

SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

(texto publicado em: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2008)

Antonio Vieira (Professor de processo penal das Faculdades Jorge Amado/BA) e

Paulo Queiroz (Professor de direito penal do UniCEUB/DF)

Introdução

As legislações mais antigas não faziam distinção entre direito e processo penal, tratando-os, normalmente, num só e mesmo texto, não sendo raro que a definição de cada ilícito fosse acompanhada do procedimento a ser seguido para a apuração e respectiva punição, tal como se vê, por exemplo, no Livro V das Ordenações Filipinas (1603-1830); essa distinção/autonomia parece ser relativamente recente, portanto. Mas isso volta a ser discutido, e de fato merece ser repensado, em virtude de importantes implicações teóricas e práticas.

Semelhante discussão sobre os limites entre direito penal e direito processual penal não é nova, obviamente¹, quer sob o ponto de vista ôntico (se os limites existem efetivamente), quer sob o ponto de vista deôntico (se os mesmos deveriam existir em disciplinas tão estreitamente relacionadas)².

Os autores em geral ressaltam a autonomia, tratando direito e processo penal como “ciências” autônomas, sendo freqüente a afirmação de que o processo é um mero instrumento a serviço do direito penal³. No entanto, mais recentemente a doutrina vem de questionar a existência de uma separação clara entre tais ramos do direito; afirma-se, então, que não é possível distinguir determinados institutos de um e outro, como, por exemplo, as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais, dada a sua equivalência funcional⁴.

Afirma-se ainda que o direito e processo penal são instrumentos de política criminal de que se vale o Estado para o controle da criminalidade e, pois, fazem parte de um mesmo

1 Como diz JULIO B. J. MAIER, a estreita relação entre o Direito penal e o processual penal não é uma descoberta nova, mas uma realidade que é patrimônio de todos os tempos, e que se pode observar com clareza na história (Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos. 3. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 148.

2 DIAZ CANTÓN, Fernando. Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal. In Estudios Sobre Justicia Penal – Homenaje al professor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 827.

3 Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 8ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13; MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32.

4 Neste sentido, ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 6. Também assim, Daniel PASTOR: “resta, diante disso, a certeza de que os pressupostos processuais e as demais condições que fundamentam ou excluem a punibilidade por fora do injusto culpável não podem ser distinguidos satisfatoriamente. Isto representa, de modo inexorável, que, na realidade, direito penal e direito processual penal não podem ser separados ...” (Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales. In Tensiones: Derechos fundamentales o persecución penal sin limites. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 57).

sistema de controle social⁵. Nesse sentido, MAIER assinala que o direito processual penal não pode ser pensado com independência do direito penal, na medida em que são dependentes entre si para a realização da política criminal do Estado e constituem uma unidade político-jurídica com fins comuns⁶.

Em favor da separação entre direito e processo penal, Elmir DUCLERC sustenta, porém, em seu recentíssimo curso, que não é correto vincular a existência do direito processual ao direito penal, mesmo porque o processo penal “nem sempre será decidido com amparo em normas de direito material (pense-se, por exemplo, nos processos por crime de furto, em que pode ser necessário discutir se a coisa subtraída era ou não alheia à luz do Direito Civil)”⁷.

Não nos parece que assim seja. Desde logo, porque o direito, segundo dizem, é um só, apesar de compartimentalizado em ramos, que não são compartimentos estanques; segundo, porque o recurso ao conceito jurídico-penal de infração penal (no caso, *crime de furto*) é absolutamente indispensável; terceiro, porque não se pode justificar um conceito a partir de uma exceção; quarto, porque o só fato de um processo penal poder ser anulado por meio de *habeas corpus* por violar normas processuais não parece contrariar a vinculação essencial que deve existir entre direito penal e processo penal. Ademais, o direito processual penal, antes de ser *processo*, é *direito*, e não é qualquer processo (civil, administrativo etc.), mas processo *penal*, isto é, relativo ao direito penal. Enfim, os argumentos invocados em favor da *independência* do direito processual penal dizem respeito a aspectos acidentais, não essenciais, da relação político-jurídica em questão.

