

NOÇÕES SÔBRE O PROCESSO PENAL ITALIANO (¹)

Giuseppe Bettiol (*)

Professor de Direito Penal da Universidade
de Pádua (Itália) e Professor
Emérito da Faculdade de Direito de
Bauru.

SUMÁRIO: 4 – Processo penal e tipologia processualística. 5 – processo penal e dogmática jurídica. 6 – Noção de processo penal. 7 – Processo Penal, processo civil, processo disciplinar.

4 - PROCESSO PENAL E TIPOLOGIA PROCESSUALÍSTICA

O Estado de Direito, ligado ao princípio da divisão dos poderes e inspirado na ideologia jusnaturalística, garantiu a independência da magistratura, momento de extrema importância especialmente em uma situação de inquietude política como aquela na qual vivemos. Só uma real independência dos órgãos do poder executivo e uma subordinação de consciências à lei são os elementos que dão garantia para uma magistratura que reafirma com o seu trabalho o sentido da segurança e da ordem na realidade social da vida coletiva. *Iustitia est fundamentum rei publicae*, e este fundamento ruí quando aquele que julga não está em condições de manifestar um livre convencimento. Tal livre convencimento está em relação direta com determinadas situações concretas, jurídicas e políti-

(¹) A primeira parte foi publicada no número anterior desta revista.

(*) Autor de “Diritto Penale”(Parte Generale) e de “Istituzioni di Diritto e Procedura Penale”. Tradução do professor *José Manoel de Arruda Alvim Netto*, da Faculdade de Direito de Bauru.



cas. Mas, sobretudo *políticas*: porque, se é verdade que todo processo penal tende a realizar uma exigência de justiça, é também verdade que os resultados podem ser diferentes segundo o ângulo visual no qual o legislador se coloca sob o influxo de uma orientação política, pelo que pode acontecer que aquilo que deveria ser justiça é somente proveito de uma classe ou de uma categoria. E não é verdade que o proveito de hoje seja a justiça de amanhã, porque aquilo que é intrinsecamente injusto não pode, por virtude dialética, transformar-se em um bem moral, a menos que se abandone todo substrato de uma civilização grego-cristã. E foi isto mesmo que aconteceu, sob a influência do totalitarismo político, nos últimos decênios na Europa, quando se quis construir o processo penal atribuindo uma proeminência absoluta e indiscutível aos interesses do Estado, com total prejuízo da liberdade do indivíduo: o processo penal foi assim “politicizado” no mau sentido da palavra, de modo a fazer o indivíduo perder, no plano do debate processual, aquela posição de acusação, posição que tinha assumido sob a influência do liberalismo político e jurídico. E, todavia, no nosso país a “politicização” do processo havia assumido formas desconcertantes, mesmo depois do desmoronamento do regime facista, e isto, no próprio nome da liberdade (infelizmente mal compreendida); o estabelecimento de juízes populares para as Côrtes de Justiça extraordinárias, escolhidos por critérios políticos.

É bem verdade que as formas exteriores do processo penal podem também continuar as mesmas ainda quando se atêm a orientações não liberais; mas, aquilo que muda é a substância das coisas, a alma, quando há uma mudança radical de tendências na relação “Estado e indivíduo”.

Assim, *Gallas* podia bem dizer que a reforma do processo penal alemão, no clima político criado pelo nacional socialismo, mostrava uma coincidência com os elementos

estruturais essenciais do processo tradicional (princípio de legalidade, subjetivação processualística do réu, etc.), mas que, em substância, isso traduzia a exigência de não se dever mais considerar o processo como sistema de garantia para a liberdade individual mas a de ver em ação, rigorosamente, o princípio de autoridade em oposição àquele de democracia. Ora, é evidente que o problema “político” do processo penal está todo aqui: trata-se de um instrumento autoritário (vulgarmente uma “purgação”) a ser usado para um fim de “desinfecção social” através da eliminação dos elementos anti-sociais (ou sua “recuperação”), sôbre base de um critério informativo de defesa social já denunciado por *Carrara*; ou então se trata de um meio do qual o Estado se serve, em cumprimento a um critério de justiça retributiva, para determinar a culpabilidade de um réu e, assim, para garantir, a não ser se averiguada a culpabilidade, a liberdade individual. A tal propósito refletem-se no processo penal as diversas concepções que existem de direito penal e das suas finalidades: um direito penal de caráter “defensivo”, como é aquêle elaborado pelos positivistas, não poderá deixar de sugerir um processo penal “autoritário ou totalitário”, no âmbito do qual o indivíduo é, de fato, puro objeto de atividades processualísticas, explicadas no puro interêsse da coletividade estatualmente organizada; um direito penal “retributivo”, sugerirá, em lugar disso, um processo “democrático” visando à tutela e salvaguarda dos direitos, dos interêsses, das faculdades do indivíduo, considerado valôr primeiro na relação “Estado e pessoa”, pelo qual, sômente se fato e culpabilidade fôrem livremente e “coram populo” discutidos e acertados o réu poderá ser condenado e punido. É suficiente, por outro lado, considerar o processo no qual entram em consideração medidas de segurança, para o convencimento de como a idéia de periculosidade e aquela de defesa social vêm enfraquecer a posição do indivíduo perigoso em relação àquela

