interferências ou importações desnecessárias de uns pelos outros.

Fora instituída no Brasil, no dia 05 de outubro de 1988, por meio da Assembleia Nacional Constituinte, uma nova ordem jurídica. Nesta nova ordem constitucional que formou um Estado fundado na democracia e no direito, de poder emanante do povo, trouxe questões relevantes como fundamento de todo o ordenamento jurídico, sendo o seu núcleo a *dignidade da pessoa humana*.

No âmbito penal o princípio da dignidade da pessoa humana toma especial contorno, permeando todas as relações penais e processuais penais como limitador da ação estatal e ainda nas relações entre as pessoas na sociedade brasileira. Não foi uma inovação brasileira a instituição deste princípio como norma fundamental, esta decorreu da evolução secular do pensamento jurídico, consolidada positivamente em diversos tratados internacionais de direitos humanos e incorporada ao pensamento desta nova ordem constitucional.

Decorrente deste princípio, diversas normas limitadoras já foram explicitadas na Carta de 1988 deixando um rol de limitações quanto à atuação do estado na *persecução penal*. Se classicamente havia o entendimento do *dever-poder* estatal na persecução penal, a nova ordem constitucional de 1988 deixou claro que hoje vigora, sob a égide deste regime democrático de direito, um *dever-poder-garantia*, ou seja, o poder de punir do estado encontra-se limitado de um lado pelo dever que tem de buscar a pacificação social punindo quem realizou um fato previsto como crime, e de outra banda garantindo a quem esteja sendo processado e eventualmente punido todas as garantias que não permitam que se instrumentalize a pessoa, ou rompa-se com a sua *dignidade humana*.

Deve estar clara o estreito limite da utilização coercitiva do poder pelo Estado, este decorrente sempre de um dever por um lado e por outro limitado pela garantia. O poder do Estado, seja em qual de seus "braços" ou até em sua *longa manus* deve ter a atuação deste poder sempre na utilização desta "autoridade 'em nome da lei'". (ROSS, 2003, p. 82) O poder não existe por si, mas é um instrumento que deriva de algo legitimamente aceito, as regras do jogo, desta feita "o poder não é alguma coisa que se posta 'por trás' do direito mas sim alguma coisa que funciona por meio do direito" (ROSS, 2003, p. 84) e se age desta forma, em decorrência do direito, é regido por limites positivos (dever) e negativos (garantias) para que seja legitimado.

As normas processuais penais no Brasil, em sua maioria regidas pela codificação de 1941, tiveram que ser reinterpretadas sob a ótica da Constituição de 1988, em um trabalho de modificação interpretativa assaz dificultoso, tendo em vista que o Código de Processo foi feito tendo como modelo um código fascista, um total antagonismo com o espírito constitucional brasileiro de 1988.

Sob este prisma, hoje temos um processo penal que deve perpassar por sob o prisma constitucional para que tenha validade, sendo o Processo Penal brasileiro um Processo penal Constitucional, visto sob a ótica de regras gerais constitucionalmente previstas que ora permitiram a revogação de normas processuais penais, ora forçaram a sua modificação e outras vezes a alteração de interpretações já consolidadas, tudo isso pela inércia na criação de um novo código que atendesse completamente aos mandamentos insculpidos em nossa Constituição de 1988.

Por tais peculiaridades, e a clara preocupação constitucional em instituir regras e princípios próprios ao processo penal, torna-se necessária uma revisitação da Teoria Geral do Processo e a busca da criação de uma Teoria Geral do Processo Penal, com vistas a buscar um estudo especializado acerca da natureza jurídica deste ramo do direito, desvinculando-o de institutos que classicamente eram importados do direito processual civil para utilização no direito processual penal.

A negação que fazemos quanto à utilização de uma Teoria Geral do Processo para o processo penal, dá-se quando do entendimento que classicamente, conforme a analogia feita por Carnelluti (1946) em seu artigo intitulado *Cenerentola,* o direito processual penal fica secundarizado nos estudos teóricos e na evolução do direito processual, sendo constantemente utilizados conceitos do processo civil no processo penal, inaplicáveis hoje sob a égide de nossa constituição de 1988. (LOPES JR., 2014, p. 1)

Uma destas importações não adequadas, do direito processual civil para o processo penal diz respeito ao conceito de pretensão resistida, que se fosse aceita no processo penal traduzir-se-ia em dizer que a confissão do réu da prática penal importaria na possibilidade de sua punição sem um processo, o que sabe-se incabível no processo penal mas perfeitamente factível no processo civil.

Outra inadequação é a denominação de "partes" dentro do processo penal. Neste não existem partes, o Ministério Público, quando age em nome da sociedade não é parte, mas atua como se fosse, por uma ficção criada para se manter o diálogo e o contraditório dentro do processo penal. Diferente das partes do processo civil, que operam diante de um *direito* que lhes assiste, o Ministério Público, no Processo Penal age com um *Dever-poder-Garantia* - *dever* no que tange ao *jus puniendi* - obrigação positiva, de agir quando deve iniciar a ação penal pública, e quando não pode desistir da ação nem do recurso - e *garantia*, barreira negativa, de não agir quando assegura que todos os direitos do réu estejam satisfeitos dentro do processo e que não se extrapolem as barreiras constitucionalmente impostas tanto no processo quanto na aplicação da pena, ainda quando se assegura a presunção inicial de inocência, barreira contendora que deve ser transposta para que se possibilite uma punição ao acusado.

Neste aspecto, o Ministério Público está além de mera parte no processo, sendo um garantidor da aplicação de um processo justo, chamado de *custus legis*, tanto para a manutenção da ordem social quanto para o acusado, referendado nas garantias constitucionais, em busca da aplicação proporcional da pena correlacionada ao delito. É então o MP não o clássico *dominus litis* pois não há lide, é sim um fiscal da aplicação do *dever-poder-garantia* que é o Processo Penal, tem um grande aspecto de *custus legis* e um virtual aspecto de *parte*.

Francesco Carnelutti considera o Ministério Público como parte, apenas se comparado ao juiz, contudo nomina-o como parte imprópria ou *sui generis*, entendendo que

não é propriamente o MP um interessado no processo, atuando *ex officio*, sendo classificado pelo Código de Processo Penal italiano contemporâneo à Carnelutti como parte pública. Devendo ele agir de ofício, não tem um direito e sim um dever de agir para buscar a aplicação da justiça – seja ela a condenação ou absolvição do réu. (SILVA, 2009, p. 36)

Desta dicotomia entre o dever e a garantia como limitadoras do poder de agir do Estado, convém pela clareza consignar as palavras de Almeida Júnior:

> O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o individuo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Estes dous interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formaes: o interesse da sociedade, que quer a justa e prompta repressão dos delictos; o interesse dos acusados, que é também um interesse social e que exige a plenitude de defesa.
>
> D´ahi suge um dos mais temerosos problemas que a legislação tem que resolver e que envolve as seguintes dificuldades:
>
> 1º Conciliar as garantias necessárias á conservação da ordem na sociedade com as garantias ao mesmo tempo reclamadas pela liberdade individual;
>
> 2º Prover a acusação dos meio de investigar e convencer, e prover ao mesmo tempo a defesa dos meios de se justificar;
>
> 3º Proporcionar ao offendido segurança e reparação, e proporcionar ao offensor um anteparo ás paixões do offendido, afim de que esta lucta entre o accusado e o accusador não soffra sinão a influencia da justiça;
>
> 4ºPreestabelecer, em summa, instituições e formas igualmente garantidoras, igualmente eficazes, igualmente fortes, tanto para o direito social de punir, como para o direito individual de defesa. (ALMEIDA JÚNIOR, 1901, p. 3-4)

Emerge deste entendimento o que já havia sido pontuado quanto aos papéis diversos quanto ao Estado na persecução penal, qual sejam: uma garantia individual, uma garantia de toda a sociedade donde emerge todo o poder para a realização do *jus puniendi*. Incabível seria tal denominação para o âmbito do direito civil em regra, quando falamos da maior quantidade de demandas, sobre bens disponíveis.