Temos, assim, que a razão está com aqueles que sustentam a unidade entre direito e processo penal, até porque, ainda que se atribua ao processo uma função meramente acessória em relação ao direito penal, pois caberia ao processo definir competências, fixar procedimentos e estabelecer as medidas processuais necessárias à realização do direito material, o certo é que, como adverte BINDER, por trás das metáforas jurídicas está o cárcere, que é uma espécie de jaula que usamos para enclausurar seres humanos⁸. Enfim, o processo penal é parte do direito penal⁹, porque nada mais é do que um *continuum* deste, ou seja, o direito processual penal é o direito penal em movimento, e, pois, formam uma unidade. Note-se ainda que a distinção entre um e outro não preexiste à interpretação, mas é dela resultado.

Por conseguinte, não pode haver crime sem processo, porque é por meio do processo penal que o Estado, que detém com exclusividade o direito de punir¹⁰, dirá, por exemplo, se há ou não crime, se o crime está ou não provado, se a prova obtida é ou não lícita, se o autor agiu ou não em legítima defesa, se ele é ou não culpável, se houve ou não prescrição. Por isso é que entre o direito penal e o processo penal há uma relação de mútua referência e complementaridade¹¹, visto que o direito penal é impensável sem um processo penal e

5 MAIER, Julio B. J. Ob. cit., p. 146.

6 Idem, pp. 146/145.

7 Curso Básico de Direito Processual Penal, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

8 BINDER, Alberto M. Introdução ao direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003, p. xxi.

9 MAIER, Julio B. J. Ob. cit., p. 145.

10 Conforme assinala Aury LOPES JÚNIOR, o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena, visto que o direito penal é desprovido de coação direta e, diferentemente do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente. (Introdução crítica ao Processo Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.3).

11 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. 1. ed., 1974 (reimpressão). Coimbra:

vice-versa. Daí dizer CALMON DE PASSOS que a relação entre o direito material (penal, civil) e o processo não é uma relação apenas de meio e fim, isto é, instrumental, mas uma relação integrativa, orgânica, substancial, uma vez que o direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço, e, por isso, somente o é depois de produzido¹².

Sistema integral de direito e processo penal?

Mas a afirmação dessa unidade não conduz necessariamente a um processo penal garantista, uma vez que tal dependerá da orientação político-criminal que se adotar¹³. Assim, por exemplo, o *sistema integral de direito penal*¹⁴ proposto por um certo grupo de professores alemães, especialmente na linha proposta por Georg FREUND, parece conduzir claramente a um processo penal antigarantista, uma vez que, para ele, também o processo deve cumprir fins de (re)estabilização normativa e, por isso, a prisão provisória seria uma reação adequada ante a suspeita de delitos graves e de prova difícil, ainda que sem nenhuma função cautelar (v.g., perigo de fuga ou conveniência da instrução criminal), a fim de afastar a impressão de que o crime não está sendo levado suficientemente a sério¹⁵.

É evidente que o posicionamento de FREUND constitui um esforço teórico (e retórico) no sentido de viabilizar a aplicação antecipada de pena sem (ou no curso do) processo, bem como para abolir ou relativizar certas e determinadas garantias do processo em casos importantes, tal como denuncia DÍAZ CANTÓN¹⁶. Tem-se, pois, verdadeira presunção de culpa, embora, como bem adverte PORCIÚNCULA NETO¹⁷, nesse caso, qualquer pretensão de eficácia devesse ceder lugar à preservação do princípio constitucional da presunção de inocência. Parece certo, assim, que tal perspectiva acaba por confundir processo de conhecimento com o processo de execução (a própria execução da pena), e, pois, o processo, que deveria assegurar ao réu as garantias que lhe são inerentes, com vistas à realização de um julgamento justo ou ao menos conforme as garantias de um processo penal democrático, seria um simples pretexto para se impor um castigo antecipado a alguém e legitimar decisões arbitrárias, como se de fato processo

Coimbra Editora, 2004, p.28.

12 CALMON DE PASSOS, J.J. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52 e 68.

13 Come adverte DÍAZ CANTÓN, a visão integradora oferece riscos, justamente na medida em que pode servir tanto a uma dogmática redutora do poder penal, quanto a uma expansão sem limites (Ob. cit., p. 832).

14 A idéia de um sistema integral de direito penal (gesamtes Strafrechtssystem) surge a partir do pensamento de Wolfgang FRISCH, com o seu conceito material de delito, sendo desenvolvida por seus discípulos WOLTER e FREUND, ganhando corpo e gradativo acolhimento a partir de um colóquio, realizado em julho de 1993, na Faculdade de Direito de Mannheim. Sobre o tema, ver, fundamentalmente, WOLTER, Jürgen e FREUND, Georg (Eds.). El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons: 2004.