do réu que não seja assim considerado. E é assim que o verdadeiro ponto de união entre direito penal e processo penal se encontra no terreno da política criminal. Estamos frente a fenômenos de indubitável origem política.

Pense nos dois tipos fundamentais de processos penais, que se têm revezado no curso da história: o *acusatório* e o *inquisitório*. Acusatório, em substância, é o processo no qual se distingue a função da acusação (privada ou pública) daquela do juiz e se coloca o réu em pé de igualdade com a própria acusação, enquanto o procedimento é dominado pelas regras da oralidade e da publicidade em um regime de livre prova. Inquisitório é o processo no qual função de acusação e função de juízo se encontram reunidas em uma só pessoa, frente à qual o indivíduo está em posição de inferioridade, enquanto o processo segue as regras do sigilo (pelo menos em uma primeira fase) e do procedimento escrito, sendo a prova, a maior parte das vezes, vinculada. Se também é verdade – como escreve *Manzini* – que as características recordadas devem ser julgadas esquemáticas, e, se está, também, provado que na realidade histórica dos fatos os processos penais têm sempre mostrado individualidade própria, irreduzível a tipos abstratos, não se pode negar que no curso da história todo processo particular se aproximou de um ou de outro dos dois tipos recordados, segundo o prevalecimento de uma concepção política de liberdade ou de autoridade. Basta pensar no processo penal dos séculos XVII e XVIII, quando dominavam concepções políticas absolutistas, na lógica das quais a anti-liberdade era tese prevalente: o processo penal tinha caráter inquisitório, o réu não podia defender-se adequadamente, a prova era vinculada e os debates secretos. E, foi contra este tipo de processo que *Beccaria* teve de combater, na Itália, sustentando que: “os julgamentos sejam públicos e públicas sejam as provas do crime, para que a opinião, que é certamente o único cimento da soci-

idade, imponha um freio à força e às paixões, para que o povo diga: não somos escravos e estamos defendidos; sentimento que inspira coragem e que equivale a um tributo para um soberano que compreenda seus verdadeiros interesses". E, foi particularmente contra a prova legal ou vinculada que os iluministas lançaram suas reservas para fazer triunfar o *princípio do livre convencimento* e, assim, o livre uso das regras da experiência, sem que o juiz devesse sujeitar-se a regras rigidamente codificadas pelo legislador. E, foi assim que começou, mesmo para a confissão – naquêl tempo obtida com a tortura – o processo de desclassificação da prova privilegiada por simples – mesmo se importante – indício.

O processo acusatório responde mais – em nosso entender – a uma concessão política no âmbito da qual os valores da individualidade humana encontram maior reconhecimento e tutela, porque o contraditório livre e aberto, entre acusação e defesa, ante um juiz não vinculado na formação de seu convencimento, permite ao réu fazer valer os seus direitos de liberdade e ser “presumido” inocente até o pronunciamento da sentença passada em julgado. Ainda *Beccaria* dizia que: “um homem não pode chamar-se criminoso antes da sentença do Juiz, nem a sociedade lhe pode tirar a proteção pública, a não ser quando já esteja decidido que êle haja violado os pactos pelos quais ela lhe foi conferida”. À parte o aspecto “contratualístico” de tal afirmação, que, além do mais, não é decisivo para os fins da admissibilidade de uma *presunção de inocência*, esta (mesmo se tècnicamente imprópria) se ressent, indubitavelmente de uma tomada de posição política do processo que visa, antes de tudo, ao significado ético da personalidade humana. Se é verdade que o processo tende à condenação do culpado, é também verdade que êle contemporaneamente visa à tutela do inocente, e não há razão para não considerar, assim, sempre inocente aquêl que ainda não foi reconhe-