Desta feita percebe-se que é ineficiente, incompleta e as vezes errônea a utilização de uma teoria geral do processo (eminentemente civilista) como forma de traçar os aspectos fundantes do direito processual penal. Tal problema é citado por Goldschmidt (1961, p. 17) quando assevera em sua obra a constatação da divergência das concepções do direito Processual Penal e do Direito Processual Civil.

Cabe frisar que no Brasil, o surgimento da unidade do processo penal e do processo civil tem sua origem na escola italiana de processualistas tendo redundado no Brasil na década de 70 com a criação da disciplina da Teoria Geral do Processo onde se unificaram os estudos gerais de Direito Processual Penal e Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Tal importação fora derivada dos primeiros estudos de Carnelluti acerca desta teoria geral que a sistematizou, identificou seus elemento e fez a difusão na américa latina deste pensamento.

Contudo o período em que fora importado tal pensamento para o Brasil até hoje muita coisa mudou, aliás, toda a ordem jurídica modificou-se com a promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do Brasil. O próprio Código Processual Penal já fora, neste intercurso de tempo, modificado em diversos aspectos, desde interpretativo quanto formal, para tentar adequar-se à esta nova ordem constituída.

Ao que parece inicialmente, no cotejo das primeiras impressões sobre a temática ora abordada, é que hoje, no Brasil, a utilização de uma Teoria Geral do Processo eminentemente civilista torna-se mais prejudicial do que benéfica ao Processo Penal que carece com urgência de emancipar-se desta vinculação para a própria evolução desta disciplina e a consolidação efetiva dos institutos próprios e peculiares deste ramos do direito. Pela clareza argumentativa vale a transcrição do seguinte fragmento:

> A Teoria Unitária é inadmissível exatamente porque não há similitude entre os conteúdos do Processo Civil e do Processo Penal. Eugenio Florian, já em 1927, teve a lucidez de estabelecer a contradição de uma Teoria Geral do Processo. Para ele era inadmissível a tese da identidade dos dois processos: "A nosso juízo, o processo penal e o civil são duas instituições distintas. O objeto essência do processo penal é, como vimos, uma relação de direito público, porque nele se desenvolve outra relação de direito penal. Já no processo civil o objeto é sempre ou quase sempre uma relação de direito privado, seja civil ou mercantil. (...) O processo penal é o instrumento normalmente indispensável para a aplicação da lei penal em cada caso; o civil, ao contrário, não é sempre necessário para atuar as relações de direito privado. (...) No processo civil o juízo está regido exclusivamente por critérios jurídicos puros (...), ao contrário do processo penal em que se julga um homem e, por isso mesmo, o juiz deve inspirar-se em critérios ético sociais. (...) O processo civil tem caráter estritamente jurídico, e o penal, no qual se trata de julgar um homem, tem também caráter ético. (...) Leva-se em consideração, equivocadamente, algumas formas comuns entre o processo civil e o processo penal de mínima importância, descuidando-se de elementos diferentes, que são decisivos. (...) O triunfo da tese unitária conduziria a absorção da ciência do processo penal pela ciência do processo civil, perdendo o primeiro a sua autonomia, resultando profundamente alterado em sua concepção e estrutura." (MOREIRA, 2013, p. 18)

Na busca de um aprofundamento acerca dos questionamentos já expostos, neste breve artigo foi utilizada a técnica de pesquisa da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica o que permite o resgate das particularidades do Direito Processual Penal e a sua maior proximidade a uma Teoria Geral Constitucional do Processo Penal e na consequencial ruptura do outrora consenso acerca da necessidade de uma Teoria Geral do Processo, tendo em vista que suas diferenças sobrepujam em grande monta as similaridade que tais disciplinas mantém entre si.

2 – EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO NO BRASIL: DO NASCIMENTO AO FENECIMENTO DE UM CONSENSO

A Teoria Geral do processo chegou ao Brasil impulsionada pelo pensamento das correntes processualistas italianas, mormente os estudos de Francesco Carnelutti e Enrico Tulio Liebman. À época os processualistas ficaram entusiasmados com o rápido avanço

promovido pela escola italiana no que tange às pesquisas do Processo Civil, entendimento que levou à (falsa) impressão de que todo o sistema processual gravitava em torno deste ramo do direito. (SILVA, 2009, p. 66)

Deste fragmento já se vislumbra a tônica de uma Teoria Geral do Processo criada "civilicentricamente" sendo que o Processo Penal apenas orbita em torno deste núcleo civel, sendo dada a ele somenos importância, nos termos inclusive defendidos na brilhante analogia carnelutiana da Cinderela.

A base fundamental que justificou a Teoria Geral do Processo está na unidade do processo em seus institutos basilares – a relação jurídica, os pressupostos processuais, as condições da ação e os conceitos de lide e pretensão. Contudo, inobstante sejam institutos que possam guardar semelhanças (ainda que pálidas), conforme será visto guardam diferenças fundamentais (estas sim bem tonalizadas) quanto se trata do Direito Processual Penal, o que, em si, já refuta a tese de uma teoria unitária dos processos sendo maximamente notado quando se busca uma fundamentação teórica das bases do Processo Penal sob uma égide civilística.

Historicamente no Brasil buscou-se no decurso dos seguintes capítulos entender a evolução doutrinária partindo desde a criação dos fundamentos doutrinários da Teoria Geral do Processo nos argumentos iniciais de José Frederico Marques perpassando pelas correntes intermediárias seguindo pelo início dos estudos emancipatórios do Processo Penal por Joaquim Canuto Mendes de Almeida até as doutrinas contemporâneas de Rogério Lauria Tucci e mais recentemente de Aury Lopes Jr.

Desde o "nascimento" da TGP no Brasil com o seu quase que inquestionável consenso, até os dias atuais onde esta unanimidade fenece, buscou-se traçar uma caminhada entre os pensamentos dos principais autores e os seus principais argumentos - de um lado para a tentativa da manutenção da TGP e de outro pela necessidade da cisão entre o Processo Civil e o Processo Penal -, em seus caminhos que a cada dia se distanciam mais desde a essência até a aparência na atual ordem constitucional do Brasil.

2.1 – O caminho inicial: a estagnação do Processo Penal sob a sombra do crescente Processo Civil

José Frederico Marques foi quem inaugurou e estruturou sistematicamente a teoria geral do processo, fazendo-a repercutir pela doutrina processualista penal brasileira, tornando-se doutrina majoritariamente aceita e quase que inquestionável, concluindo em seu raciocínio, nas linhas iniciais de sua obra que o "direito processual penal não é mais um complemento do chamado direito material." (MARQUES, 1998, p. 30) e afirmando a autonomia tanto do Processo Penal quanto do Processo Civil ao direito material sendo que aquele é, segundo o autor, o "conjunto dos princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal, enquanto que o primeiro consiste na regulamentação da jurisdição não penal." (MARQUES, 1998, p. 30)

Para Marques (1998, p. 26-27) existe também no processo penal uma pretensão resistida, uma lide decorrente da disputa entre o *jus puniendi* estatal e o direito à liberdade que assiste ao acusado. Qualificava o autor este conflito de interesses como qualificador da

existência de um litígio. Assevera o autor ainda que a justiça penal e a civil não se diferem sendo o processo em ambos os casos instrumentos para aplicação da lei, divergindo entre si apenas pelas regras procedimentais diversas que guardam, ao seu entendimento, não ensejando motivo suficiente para a separação das teorias gerais do processo de ambos os ramos. Contudo, de forma um pouco antagônica, minimiza as peculiaridades do Processo Penal ao afirmar que "... a marcha e o desenvolvimento do processo penal apresentam peculiaridades que não se encontram no processo civil...".

Certamente sob a égide do ordenamento anterior à contemporânea constituição brasileira, este pensamento poderia ser até razoável, se se relegasse a segundo plano que o próprio Carnelutti, que veio a inspirar o pensamento do autor, tivesse ele mesmo refutado a existência da lide no processo penal, tendo negado ele próprio a existência de lide no processo penal, quando o autor reconheceu o equívoco ao admitir que deve "pagar o débito para a coerência lógica que reconhece ao processo penal uma natureza completamente diversa, não tanto do processo civil quanto daquele tipo de processo civil, no qual figuram autor e interessado passivo". (CARNELLUTI *apud* SILVA, 2009, p. 36)

No próprio pensamento de Carnelutti, fica demonstrada a divergência essencial existente em torno do Processo Civil e do Processo Penal no que tange às ações mais comuns de ambos os ramos do direito. Fala-se aqui, pois, no caso do Processo Penal das ações condenatórias e no Processo Civil da jurisdição contenciosa de bens disponíveis, nos quais se resume a grande maioria das ações em ambos os ramos do direito.