15 Sobre la función legitimadora de la idea de fin em el sistema integral del derecho penal. In WOLTER, Jürgen e FREUND, Georg (Eds.). El sistema integral Ob. cit., pp. 123, 124 e 125. Para uma sólida e pormenorizada crítica ao pensamento de FREUND, ver DÍAZ CANTÓN. Ob. cit., pp. 832/840 e PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *El proceso penal como instrumento de reestabilización normativa (a la vez, un estudio crítico sobre la teoría de la prisión provisional como pena de Georg Freund)*. Texto inédito, produzido no curso de Doutorado da Universidade de Barcelona, sob orientação do Prof. Santiago Mir Puig.

16 Ob. cit., p. 838.

17 PORCIÚNCULA NETO, ob. cit.

algun existisse. Exatamente por isso aproxima-se de uma manifestação típica de um direito penal do inimigo (e de um processo penal da guerra)¹⁸, incompatível com as garantias mínimas de um processo penal constitucional, uma vez que afronta os postulados *nulla poena sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine probatione*¹⁹, entre outros. É, portanto, pena por mera suspeita, num evidente retrocesso aos postulados próprios das teorias absolutas da pena, apesar de FREUND negá-lo²⁰.

Devido processo como condição objetiva de punibilidade – interação entre princípios penais e processuais

Diversamente, se a idéia de unidade entre direito e processo penal for construída a partir de uma perspectiva garantista, tal poderá proporcionar uma maior proteção formal ao indivíduo frente ao exercício do poder punitivo do Estado, e contribuir para um maior grau de efetividade dos direitos fundamentais. E isto porque é justamente a partir da idéia de unidade que se pode sustentar – como faz Daniel PASTOR – que a realização de um processo com determinadas características (devido processo legal) atuaria como verdadeira condição objetiva de punibilidade, sem cuja presença a sanção penal resultaria inadmissível²¹. Além disso, pensar direito e processo penal numa perspectiva constitucionalmente integrada é também o que permite concluir que os princípios e garantias inerentes ao direito penal (legalidade, proporcionalidade etc.) possam ser aplicados por igual ao processo penal, unitariamente, não cabendo fazer distinção no particular. O mesmo deve ser dito quanto à execução penal, última etapa de realização do direito penal, a qual deve ser regida pelos princípios constitucionais do direito e processo penal, afinal, o direito, apesar de compartimentalizado em ramos ou disciplinas, é um só. Com efeito, o direito processual penal, antes de ser *processo*, é *direito*, e não é qualquer processo (civil, administrativo etc.), mas processo *penal*, isto é, relativo ao direito penal. Assim, e contrariamente à doutrina ainda hoje majoritária²², tudo que se disser sobre o direito penal há de igualmente valer para o direito processual penal e execução penal, necessariamente, a fim de conferir-lhes tratamento unitário.

Legalidade e processo penal

Como é sabido, não há crime nem pena sem lei anterior que o defina, devendo a lei ser certa, estrita, escrita e prévia. Mas o mais importante consiste em que o princípio da legalidade, tradicionalmente reservado à intervenção penal, deve ser também aplicado ao processo penal, e especialmente às prisões provisórias, de sorte a valer a máxima: *nulla coactio sine lege certa, stricta, scripta et praevia*²³. Essencialmente, como já defendia FIGUEIREDO DIAS desde 1974, o princípio da legalidade se estende a toda repressão

18 Ver, por todos, JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito penal do inimigo: noções e críticas (trad. André Luís Callegari e Nereu Giacomolli). Porto Alegre: 2005, p. 39/41. Sobre o papel que o processo penal (especialmente, as medidas ditas cautelares) desempenha na conformação de um direito penal do inimigo, ver ZAFFARONI. Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho penal. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 107/112.

19 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 74/75.

20 Sobre la función legitimadora Ob. cit., p. 126.

21 Ob. cit., p. 55/56.

22 Por todos, veja-se TOURINHO FILHO, que sustenta serem diversos os princípios orientadores do direito penal e do processo, dado o fato de terem objetos distintos (Ob. cit., p. 14).