cido culpado por sentença passada em julgado. *Manzini*, a propósito da “presunção de inocência”, falava de idéia “desastradamente paradoxal e irracional” e escrevia que “o homem, animal costumeiro, geralmente prefere renunciar o parecer até inteligente do que deixar estirpar dêle um daqueles quistos psíquicos que são as idéias tradicionais”. Segundo *Manzini*, nosso direito processual penal tutela o interêsse relativo à liberdade individual do réu sem nenhuma presunção ou ficção: o réu – antes da sentença definitiva – deve tratar-se como sujeito a julgamento, isto é, como uma pessoa indiciada, sim, mas cuja responsabilidade não ficou ainda afirmada. Ora, podemos admitir que no processo penal não se opera uma presunção de inocência que se entenda em *têrmos técnicos estritos*, porque um processo penal só pode ser iniciado quando subsistam indícios contra o réu; todavia, isto não exclui que a idéia expressa da presunção de inocência deve ser considerada como uma idéia de alcance em um processo que não esteja a serviço de uma tirania política. Trata-se de um daquêles postulados políticos do processo que explicam e justificam o processo penal moderno como uma conquista do princípio de liberdade contra a opressão. É verdade que para dar vida a um processo penal são necessários “indícios” contra o réu, mas uma presunção de culpabilidade requerida, sempre, a prova *in limine* dos próprios indícios, enquanto tal prova pode ser fornecida – se fôr o caso – sòmente através do processo. Em substância não existe pròpriamente nem uma presunção de inocência, nem uma presunção de culpabilidade a favor ou contra o réu, mas isto não impede que o critério de liberdade – como expressão da idéia de inocência – tenha que animar todo o processo penal. Quem nega “a presunção” de inocência se mostra ligado mentalmente a uma visão política da realidade que não é a mais apta a fazer triunfar ou prevalecer aquilo que há de mais sagrado no homem: a *inviolabilidade de sua li-*

berdade pessoal que é característica do processo acusatório, a respeito do qual, com *Carrara*, podemos dizer que “apresenta em grau máximo as garantias da liberdade civil dos acusados: mas deixa em grave perigo a tutela dos direitos dos membros da mesma sociedade, e só é possível em um povo eminentemente educado nas virtudes cidadinas”. Por isto, em quase todos os povos modernos não foi estabelecido de forma absoluta nem o tipo inquisitório, nem o acusatório de processo penal, mas um tipo misto que, de acôrdo com a atmosfera política geral, participa de um e de outro.

5 – PROCESSO PENAL E DOGMÁTICA JURÍDICA

Nestes últimos tempos o problema da natureza da dogmática jurídica foi muito discutido, até discutido demais, e nem sempre com resultados satisfatórios. Dadas as finalidades do presente trabalho, não achamos necessárias indagações muito analíticas e pormenorizadas. Todavia, para proceder com clareza, devemos partir da constatação de que não se concebe uma ciência do processo penal sem recurso a critérios lógicos. A lógica fixa, na verdade, as leis do pensamento humano. O homem, como ser “pensante”, segue determinados critérios em seu raciocínio, o qual se desenvolve por tôda uma série de *juízos* baseados, por sua vez, sôbre *conceitos*. Não existe pensamento humano que não seja um pensamento conceitual, e, assim, aberto sôbre o “universal”. A lei é por excelência um composto de conceitos e processo penal, assim, – desde que criado pela lei processual penal – deve refletir-se em uma série de conceitos jurídicos gerais e particulares.

O problema abordado diz respeito, particularmente, a dois momentos: aquêle da *interpretação* da lei processual e aquêle da *construção* dos institutos processuais. Mas, os dois momentos convergem no caráter que deve apre-

sentar a dogmática processual penal como complexo de princípios que regem o mundo do processo. Os critérios para interpretar a lei processual penal não divergem daqueles que usamos para a interpretação da lei penal: critérios lógicos e critérios teleológicos, que visam atingir a finalidade de norma singular, dos grupos de normas, do inteiro sistema. A êsse respeito *Grispigni* escreve que “a ciência do direito processual penal em sentido estrito, como tôda outra dogmática jurídica, tem por objeto, única e exclusivamente, normas jurídicas, isto é, proposições, cujo conteúdo é um “dever ser”, o que quer dizer, a exigência de ser mantida uma determinada conduta e, portanto, fica excluída do âmbito de tal disciplina tudo que não seja norma jurídica, e, particularmente, deve-se ter cuidado em não confundir o estudo das normas “que regulam” determinadas categorias de fatos, atos ou relações, com o estudo dêsses mesmos fatos, atos ou relações reguladas pelo direito”.