Ao defender que "A luta privada está banida como instrumento de restauração do direito violado e atingido" Marques (1998, p. 27) mostra já a contradição entre os ramos processuais, pois a regra no Processo Civil é a possibilidade de se restaurar o direito violado na negociação privada, sendo a auto composição regra majoritária no Processo Civil. Cita em sua obra corroborando as divergências entre os institutos afirmando que "no processo penal, domina o princípio da indisponibilidade, enquanto que o princípio dispositivo é o que impera no processo civil." (MARQUES, 1998, p. 29)

As tentativas iniciais de se criar uma Teoria Geral do Processo serviram para a emancipação do direito processual do direito material, tanto no âmbito do Processo Civil quanto do Processo Penal, transformando-as em ciências autônomas, já que "por ser autônomo, não pode o Direito Processual Penal ser encarado como *direito penal adjetivo*, expressão sem sentido, só compreensível ao tempo em que o processo civil era 'um servo del diritto privato.." (MARQUES, 1998, p. 33)

Em seguida temos o pensamento mais moderno acerca da Teoria Geral do Processo defendido por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, consolidadas em uma obra hoje obrigatória nos cursos de graduação em Direito intitulada *Teoria Geral do Processo*. Na obra os autores buscam a sistematização

desta teoria, bem como as suas linhas guias, trabalho este iniciado antes da égide da Constituição de 1988 e atualizado e modificado até as edições mais atuais. Os autores consideram na obra o direito processual como uno à medida que a jurisdição também é uma, e da mesma forma o conjunto de princípios para o exercício desta jurisdição. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014)

Como tese central defendem os autores que há uma bifurcação apenas no que tange às necessidades em relação aos "...tipos de normas jurídico-substanciais a atuar..." ressaltando ainda a regulamentação processual unitária em alguns locais em códigos únicos como o Sueco de 1942, do Panama e de Honduras. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 67)

Como outro argumento ainda aduzem que na Constituição de 1988 onde estão previstas as disposições sobre competência legislativa, fala-se unitariamente sobre o direito processual, não o separando em Processual Civil e Processual Penal (conforme os art. 22, I e 24, X e XI da CF/88) (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 67), contudo relegam ao esquecimento a mesma argumentação quanto à vedação de medidas provisórias, trazida no disposto do art. 61, I, "b" da CF/88 introduzida na Carta na Emenda Constitucional 32/2001.

Por fim identificam os conceitos unitários entre o Processo Civil e Processo Penal sendo: jurisdição, ação, defesa e processo que segundo os autores referendam "...a elaboração científica de uma teoria geral do processo." e ainda afirmam que contém mesmo significado e força em ambos os ramos a "coisa julgada, recurso, preclusão, competência bem como nos princípios do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição." (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 67)

Os autores ainda tentam fazer um paralelo entre a existência de uma lide no Processo Penal ao final admitindo que melhor é o não reconhecimento de uma lide penal e sim uma "controvérsia penal". Outra questão que se agiganta na obra é a proeminência bibliográfica e argumentativa no que tange ao civilismo em uma tônica claramente predominante deste ramo do direito em seus institutos sobre o penalismo, o que torna patente o eixo central civilista da obra em comento. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 137)

2.2 – As posições intermediárias quanto à teoria unitária

Como correntes intermediárias aqui serão trabalhados os pensamentos de Julio Fabbrine Mirabete e Vicente Greco Filho. Mirabete entende como sendo a Teoria Geral do

Processo um consectário lógico dos estudos processuais separando a pretensão punitiva como conteúdo cerne do Processo Penal e correlacionando as regras processuais penas com a Constituição e ainda elencando a sua relação com os demais ramos de direito. (MIRABETE, 2004)

Contudo entende o autor que ainda devem ser explicitados os pontos em comuns para ambos os ramos do direito, apontando-se os princípios unitários a ambos e os que são concernentes à apenas cada um dos ramos em separado acentuando que a divisão não é tarefa simples, igualmente a identificação das similaridades. (MIRABETE, 2004, p. 5)

Greco Filho (2012, 20-23) entende que não há retrocesso na união entre os processos em uma teoria una, acreditando que esta unificação é necessária e foi fundamental para o reconhecimento do processo como ramo autônomo do direito material. Contudo assevera que não há ainda uma estrutura terminada de princípios comuns aos dois ramos, como Mirabete assevera que a Teoria Geral do Processo ainda está inacabada.

Argumenta que houve grandes benefícios trazidos pela Teoria Geral do Processo ao sistema processual, mas que ainda dista o encontro de "um abrangente conjunto de princípios omnivalentes, que informem o processo civil, o processo penal (comum e militar), o processo do trabalho e o processo eleitoral" reduzindo a generalidade e criando-se Teorias Gerais para cada ramo processual (civil, penal, trabalhista, etc) onde existam princípios aplicáveis aos seus "subsistemas em círculos concêntricos ou na fórma de organigrama em que a célula superior abrange e informa as a ela inferiores." (GRECO FILHO, 2012, p. 21)

Estes "círculos concêntricos", segundo o autor, são compostos de subsistemas que ainda precisam ser organizados, sendo delineadas as especificidades de cada ramo, seus princípios e regras gerais, acreditando não ser possível "sequer ensaiar uma identificação dos princípios e seus diversos graus de generalidade, da Teoria Geral do Processo para os sistemas e subsistemas", sendo clara a posição intermediária de necessidade de uma Teoria Geral mas de que a disciplina hoje é incompleta visto a sua incipiência. (GRECO FILHO, 2012, p. 23) O autor ainda fala da problemática e das deformações decorrentes de uma Teoria Geral ainda incipiente, e a contaminação do Processo Penal pelo Processo Civil e seus institutos, pela falta de delineamento correto entre os diferentes ramos do direito.

Vendo tal dificuldade de uma sistematização dentro de cada ramo independentemente do processo civil pontuou Roberto Ferreira Archanjo da Silva que "se a Teoria Geral do Direito Processual Civil ocasiona uma crise para o próprio processo civil, quanto mais uma Teoria Geral do Processo, com bases eminentemente civis, para o Processo Penal." (SILVA, 2009, p. 86)

Quiçá, conforme o pensamento intermediário de Greco Filho e Mirabete, seja ainda imprudente a criação de uma Teoria Geral do Processo dada à incapacidade mesmo de se criar uma teoria unitária dentro dos diversos procedimentos diversos que estão insertos em cada ramo separadamente. Greco Filho (2012, p. 22) fala neste aspecto sobre "a crise diante de temas como os procedimentos especiais, a própria execução, o processo em que se aplicam os direitos de ordem pública ou outros" Se dentro do próprio sistema do Processo Civil se tem problemas de aplicação da Teoria Geral do Processo, quanto mais o é quando se transporta estes institutos, eminentemente civilistas, para o processo penal.

Talvez indo um pouco além do entusiasmo de Greco Filho e Julio Fabbrine Mirabete para uma possível Teoria Geral do Processo futura, ainda a ser trabalhada, parece mais sensato a separação de ambos os ramos do direito e o trabalho de sistematização de cada um diante de suas nuanças próprias que cada ramo carrega consigo.