23 PASTOR, Daniel. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p. 375.

penal e abrange o próprio direito processual penal²⁴. E assim deve ser porque, conforme assinala Odone SANGUINÉ, não se pode fazer uma separação radical entre normas materiais e formais, já que ambas estão indissolúvelmente unidas pelo sentido da pena e de seus fins, não se tratando de duas coisas diferentes, mas simplesmente de dois aspectos de uma mesma realidade²⁵.

Por isso que, conforme assinalamos noutra lugar²⁶, é de todo irrelevante a mui recorrente distinção entre lei penal e lei processual penal, uma vez que ambas cumprem a mesma função político-criminal, de garantia do mais débil (o acusado) frente ao mais forte (o Estado), além do que o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento (penal) e antigarantista noutra (processual). Dito de outro modo: o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma — se penal, se processual penal —, mas o grau de garantismo que encerra.

Significa dizer, entre outras coisas, que o princípio da legalidade no processo penal repercute diretamente na necessidade de que somente a lei (reserva legal) possa dispor sobre a ordenação do processo; que as normas em questão não podem ser vagas, ambíguas ou incertas (taxatividade); e que só podem retroagir em favor do acusado (anterioridade).

Nem poderia ser diferente, porque, se as penas têm de estar previstas em lei (em sentido estrito), o mesmo deve ocorrer, com maior razão, com as regras processuais. Afinal, como afirma BINDER, quer se trate de normas materiais, quer de normas formais, sempre haverá o interesse comum de limitar o arbítrio do Estado no exercício do poder punitivo, excesso que pode se dar tanto "pela manipulação na configuração de delitos como — muito mais ainda — pela forma como está estruturado o processo"²⁷. Exatamente por isso, medida provisória²⁸, decreto, resolução, regulamento etc. não podem criar nem dispor sobre matéria processual penal, sobretudo quando impliquem restrição à liberdade do acusado²⁹.

Ademais, também é imperioso que a lei processual penal obedeça ao critério da taxatividade, certeza ou determinação, pois de nada adiantaria a exclusividade da lei como um imperativo de segurança jurídica, se pudesse o Estado burlar semelhante garantia com a edição de normas de conteúdo impreciso, vago, obscuro e singularmente amplo — tal como se deu na Alemanha nazista, quando dizia ser criminoso quem quer *atentasse contra a ordem jurídica ou atue contra o interesse das Forças Aliadas*³⁰.

Assim, não se pode considerar válida norma que tenha sido ou venha a ser editada

24 Ob. cit., p. 112. Semelhantemente, SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 350/351.

25 Ob. cit., p. 362/363.

26 VIEIRA, Antônio e QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 12, n. 143, out. 2004, p. 15.

27 Ob. cit., p. 96. Identicamente, aponta Sanguiné: "si se considera la finalidad de la prohibición de retroactividad, ella también alcanza evidentemente a las normas formales, puesto que trata de impedir la arbitrariedad estatal" (SANGUINÉ, Odone. Ob. cit., p. 363).

28 Aqui, cumpre salientar, a expressa disposição da CF/88, art. 62, §1º, I, b (com redação dada pela EC 32/2001), neste sentido: é vedada a edição de medida provisória sobre matéria — direito penal, processual penal etc.

29 Apesar disso, veja-se que a prisão temporária foi instituída no Brasil justamente por meio de uma medida provisória (MP 111/89), posteriormente convertida na Lei 7.960/89, sem que isso pudesse eliminar o grave vício de inconstitucionalidade formal existente (cf. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 640).

30 Paulo Queiroz. *Direito Penal*. Ob. cit., p. 27/28.

contendo cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, notadamente quando sua aplicação possibilitar a privação da liberdade de um indivíduo antes mesmo de sua condenação definitiva³¹.

Enfim, o legislador não pode lançar mão de “cheques em branco” que possam ser preenchidos conforme as necessidades e interesses de cada momento, tal como se fez com a cláusula da “garantia da ordem pública”, que mui freqüentemente tem sido invocada como fundamento das prisões provisórias. Mais: também é defeso ao legislador valer-se da enumeração meramente exemplificativa – rol aberto – quando dispuser sobre regras processuais que importem restrição de direitos do acusado; e quando fizer o contrário, caberá ao seu intérprete/aplicador dar-lhe interpretação restritiva³².

Por fim, releva notar: não somente se deve exigir que a norma processual decorra de lei (em sentido formal) e que esta seja suficientemente certa, como também que esta lei seja prévia à prática da infração penal que dá lugar àquela persecução criminal. Dito mais claramente, a legalidade deve estender seus domínios, também no que toca à anterioridade da lei, a todas as normas processuais³³.