Estas afirmações correspondem, porém, a uma concepção da dogmática jurídica, em geral, e daquela processualística em particular, em contraste com nossas concepções radicais. A perfeita separação entre *norma*, de um lado, e *fato*, de outro, corresponde a uma exigência metodológica formal, própria da jurisprudência dos conceitos, a qual se limita a colhêr e a delinear a estrutura formal das normas, prescindindo da substância das mesmas - fato ou finalidade que seja. É bem verdade que a substância do direito pode ser estudada sob ângulos visuais diversos: os pressupostos das normas penais podem justificar um estudo naturalístico do delito (criminologia), assim como o substrato das normas processuais penais pode dar lugar a uma indagação história ou sociológica. Mas, isto não impede que a norma jurídica tenha conteúdo seu, que deve estar presente ao intérprete e ao dogmático. Se assim não fôsse, transformaríamos, na verdade, o direito, em um estudo formal e esquemático

de estruturas normativas fora do tempo e do espaço. A lógica, se não for corrigida pelo senso histórico, pode levar o intérprete fora da vida, enquanto o direito, como fenômeno social, é vida, movimento, concretização e sentido do porvir. Se quiséssemos, na verdade, com *Grispigni*, não restringir ao exame das normas jurídicas processuais consideradas como a *única realidade* que se deve levar em consideração, viríamos a bloquear a realidade jurídica em uma série de vazios esquemáticos. Nós não admitimos que a jurisprudência conceitual possa ser a única legítima nas construções jurídicas processuais, tratando-se – como para o direito penal – de uma ciência tipicamente ligada a valôres. Deve-se também, não cair no excesso oposto, quer dizer, aquêles de considerar determinantes, para a dogmática processualística, os fatos que são pressupostos das normas. Terminaríamos, assim, em um realismo um tanto ou quanto ingênuo e enganador, naquele em que caiu *Carnelutti* quando escrevia que “observando as normas, vemos não sòmente o que elas são, mas também, o que representam, como olhando em um espêlho sòmente uma lâmina de cristal brilhante, mas antes as coisas que nêle estão espelhadas; não podemos ler, entre outros, os artigos do Código Penal que tratam do furto ou do homicídio, nem aquêles do Código de Processo Penal, que se referem ao réu ou ao defensor, sem ver surgir diante de nós as figuras mais ou menos distintas, que correspondem, segundo nossa experiência, a um homem que, rouba que mata, que se defende ou que defende”. Não é, na verdade, nestes têrmos que o problema do realismo no campo da dogmática jurídica deve ser colocado: não são os “fatos” que constituem o conteúdo das normas jurídicas, mas os “valôres”. Os fatos são o pressuposto das normas e tudo o que concerne ao estudo das mesmas será história, economia, sociologia, mas não é ainda direito. As normas visam aos valôres, a isto que *De Marsico* chama “idéias essenciais à existência

de uma ordem moral” e, assim, (segundo nosso parecer) jurídica, dada a natureza do direito, que é aquela de ser uma parte cristalizada da moral. Não é, portanto, o fato que é levado em conta, mas a posição do indivíduo a respeito do fato, em um regime de racionalidade: quer dizer, a ordem que deve ser seguida para a realização de um fim. O significado polêmico da *jurisprudência dos valores* em relação àquela dos *conceitos*, foi o de haver recorrido à lógica do intérprete para a consideração da “função” dos institutos, enquanto a superioridade da mesma sobre a *jurisprudência dos interesses* foi o de não haver estreitado a visão dogmática do direito na lógica concreta do fato material. O réu, por exemplo, é tomado em consideração enquanto na dialética do processo êle explica uma atividade que serve para garantir alguns valores essenciais a uma concepção moderna do processo. Nesta visão teleológica podem ser formulados princípios dogmáticos, que saem do quadro de uma lógica formal e se desvinculam da pobreza de uma causalidade mecânica e naturalística. Mas, não é preciso acreditar que toda consideração que supere o momento formal esteja ligada aos cânones da *jurisprudência dos interesses*. Isto nos é deixado entrever também por *Beling* quando escreve que: “as construções jurídicas” são necessárias para formular clara e determinadamente os problemas, acrescentando “que tais diretivas lógico-formais não garantem a positividade de uma ou de outra construção, enquanto o conteúdo das disposições normativas deve ser encontrado antes nas *representações empíricas de finalidade* pelas quais devem considerar-se direito vigente todos aqueles e somente aqueles conteúdos normativos que correspondem, mediata ou imediatamente, às representações finalísticas da classe dirigente de uma determinada organização jurídica”. Se bem que *Beling* fale a tal respeito de um apêlo aos cânones interpretativos da *jurisprudência dos interesses*, a nós, nos parece, que, em lugar disso, o

apêlo à visão da finalidade da classe dirigente (aquela que forma a opinião pública, indispensável a uma interpretação democrática do processo) nos leva ao campo da teologia ou da *jurisprudência dos valôres*, dado o fato de que tôda finalidade em um quadro de racionalidade torna-se um *valôr*.