2.3 – As posições contrárias à uma Teoria Unitária do Processo

Joaquim Canuto Mendes de Almeida talvez seja o primeiro expoente no Processo Penal a delinear e difundir a necessidade de se criar uma teoria pura do Processo Penal, desvinculada do Processo Civil. Dentre outros nomes que aqui serão estudados, Joaquim Canuto foi o professor de Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, ambos também defensores de uma teoria pura do Processo Penal. (SILVA, 2009, p. 87)

Em suas duas obras consultadas para este trabalho – Processo Penal, ação e jurisdição; Princípios fundamentais do processo penal -, o autor delineia a necessidade de que se fuja do predomínio do Processo Civil que permeia na Teoria Geral do Processo. Cita a prevalência no processo civil do princípio da disponibilidade em flagrante contraste com a regra do processo penal em que vigora o princípio da indisponibilidade. (ALMEIDA, 1975, p. 10)

Volta o autor à discussão carnelutiana acerca das partes no processo, reafirmando a inexistência de lide e tratando acusação e defesa no processo penal como partícipes, ressaltando ainda o caráter eminentemente publicístico do processo penal e o eminente interesse, em regra, do interesse público e não privado nas ações. (ALMEIDA, 1973, p. 11-20) Cita em outra obra, com igual rigor, que no processo civil o juiz contenta-se em sua decisão com a mera declaração feita pelas partes, sendo que o acordo encerra a controversa, segundo o autor em contradição com o processo penal que busca a verdade real e não se contenta com a "verdade convencional, jurídica." (ALMEIDA, 1973, p. 105-108) Ainda em sua doutrina defendeu o direito à defesa no inquérito policial (seguido em defesa de seu aluno

Sérgio Moraes Pitombo), delineando as primeiras linhas críticas à unificação do Processo Penal e Civil em uma Teoria Geral do Processo.

Rogério Lauria Tucci publicou um ensaio na *Revista Jurídica* em março de 2001 onde delineou aspectos importantes sobre o que ele chama de "autonomia do Direito Processual Penal, no âmbito da ciência penal, *lato sensu*considerada, e, portanto, sem nenhuma vinvulação com o processo civil; vale dizer, com sua própria e inconfundível teoria – a *teoria geral do processo penal*." (TUCCI, 2001, p. 48)

Afirma o autor em diversos aspectos não só a inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo, mas a imperiosa necessidade de se construir uma Teoria Geral do Processo Penal, com seus institutos próprios, regramentos e princípios. Cita os equívocos históricos que levaram à criação de uma Teoria Geral, dentre os quais estão a confusão entre os "denominados princípios, regramentos e institutos, cada um deles, tendo-os, portanto, como se idênticos ou semelhantes fossem" e ainda o que chama de intromissão dos processualistas civis "para o campo de abrangência exclusiva do Direito Processual Penal." (TUCCI, 2001, p. 48)

Trabalha em seu artigo as divergências entre o processo civil e o processo penal demonstrando incabível a unificação dos ramos do direito em um só, como a ausência de lide no processo penal, a inadequação da utilização da terminologia "pretensão" no processo penal, já que no processo penal não há exigência de punição mas sim requerimento para o exercício do *jus puniendi.* (TUCCI, 2001, p. 48)

Dentre os argumentos empossados ainda elenca a igual tutela feita pelo Estado da liberdade do acusado e o direito de punir da sociedade, citando que além do poder-dever de punir, "deve ser ele [o Estado]. precipuamente também, 'guardião-mor' das garantias individuais." (TUCCI *apud* SILVA, 2009, p. 95) Conforme já defendeu-se nas linhas iniciais deste artigo, uma das diferenças básicas que se verifica entre o processo penal e civil é exatamente a concentração de *deveres* que obrigação a ação Estatal de ofício (em regra) no processo penal e de *garantias* que são "freios" constitucionalmente impostos que impedem a ação estatal para além de certos limites e em alguns casos criam até uma obrigação de agir para que se evite o resultado indesejado.

Temos ainda Sergio Marcos de Moraes Pitombo, que acresceu às contribuições para a cisão da Teoria Unitária do Processo importantes apontamentos. Dentre eles podem ser destacados a necessidade de se ter um olhar sobre o Processo Penal de acordo com a Constituição brasileira. Neste aspecto assevera pontos importantes para a modificação do inquérito policial criticando a parca doutrina e a insurgência sobre os dogmas mecanicistas

que tornam a pessoa, objeto da investigação, como mero instrumento do processo. Cita ele que a investigação não é apenas procedimento investigativo, revestindo-se de "muitas vezes, trazem atos de instrução penal não provisória, os quais se exemplificam nas buscas, apreensões, exames de corpo de delito, vistorias e avaliações." (PITOMBO, 1987, p. 16)

O autor defende a integração do Inquérito Policial como parte indissociável do Processo Penal, sendo uma fase deste onde se inicia a formação da culpa, aduzindo que "...não é uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais que isso, é um processo (procedimento) preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação." (PITOMBO, 1987, p. 19)

Compara o inquérito ao *judicium acussatione* do procedimento do Tribunal do Júri, onde se apura a materialidade, autoria e circunstâncias do crime para a formação preliminar de uma culpa. Destaca em suas obras a também necessidade do direito de defesa no inquérito, o indiciamento como ato privativo da Polícia Judiciária[1], a natureza jurídica da decisão de desarquivamento do Inquérito e buscava, à época, já a regulamentação do emprego de algemas na ação policial. (PITOMBO, 1987)

A suas obras foram importantes para se mostrar as peculiaridades que sequer encontram paralelo no processo civil e a necessidade de uma teoria pura do Processo Penal para a evolução dos institutos próprios deste ramo do direito.

Outros processualistas modernos defendem a necessidade de se romper com a Teoria Geral do Processo e que esta é extremamente danosa ao Processo Penal pela importação de institutos processuais civis para aquele ramo do direito. Dentre estes destaca-se Aury Lopes Jr. que faz um resgate do artigo *Cenerentola* de Carnelutti para mostrar a forma secundarizada do Processo Penal nos estudos da TGP. (LOPES JR, 2014)

Em sua descrição das profundas diferenças e fazendo um apanhado histórico das correntes contrárias à TGP no Brasil diz:

> Entre os pioneiros da crítica está Rogério Lauria Tucci, que principia o desvelamento do fracasso da TGP a partir da desconstrução do conceito de lide (e sua consequente irrelevância) para o processo penal, passando pela demonstração da necessidade de se conceber o conceito de jurisdição penal (para além das categorias de jurisdição voluntária e litigiosa) e o próprio repensar a ação (ação judiciária e ação da parte).
>
> Outro ícone é Jacinto Coutinho,para quem a "Teoria Geral do Processo é engodo; Teoria Geral é a do Processo Civil e, a partir dela, as demais". Ou seja, pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do Processo Penal nas estruturas do processo civil. Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no

[1] Hoje consolidada na Lei 12.830/2013

> processo penal às categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida. É a velha falta de respeito, a que se referia Goldschmidt, às categorias jurídicas próprias do processo penal. (LOPES JR., 2014, p. 1-2)

Como já se demonstrou aqui, as palavras de Aury Lopes Jr. soam com muita propriedade, mesmo não tendo sido Rogério Lauria Tucci o pioneiro nesta crítica, mas estando ele dentre os grandes nomes que iniciaram esse movimento crítico e evolutivo da ciência processual penal.

A questão que se mostra ao fazer um apanhado histórico da evolução do pensamento de processualistas penais, e a divergência de pensamento mostra que ao contrário do que citava, à sua época - de que "são raríssimos aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral no processo a que subordinam tanto o Direito Processual Civil como o Direito Processual Penal" - historicamente esta unidade de pensamento mudou e o suporto argumento uniforme, condicionado pelo senso crítico e o estudo aprofundado do Processo Penal e mesmo pela nossa atual ordem constitucional de 1988, com os institutos próprios que denotam o maior refinamento no trato com o Processo Penal. (MARQUES *apud* SILVA, 2009, p. 68)

3 – AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA UNIFORMIDADE DOS CONCEITOS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

A crise quanto a inexistência de uma Teoria Geral do Processo não é recente. Conforme já exposto vários doutrinadores, tanto brasileiros quanto de outros países já levantaram a questão, em maior ou menor monta. Desde o próprio Carnelutti com sua analogia à cinderela, perpassando por Goldschmidt e alguns doutrinadores brasileiros já argumentaram, em maiores ou menores aspectos a questão da impropriedade da Teoria Geral do Processo para o Processo Penal, seja em pontos específicos seja no sentido mais amplo.

Contudo o entendimento que antes, mesmo nas palavras de José Frederico Marques eram "raríssimas" estas críticas, hoje estas se assomam em uma corrente de doutrinadores que entendem pela necessidade de se fazer uma cisão, rompendo com a Teoria Unitária do Processo e criando-se uma Teoria Geral do Processo Penal, uma teoria pura que não sofra as interferências do Processo Civil.