Conseqüentemente, sempre que uma nova lei processual for prejudicial ao réu, porque suprime ou relativiza garantias – v.g., adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares ou amplia os seus respectivos prazos de duração, veda a liberdade provisória mediante fiança, aumenta o rol de crimes em que se permite o uso da prisão temporária, suprime determinado recurso defensivo etc. –, limitar-se-á a reger os processos relativos às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor³⁴; afinal, também aqui – é dizer, não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia³⁵.

Afinal, como diz BINDER, tanto a infração penal quanto o modo de comprovação de sua existência e aplicação da pena têm de vir previstos antes do fato que motivou a intervenção jurídico-penal, a fim de que o cidadão saiba claramente o que deve e o que não deve fazer, como também o que será sancionado, quais são as limitações do juiz e quais são suas garantias no processo penal³⁶. Ou seja: as “regras do jogo” hão de ser conhecidas antes mesmo de seu início, as quais não poderão, por isso, ser modificadas depois do apito inicial (tempo do crime), isto é, momento em que surge a pretensão punitiva do Estado, salvo, obviamente, para favorecer o réu.

Proporcionalidade e processo penal

Também o princípio da proporcionalidade há de orientar a aplicação do direito processual penal. É dizer, toda e qualquer medida processual somente será constitucionalmente

31 Tais dispositivos processuais – que indiquem hipóteses de cabimento ou motivos que autorizem a prisão provisória –, devem ser tratados como se fossem verdadeiros tipos penais, no tocante, especialmente, à sua função de garantia, na tarefa de limitar o arbítrio do Estado no exercício do seu poder punitivo.

32 Veja-se, nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. Ob. cit., p. 351/352 – 371/372.

33 Neste sentido ver, na doutrina nacional, VIEIRA, Antônio e QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.143, p. 14-17, out. 2004; DUCLERC, Elmir. Curso básico de direito processual penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 213; e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Processo penal e (em face da) Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 2004, p. 117.

34 VIEIRA, Antônio e QUEIROZ, Paulo. Ob. cit., p. 15.

35 BINDER, Ob. cit., p. 95.

36 Idem, p. 99.

legítima se for apta a realizar os seus fins declarados, se for a medida menos gravosa capaz de realizar os pretendidos resultados e se não significar, em última análise, uma violência maior do que a própria pena que pode vir a ser aplicada, na hipótese de condenação³⁷.

Em suma, os constrangimentos gerados pelo processo penal jamais poderão exceder àqueles que poderiam resultar da própria condenação. Assim, não é legítimo o uso da prisão provisória sempre que não for seriamente provável a condenação do réu ao cumprimento de pena em regime fechado. Bem assim, não se podem tolerar outras medidas que restringem de direitos fundamentais em processos relativos a infrações penais de pequena e média gravidade. Daí não ser possível tolerar interceptação telefônica quando a prova puder ser produzida por outros meios menos invasivos, tampouco possa ela ser usada na investigação de infrações penais punidas com detenção³⁸. De igual modo, não há de ser utilizada a quebra do sigilo bancário e fiscal do investigado, a menos que a medida se afigure, no caso concreto, proporcional.

De outra parte, o princípio da proporcionalidade deve limitar, igualmente, o prazo de duração do processo³⁹, notadamente porque não se pode deixar de reconhecer no processo a sua própria dimensão punitiva. Como sói dizer PASTOR, a persecução penal estatal já representa, com prisão provisória ou sem ela, “*una pena de sospecha: la pena de proceso*”⁴⁰. Com isso, quanto menor a gravidade da infração penal apurada, menor deve ser o prazo de duração do processo (tanto assim que, quanto menor a pena, mais rapidamente se dará a prescrição), sob pena de ter o acusado que passar mais tempo esperando para ser julgado (com a espada de Dâmocles pendente sobre sua cabeça) do que, caso seja condenado, cumprindo pena.

37 VIEIRA, Antonio. *Princípio da proporcionalidade e prisão provisória*. Nesta mesma obra, p. XX

38 Cf. art. 2º., II e III, da Lei 9.296/96.

39 Sobre o tema, indispensável a leitura de PASTOR, *El plazo razonable ...*. *Ob. cit.*.

40 *Tensiones Ob. cit.*, p. 85.