Em recente tal inconformismo foi publicado em artigo pelo processualista Aury Lopes Jr. (2014) e de pronto rebatido por Afrânio Silva Jardim[2](2014) e ainda por Ada Pelegrini Grinover (2014), mesmo que esta última tenha escrito a sua contestação à guisa de moderação entre os debatedores.

No artigo publicado por Aury Lopes Jr. são delineados alguns itens existentes na Teoria Geral do Processo que seriam problemáticos ao Processo Penal, estes tendo sido rebatidos por Afrânio Silva Jardim e alguns mediados por Ada Peregrini Grinover.

3.1 – A (in)existência da instrumentalidade das formas no Processo Penal

Aury Lopes Jr considera como uma das regras fundamentais do Processo Penal a ideia de que "forma é garantia e limite do poder", argumenta neste ponto que não há de se importar a instrumentalidade das formas do Processo Civil para o processo penal, já que entende que entende ser as formalidades do processo uma garantia do acusado contra o arbítrio estatal. (LOPES JR, 2014, p. 2)

Jardim (2014, p. 2) rebate o argumento lembrando da existência de ações não condenatórias no Processo Penal, que asseguram o direito de liberdade como "ação de revisão criminal, reabilitação na execução penal e mandado de segurança contra ato jurisdicional penal". Por fim recorre à existência também no processo civil e do trabalho a existência de legalidade das formas dos atos.

Conforme já alegado no princípio deste trabalho diferente do Processo Civil em que a jurisdição reflete um dever-poder no processo penal vigora um dever-poder-garantia, pois há expressos limites que devem ser assegurados, já que, em regra (e quando falamos em Teoria Geral temos que buscar as regras e não exceções), o direito processual não é disponível, diferente da regra geral do Processo Civil, em que as partes podem dispor livremente de seus direitos.

A importação excessiva do que chama Lopes Jr (2012, p. 1157-1158) do "pomposo (mas inadequado ao processo penal) *pas nullité sans grief*, desprezando-se que a violação da forma processual implica grave lesão ao princípio constitucional que ela tutela" Como no processo penal bens indisponíveis e essencial (a própria dignidade humana) são

[2] JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas que ela existe, existe... In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe> acesso em: 20/12/2014

tutelados é impensável deixar à margem do legislador a invocação de princípios como da *instrumentalidade das formas* para prejudicar o réu, sendo incabível este princípio como um dos componentes de uma Teoria Geral do Processo. Claro, sob a ótica das exceções até poderiam ser encontradas similaridades, mas conforme frisamos quando se busca uma Teoria Geral deve se tratar da *regra* de cada ramo do processo e não as exceções.

A falta de precisão no Processo Penal é uma ferramenta que sempre favorece à discricionariedade e desta forma o arbítrio estatal, trazendo sérios prejuízos ao acusado, sendo este "um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador." Quando não há forma precisa, não existe garantia e da mesma forma segurança ao acusado de um devido processo legal, já que não se pode dizer o que é o que não é legal. (LOPES JR., 2012, p. 1158)

3.2 – A (in)aplicação das Teorias civilistas da ação no Processo Penal

Lopes Jr. (2014, p. 4) questiona de forma retórica que "Como afirmar que a ação é um direito público, abstrato e autônomo?" Tendo ele mesmo respondido com outro questionamento: "Se for assim, eu posso sair daqui e processar alguém diretamente, sem nada de provas, totalmente autônomo e abstrato? No processo civil sim." Defende Lopes Jr. que no processo penal existem condições específicas e diversas que chama ele de "mínimo de concretude" sendo feito preliminarmente um "juizo de mérito, ainda que superficialmente".

Quanto a ação, nos conceitos iniciais argumentava José Frederico Marques que "como o Estado, *sub specie juris*, é uma pessoa jurídica, esse poder de punir que lhe é privativo constitui o que se denomina o direito *subjetivo de punir*, o qual, por isso mesmo, apresentam-se como decorrência dos princípios que se submetem o Estado ao império da Lei." (MARQUES, 1998, p. 24)

Forçoso é, no entanto, considerar o *poder* de punir - que mais se relaciona com uma *obrigação* à um *direito*, este ligado à uma atuação discricionária -, quando sabe-se que não existe discricionariedade e sim obrigatoriedade, *dever* de ação, não no clássico *jus persequendi* mas sim no *officium persequendi* já que "os interesses tutelados pela norma penal são eminentemente públicos, impondo-se a atuação estatal, daí, como obrigação, para assegurar a manutenção e reintegração da ordem jurídica, nos casos expressos em lei." (BOSCHI, 1987, p. 18)

Jardim refuta a possibilidade de se abandonar a teoria da ação (mesmo não sendo este o argumento de Lopes Jr. Mais uma vez Afrânio Silva Jardim busca nas exceções do Processo Penal a refutação ao argumento de Aury Lopes Jr., não focando nos argumentos quanto às ações principais, própria essência do Processo Penal. Reprisa-se que é necessário, para se justificar uma Teoria Geral do processo, que se encontrem *pontos em comum* entre a maior parte do Processo Civil e o Processo Penal, se já é dura a tarefa de encontrar similaridades nestas imagine o trabalho (impossível) de se encontrar uma teoria geral que englobe as exceções do Processo Penal e do Processo Civil.

Existem condições que devem ser satisfeitas para que uma ação penal seja iniciada, quais sejam: *materialidade, indícios de autoria e as circunstâncias do crime*, sendo, na esteira do Pensamento de Pitombo (1983, p. 17) o inquérito, ou a etapa preliminar do processo, o início da formação de culpa, servindo como um *judicium accusationis* com contraditório mitigado pela apreciação do magistrado no recebimento da inicial, podendo ela ser rejeitada se faltarem estes elementos. Já no processo civil não se pode falar desta necessidade para que se inicie uma ação.

Lopes Jr (2014, p. 2-3) contesta ainda a importação das "condições da ação no Processo Penal" afirmando que "interesse e possibilidade jurídica do pedido é um erro histórico" já que não existe interesse e sim necessidade, quando se age no processo penal se faz devido a um dever que permite a utilização de um poder limitado pelas garantias constitucionais estabelecidas.

Jardim (2014, p. 3) rebate os argumentos mais uma vez tangenciando pelas exceções no processo penal, que são as ações não condenatórias. Cita que nestas ações não existe o princípio da necessidade. Confirma em seus argumentos que "realmente, a exigência de suporte probatório mínimo para o regular exercício da ação penal condenatória nada tem a ver com a possibilidade jurídica do pedido" contudo cita como regra comuns aos processos civil e penal a "originalidade" da ação.

Contudo, nos argumentos de Jardim verifica-se que a aplicação de conceitos comuns são a pontos específicos que não justificariam, pela exiguidade, a criação de uma Teoria Geral. Mais uma vez mostram os argumentos que não se pode criar uma teoria pela exceção e agora pela existência de alguns pontos em comum, muito inferiores aos pontos divergentes. É inegável que existem semelhanças entre o Processo Penal e o Processo Civil mas seriam essas semelhanças suficientes para justificar uma Teoria Geral?

3.3 – A (in)existência da lide e as peculiaridades das garantias fundamentais no Processo Penal

Lopes Jr. (2014, p. 3) entra também no debate acerca da *lide penal* (inexistente até para Carnelutti), o conceito de *jurisdição penal* (em que além do dever-poder é também uma garantia fundamental na defesa do acusado) portanto infundada é a aplicação das competências relativas e absolutas no Processo Penal já que é uma garantia o julgamento do processo penal sendo basicamente toda competência ali absoluta (pois garantia de um julgamento imparcial segundo as "regras do jogo").

Sobre a lide Jardim (2014, p. 3) concorda com a inexistência de lide e defende o conceito de pretensão, contudo um conceito genérico de pretensão adequada tanto ao Processo Penal quanto ao Processo Civil e até o Processo Trabalhista. Sobre jurisdição defende que existem matizes diferentes de predominância de competência a depender do ramo do processo que se esteja falando, diz que "tudo não passa de uma predominância de escopo e só confirma a existência de jurisdição e juiz natural nas várias espécies de processo (penal, civil e trabalhista)".

Diferentemente do que acontece na regra geral no Processo Civil, no âmbito do Processo Penal o Ministério Público não pede nada em seu nome, mas atua devido à um dever que lhe é imposto e que não pode escusar-se de realizar. Junto a este dever, a Constituição deu também poderes para a atuação deste, e criou, por outro lado limitações, que são as garantias que devem ser por ele observadas. Nas lições de Vicenzo Manzini está consignado igual entendimento de que o Ministério Público não pede nada que seja em seu nome, exercendo, no entanto uma função pública, desta feita "a pretensão punitiva do Estado que o Ministério Público faz valer ante o juiz, não está vinculada a um direito subjetivo, senão ao poder-dever de atuar objetivamente a vontade soberana da lei." (MOREIRA, 2013, p. 17)

Jardim na utilização dos argumentos sobre as regras de competência, e as peculiaridades existentes de cada ramo processual, como um argumento que seria em desfavor a uma Teoria Geral do Processo já que antagônico com uma unidade no que tange às regras ou mesmo aos princípios da jurisdição. Claro que o poder-dever não é incompatível com a garantia fundamental, mas esta se torna uma matiz que transforma o Processo Penal em algo totalmente distinto em que não há lugar, em regra, para as competências relativas, já que o que é assegurado como limitação ao poder de punir do Estado é uma garantia, e por isso limite intransponível para o ente estatal.

Segundo o exposto por Ada Peregrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cândido Rangel Dinamarco, jurisdição é um "*poder, função e atividade"* do Estado, sendo o

poder conceituado na obra como "manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões". Já *função* seriam os "encargos que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais" e, por fim, *atividade* e o "complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o poder, cumprindo a função que a lei lhes comete". (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 149) Contudo tal definição, se cabe muito bem ao processo civil torna-se incompleta ao Processo Penal, já que esquece-se da *garantia* no processo.

O Processo Penal, as regras ali estatuídas bem como as limitações constitucionalmente impostas são *freios* à atuação estatal, ao *poder* estatal que está limitado de um lado ao *dever* de agir, que perpassa pela função ou o encargo de aplicar a lei penal justa ao crime cometido e a atividade que consiste no complexo do processo. Logo o *dever* parece englobar tanto a *função* quanto a *atividade* sendo que este dever não pode ultrapassar o limite das garantias não só processuais, como já dito, mas também fundamentais instituídas na constituição e ainda as decorrentes dos princípios implícitos constitucionais e os tratados em que o Brasil seja parte, consoante ao disposto no §2º do art. 5º da CF/88.

E já que se está a discutir as *garantias* no Processo Penal, é citada por Lopes Jr.v(2014, p. 3) , em tom provocativo, a questão da imparcialidade do juiz no Processo Penal, pontuando a questão da seguinte forma:

> A posição do juiz é fundante no Processo Penal, desde sua perspectiva sistêmica (e, como tal, complexa) para garantia da imparcialidade. Como ensinam os mais de 30 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (alô TGP, sabem vocês o que é isso e qual a importância da CADH?), juiz que vai atrás da prova está contaminado e não pode julgar. Logo, não falemos em 'ativismo' judicial aqui, por favor.

A questão do juiz de garantias, inclusive delineada no Anteprojeto do Código Processual Penal[3] em capítulo exclusivo, composto de 03 artigos (15 ao 18) é motivo de real preocupação. O ativismo judicial, conforme pontuado, é realmente prejudicial e danoso às garantias. Se um juiz determina que se colete uma prova ele já teve contato com o processo, não em sede de cognição horizontal mas sim vertical, em diferentes medidas, mas já contaminou-se com a sua decisão. Tendo determinado, por exemplo, uma prisão preventiva desde a prisão em flagrante, dificilmente já não está convencido de que o acusado seja efetivamente o condenado, o que contraria o princípio da *presunção de inocência*. Nestes casos só o que pode acontecer é uma inversão da presunção da inocência para a presunção de culpa, invertendo-se o trabalho probatório em que o defensor que deve buscar modificar o convencimento do magistrado quanto a inocência de seu cliente.

[3] Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008.

No anteprojeto citado, é de atribuição do juiz das garantias "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais"[4], sendo que "O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo"[5].

Consegue-se verificar que o Processo Penal, nos termos intentados no anteprojeto, continuará dividido entre uma etapa policial investigatória (em que se começa a formar uma culpa do acusado, com a materialidade, indícios de autoria e circunstâncias) e uma etapa judicial, onde se discutirá a causa. Contudo haverá um juiz exclusivamente para garantia do acusado nesta fase e para possibilitar a execução do dever de investigação, podendo macular-se com a formação de um juízo de culpa sem que isso venha a prejudicar o acusado na fase processual propriamente dita.

3.4 – As especificidades da prova no sistema penal

Nos argumentos sobre *juiz natural e imparcial* argumenta com propriedade Lopes Jr. (2014, p. 3) que não existe *distribuição da carga probatória* no Processo Penal (como acontece no Processo Civil), já que o ônus é *integral* do acusados de romper com o *estado jurídico* constitucional da *presunção de inocência* algo "que os civilistas não conhecem e tampouco compreendem".

Romper com a *presunção de inocência* é atribuição única da acusação, caso não se consiga romper com essa barreira de presunção não poderá o juiz condenar o acusado, mesmo se restar alguma dúvida, por menor que seja não é possível a condenação, conforme o disposto no art. 386 incisos VII do CPP.

A problemática se amplia quando se verifica a possibilidade de que o juiz, em dúvida, busque a prova de ofício (e ainda falam que estamos em um processo acusatório??). Este juiz ator, que se coloca no processo como parte, faz renascer (com suas devidas ressalvas) o procedimento penal romano da *inquisitio* onde predominava a inexistência de partes onde o magistrado investido do *imperium* tinha em suas mãos o livre poder de produzir provas tendo consigo o "poder de intimar as pessoas para depor e de examinar as suas manifestações e declarações". (TUCCI, 1976) O desequilíbrio no processo, onde o juiz que

[4] BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. p. 29.
[5] Idem, ibdem.

deveria ser imparcial busca por algo que não foi produzido pelas partes, "desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade." (LOPES JR, 2014, p. 4)

Jardim (2014, p. 3), seguindo outra linha de raciocínio, defende que "a maior ou menor atuação do juiz no campo probatório no processo penal, civil ou trabalhista não infirma a existência de um conceito unitário de processo" e ainda que "no direito brasileiro, temos regra expressa no sentido de que o juiz penal pode produzir prova de ofício, desde que supletivamente à atividade probatória das partes".

No entanto a utilização de nosso modelo de Processo Penal, totalmente recosturado em suas reformas, mantendo dispositivos inconstitucionais e forçando um exercício hercúleo para interpretação à luz da Constituição de 1988 não é a melhor escolha como tese de argumentação.

A existência de divergências tão profundas quanto ao instituto das provas entre o Processo Civil e o Processo Penal fazem com que seja clara a impropriedade de uma teoria unitária, ao menos neste quesito. Ora, para que uma teoria unitária se o que se tem entre os dois processos perde-se no abismo de diferenças?

Ainda no que tange às provas Afrânio Jardim ainda elenca as ações penais não condenatórias, utilizando-se do argumento da exceção do Processo Penal para costurar a necessidade de uma teoria unitária. Considera ainda que o juiz natural a imparcial são conceitos que se aderem a todos os ramos processuais, argumento utilizado com propriedade, mas que não ataca o argumento relativo à necessidade de se ter um juiz de garantias que não teve ainda contato com o mérito que deverá julgar em um futuro, pois o juiz deve iniciar um processo em estado de *ignorância* quanto à causa que a ele será apresentada pelas partes durante o processo, asseguradas as garantias preconizadas no ordenamento jurídico.

Este entendimento já mostra a dificuldade de uma teoria unitária já que no Processo Civil não temos este procedimento onde se começa a formar a culpa, são formas distintas de se chegar ao mérito da causa, do lado do Processo Penal, conforme já fora dito *supra*, a etapa policial do processo assemelha-se a um *judicium accusationis* do rito do Tribunal do Júri, que ficaria fortalecido no caso da existência de um juiz das garantias, que conforme no caso do Tribunal do Júri, divide a tarefa de um juízo preliminar e superficial de culpa com o juízo de mérito.

Enquanto no Processo Civil é do réu o *ônus probandi* em sua contestação, onde deve impugnar cada ponto alegado pelo autor da demanda sob pena de se presumir verdadeiro o não impugnado (salvo alguns casos), no Processo Penal não se pode falar em obrigação probatória da defesa, podendo o réu apenas quedar silente enquanto a acusação tem o ônus

total de comprovar a existência da materialidade, da autoria e ainda a inexistência de excludentes. Tal diferença abissal já mostra a impossibilidade, neste particular, de uma Teoria Geral do Processo que unisse institutos tão diversos. (MOREIRA, 2013, P. 8)

No entanto entre os defensores da Teoria Unitária, há argumentos que tentam explicar a existência de similaridade de conceitos que autorizariam uma Teoria Geral das Provas comum a todos os processos argumentando que no âmbito tanto no Processo Penal quanto no Processo Civil "do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção." (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 410)

Fica claro neste fragmento a impropriedade da leitura aplicada ao Processo Penal, sendo ela de tônica civilistas em todos os sentidos. Inicialmente não há a distribuição do ônus da prova entre as partes, já que a *presunção da inocência* como preceito fundamental não permite que se faça com que o réu venha a provar nada no processo, pois já o inicia com a presunção (*juris tantum)* de que é inocente. Ainda não existe litígio entre as partes, disso já se falou aqui exaustivamente e ainda o réu não necessita provar os pressupostos da exceção, no caso à mera dúvida sobre a existência de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade já obrigam o juiz à absolvição do réu, consoante ao disposto no art. 386 inciso VI do CPP que afirma peremptoriamente que se acaso "existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência" (i*n verbis)*.

Em outro fragmento de igual relevância afirmam os mesmos autores que "o ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa" (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 40). A pergunta aqui seria: o que é vencer uma causa penal? Seria o "vencer" punir um réu? Ou seria este "vencer" buscar a justa aplicação da lei penal ao caso concreto? Será que o MP como acusador só "vence a causa" se este conseguir a punição do acusado mesmo o acusado sendo inocente? Ou venceria o MP como sendo fiscal da lei quando se absolvesse o acusado, pois assim estaria assegurando a ele as garantias previstas pela nossa Constituição? Não se conseguiria conceber o que é vitória no Processo Penal sem que seja feito uma ginástica mental quase que impossível. A diferença axiológica que se tenta dar ao Processo Penal que encerra-se em uma condenação e ao que encerra-se em uma absolvição é um dos graves erros históricos decorrentes, em certa medida, de um código de tônica totalitária e fascista, como ainda é o Código Processual Penal brasileiro.

Por fim, a determinação do juiz para produzir provas de ofício, mesmo tendo previsão legal no defasado art. 156 do CPP, deve ser refutada pela simples hermenêutica do

art. 386, V, VI e VII CPP do Código de Processo Penal, onde está determinado de forma clara e ululante a absolvição em caso de dúvida.

Tais questões são levantadas pelos próprios autores, ao final do capítulo, e por si já demonstram o abismo de diferenças entre o Processo Penal e Civil no que tange, também, às provas. Ao fim do capítulo verifica-se a predominância dos conceitos civilístico aos argumentos utilizados na tentativa de encontrar similaridades entre os ramos do processo notando-se que quase a totalidade das referências são de processualistas civis, restando unitária a doutrina referencial do processo penal. (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 411-412)

3.5 –As garantias como eixo central do Processo Penal

Quando parte-se para o tema de nulidades no Processo Penal vemos a imersão do Processo Civil de forma extremamente danosa. A oscilação jurisprudencial quanto Às nulidades absolutas ou relativas fazem com que se amplie ou diminua as garantias individuais ao sabor das necessidades e clamores de cada período, sem uma proteção efetiva do Código Processual Penal, o que não é de se estranhar, visto que foi feito com predomínio fascista em sua época, em que não havia interesse em garantir-se os direitos fundamentais mas sim possibilitar o arbítrio estatal.

Aceitar a existência de nulidade relativa no processo penal já é um grave equívoco, já que as garantias de que sejam seguidas as regras do jogo são fundamentais ao acusado, na já utilizada expressão de Lopes Jr. de que "forma é garantia". Vale a transcrição da crítica do autor à questão:

> O ritual judiciário está constituído, essencialmente, por discursos e, no sistema acusatório, forma é garantia, pois Processo Penal é exercício de poder e todo poder tende a ser autoritário. Violou a forma? Como regra, violou uma garantia do cidadão. E o tal 'prejuízo'? É uma cláusula genérica, de conteúdo vago impreciso e indeterminado, que vai encontrar referencial naquilo que quiser o juiz (autoritarismo-decisionismo-espaços impróprios de discricionariedade, conforme Lenio Streck). Como dito, no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela 'forma'. Portanto, flexibilizar a forma, é abrir a porta para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espaços de liberdade. É rasgar o Princípio da Legalidade e toda a teoria da tipicidade dos atos processuais. É rasgar a Constituição. Por culpa da TGP, está chancelado o vale-tudo processual. O decisionismo se legitima na TGP. Eu-tribunal anulo o que eu quiser, quando eu quiser. (LOPES JR, 2014, p. 4)

De outra banda Afrânio Silva Jardim afirma que este é essencialmente um tema de Teoria Geral do Direito, o que em si já seria um argumento corroborante sobre a

impropriedade de se tratar dele na Teoria Geral do Processo pela confusão do objeto de estudo. E ainda recorre-se ao seguinte argumento "Isto não é culpa da Teoria Geral do Processo, pois o nosso Cod. Proc. Penal é de 1941 e foi elaborado por professores de Direito Penal ... Naquela época, nem se falava em Teoria Geral do Processo..." (JARDIM, 2014, p. 4). Como falamos, lançar mão do argumento de que se está positivado e por isso é válido é uma impropriedade, lembremos que o nosso código tomou como base um código eminentemente fascista, o código de Mussolini, que fora criado com base em um regime que não passava sequer próximo ao objetivo de se garantir qualquer direito individual que fosse. Cita Marques que:

> Este Código, elaborado, portanto, sob a égide e "os influxos autoritários do Estado Novo", decididamente não é, como já não era "um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal (...) Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...) O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. (...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confusionismo e absoluta falta de técnica. (MARQUES, 1998, p. 104-108)

Em algumas obras de Teoria Geral do Processo[6], quando se abordam as nulidades, se faz com base exclusiva no Processo Civil (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 398-399), diferente deste ramo do direito não se pode falar de nulidade relativa no Processo Penal quando estas venham a prejudicar o acusado, já que estar-se-ia perpetrando uma injustiça. Cabe lembrar do brocardo latim que fala *satius est impunitum relinqui facinius nocentis quam innocentem damnare*, o Estado pode arcar com a eventual absolvição de um culpado mas em sendo a reserva moral da sociedade não pode perpetrar a injustiça de condenar um inocente, aliás, exatamente deste pensamento que se extrai o princípio do *favor rei* e mesmo a fundamentação de que, no Brasil, só se possibilita a revisão criminal em favor do condenado. "No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade." (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 399)

4 – A (IN)UTILIDADE DE UMA TEORIA UNITÁRIA – CONSIDERAÇÕES FINAIS

[6] CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do processo.

Não se pode negar que sob uma análise história da evolução do Processo Penal este guardou em seus primórdios do direito romano grandes similaridades com um processo civilístico. O Estado romano, na transição entre o primitivismo da era pré-jurídica não interessava-se quando o bem tutelado era personalíssimo, o que era determinado nos ilícitos chamados *delictum*[7] que em grande parte confundiam-se com a tutela do direito civil "... *e furono quindi perseguiti com le forme del processo considetto "privato", come se si tratasse di azioni contrattuali, o di altre di diritto privato: essi constituiscono i 'delicta', e, appunto per la procedura che si aplica, sono compressi nel diritto privato.*" (GIOFFREDI *apud* TUCCI, 1976, p. 28)

A evolução do Processo Penal levou ao inicial abandono da vingança privada e à gradual monopolização da função pelo Estado, mas por muito tempo ainda perdurou a forma da autotutela de bens para a resolução das questões penais. O período então gestacional do processo penal foi umbilicalmente ligado às sistemáticas processuais do direito civil, ou seja, a confusão entre os ramos processuais tem origem histórica nos primórdios de nosso direito gerando uma confusão entre os ramos processuais que se alarga até os dias atuais. Conforme afirma Trípoli (*apud* PIRANGELLI, 1983, p. 10):

> o assunto que diz respeito à formação e evolução do Direito é essencialmente histórico, porque, sendo este um fenômeno da civilização humana, à semelhança de toda manifestação civil e cultural do espírito humano, muda, transforma-se e envolve no tempo e no espaço. Com efeito, subindo até às mais remotas épocas da história da humanidade, não se pode deixar de verificar que todo direito tem seguido a um direito anterior num desenvolvimento contínuo, de sorte que o direito hodierno se afigura como resultado de uma longa evolução, ao mesmo tempo que constitui, por sua vez, o ponto de partida para uma evolução futura.

No estudo histórico e na evolução do direito Processual Penal no Brasil vemos que o que era inicialmente uma dogmática quase que irrefutável nas palavras do brilhante José Frederico Marques foi sendo contestado e estas contestações, iniciadas por vozes minoritárias dentro do processualíssimo penal, hoje se amplia na voz de doutrinadores de peso, em um movimento que pode se dizer iniciado pelo igualmente brilhante Joaquim Canuto Mendes de Almeida e seus alunos Rogério Lauria Tucci e Sergio Marcos de Moraes Pitombo.

Hodiernamente mesmo se tendo grandes nomes que ainda defendem a existência de uma Teoria Geral do Processo, como Ada Peregrini Grinover, despontam autores que da mesma forma e com o mesmo gabarito a refutam como Aury Lopes Jr. O que era certo e

[7] Cabe salientar que no direito penal romano existiam dois tipos de ilícito: os *delictum* e os *crimen*. Enquanto este tratava-se da concepção de um ilícito público aquele referia-se aos delitos privados, em geral relacionados à *concrectatio,* segundo TUCCI: "os verdadeiros e próprios *delicta* tenham sido aqueles do *ius civile*, do antigo direito *quiritário*". IN: TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do processo penal romano. Bushatsky. São Paulo, 1976. p.20-21

tomado muitas vezes como argumento da autoridade, hoje se mostra frente-a-frente a contestações racionais fruto da evolução sofrida pelo Processo Penal e o adensamento de doutrinas de estudiosos que se debruçaram sobre este sensível ramo do direito para a sociedade.

A evolução e o estudo do Direito Processual Penal que sempre esteve à sombra do Direito Processual Civil sendo a carnelutiana "cinderela", hoje avizinha-se à sua maturidade exigindo que seja cindida em uma Teoria Geral do Processo Penal, respondendo aos ditames instituídos pela constituição para na efetivação das garantias individuais ali preconizadas na limitação do poder estatal que emana do dever inerente ao *jus puniendi*. Este poder hoje deve estar guardado entre dois pilares limitadores: o dos deveres impostos para o bem da coletividade e das garantias devidas ao acusado que está passando pelo processo. Um dever para assegurar a ordem social e uma garantia da individualidade contra o arbítrio do Estado e das maiorias.

A imposição dada pela Constituição de 1988 com a criação de um rol de princípios próprios ao Processo Penal mostra a importância da cisão deste ramo do direito, pois este é o caminho que deve ser seguro para que se possibilite, quando necessário, a aplicação do direito material penal na realização da justiça estatal, que mesmo sendo um conceito relativo, deve estar sempre cercada pela legalidade do dever de agir e a garantia como freio para o não-agir do Estado.

A relativização de conceitos que deveriam ser essenciais no Processo Penal, como a garantia da forma no processo, refletindo diretamente na teoria das nulidades, e ainda nas provas penais são mostras inequívocas que o que pode ser relativizado no Processo Civil não se pode fazer no Processo Penal sob pena de transformar o acusado no processo penal como instrumento para a realização de um poder em uma consolidação do funcionalismo na persecução penal a exemplo do defendido por Günter Jakobs. (SILVA, 2009, p. 192)

A profunda diferença no Processo Penal em sua etapa policial com qualquer instituto do Processo Civil, considerada acertadamente por Sergio Marcos de Moraes Pitombo como uma espécie de *judicio accusatione* onde se inicia a formação da culpa, mostra que não se pode conceber que as igualdades entre os dois ramos do direito processual sobrepujam às suas diferenças o que de forma alguma não ensejam a manutenção de uma Teoria Unitária já que esta pode apenas macular, como o vem fazendo, o Processo Penal com a dogmática civilista, confundindo os institutos e mesclando o que é, em essência, diverso.

Poder-se-ia citar além dos pontos que foram tratados neste artigo, diversos outros institutos que são completamente diversos entre o Processo Penal e o Civil, mas este é

trabalho hercúleo que não poderia ser condensado em tão poucas páginas e depende de um grande esforço, como afirma Vicente Greco Filho, de sistematização.

Faz-se então imperativo para a evolução do Processo Penal a sua maturação como ramo independente, cortando-se em definitivo o cordão que o está ligando aos institutos próprios do Processo Civil. Para tanto uma sistematização do Processo Penal faria com que o seu nível de evolução acompanhasse o do Processo Civil e ai sim, ambas com igual maturidade pudessem dialogar em seus institutos, que são diversos mas que se complementam na estruturação da sociedade hodierna.

Se inicialmente a proposta carnelutiana de uma teoria geral do processo visava a dignificação do Processo Penal cingindo-o no Direito Penal (sendo que era tratado apenas como disciplina complementar do direito penal, instrumental daquela), hoje é necessário que da mesma forma seja ela separada hoje do Processo Civil. Já existe produção científica relevante nesta disciplina processual que a gabaritam para esta separação para a especialização dos conteúdos que compõem o Processo Penal e sua consequencial evolução. A investigação criminal, ação penal, as provas penais, a jurisdição penal e a execução penal são alguns dos conteúdos que na sistematização de uma Teoria Geral do Processo Penal podem alcançar hoje uma evolução e atendam às necessidades de um processo que chegue o mais próximo da justiça e da pacificação social, sem que se possa lançar mão das garantias individuais e da dignidade humana, hoje eixo central tanto de nossa constituição quanto do mundo civilizado ocidental.

5 – BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Processo Penal, ação e jurisdição**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1975.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal Brazileiro**. vol. 1. Laemmert & C., São Paulo, 1901.

BOSCHI, José Antônio P. **Persecução Penal**: inquérito policial, ação penal e Ministério Público. AIDE. Rio de Janeiro, 1987.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal.** vol. 1. Trad: Francisco José Galvão Bruno. Bookseller. Campinas-SP, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**. 30º ed. Malheiros, São Paulo, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del processo**: problemas jurídicos y políticos del processo penal. Ediciones Juridicas Europa-America. Buenos Aires, 1961.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O comentário**. disponível em: < http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo> acesso em: 20/12/2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Não creem na Teoria Geral do Processo, mas que ela existe, existe...** In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe> acesso em: 20/12/2014.

LOPES JR. Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para boa parte da saúde do Processo Penal**. in: Revista Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal?imprimir=1> acesso em 07/09/2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

MARQUES. José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 1º ed. vol. 1Bookseller. Campinas, SP, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrine. **Processo Penal**. 16 ed. Atlas. São Paulo. 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **BREVE ESBOÇO A RESPEITO DA INEXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO**. on line, disponível em: < http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2013/08/BREVE-ESBOCO-DE-UMA-CRITICA-A-EXISTENCIA-DE-UMA-SUPOSTA-TEORIA-GERAL-DO-PROCESSO.pdf> acesso em 12/01/2015.

PIRANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Javoli. Bauru – SP, 1983.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Inquérito Policial**: novas tendências. CEJUP. Belém, 1987.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** trad: Edson Bini. EDIPRO. Bauru-SP, 2003.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Processual Penal**: organização sistêmica. Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. in: **Revista Jurídica**. ed. 281, p. 48-64. Porto Alegre, 2001.

_____. **Lineamentos do processo penal romano**. Bushatsky. São Paulo, 1976.