As categorias dogmáticas do processo penal devem achar-se assim, em contacto com os valôres que o processo pretende tutelar ou realizar. Tôda tomada de posição puramente lógico-dedutiva, freqüentemente fruto de inversão metodológica, deve ser abandonada. Isto quer significar que a verdadeira realidade normativa se manifesta, em linha de princípio, nos conceitos processualísticos *individuais* ou *particulares*, porque são justamente êsses que são diretamente expressos em um primeiro contacto do intérprete com a vida e as finalidades do processo penal.

E, todo conceito individual deve ter natureza ou caráter teleológico: vir lógicamente determinado e circunscrito na base das considerações de uma finalidade que a norma processual pretende realizar. O mesmo se verifica a propósito dos conceitos de base do direito penal. Entende-se que dos *conceitos de base* do processo penal se pode (antes se deve) passar aos *conceitos de cúpula* ou de *caráter geral*, desde que mesmo para tais conceitos seja, antes observada uma exigência de caráter finalístico. Êsses devem ser extraídos da matriz da experiência processualística e, assim, achar-se em contacto com a realidade; não podem ser fruto de generalizações arbitrárias ou de puras deduções lógico-sistemático-dedutivas. Também para o processo penal vale a consideração de que o sistema não tem caráter constitutivo, mas explica uma mera função de ordem dentre a grande massa dos conceitos individuais (os verdadeiros conceitos jurídicos), a fim de que estes não tenham que se apresentar em ordem esparsa e freqüentemente caótica. E, é assim, por exem-

plo, que o conceito de *relação jurídica processual*, genêricamente entendido, com o qual se pretende qualificar juridicamente todo o processo penal, não deve ser levado além daquela que é sua única e verdadeira função: a de ligar *ab extrinseco* todos os atos processuais singulares, de que o processo se compõe para pôr ordem entre os mesmos e oferecer uma explicação unitária de uma complexa série de fenômenos jurídicos. Sômente a realidade normativa se reflete no conceito base, enquanto o resto é subestrutura que se pode tornar impecilho e perigo quando nessa se quer encontrar uma substância de vida. Justamente para a relação processual foi dito por *Carne-lutti* que essa é a mais importante descoberta no campo da ciência processual: é o processo que para caminhar precisa do direito. E, é verdade, com a condição, porém, de que não se acabe em um puro e vazio nominalismo, esquecendo tôda a realidade do valôr que dá um conteúdo vital mesmo ao conceito de processo como relação jurídica. Para evitar um formalismo estéril, que não atinge o fundo das coisas, é necessário, no estudo do processo penal como ciência jurídica, evitar bem o transplante, para o processo penal, de conceitos, esquemas ou institutos elaborados no setor da ciência do processo como ciência unitária válida tanto para o processo civil, como para o penal, porque os dois processos – afora a terminologia – têm bem pouco em comum. É verdade que a jurisdição é uma função essencialmente unitária, consistindo na aplicação da norma abstrata a um caso concreto tendo em vista uma garantia de paz social (*ne cives ad arma veniant*); mas, é também verdade que, exceção feita a tal conceito de cúpula, todo o resto diverge profundamente porque a natureza e a função específica dos dois processos são entre si diversas, dada a natureza dos interesses ou dos valôres que são tomados em consideração. Basta sômente pensar no conceito de ação: indubitavelmente essa é uma condição da jurisdição – como *Chiovenda* se

exprimiam – mas isto reflete uma concepção formal do instituto, o qual, visto sob um perfil civilístico, é um direito potestativo, enquanto sob o penalístico é mais um ato devido, uma vez que obrigatório já nos termos da Constituição.

Os exemplos poderiam continuar ainda, todavia, não se fazem agora, na verdade, necessários para convencer de que é artificial tôda concepção unitária dos dois processos. Estes têm em comum uma série de nomes, porque historicamente o processo penal se apresentou como um apêndice do civil, mas, não há dúvida de que se distanciam pelas finalidades imediatas e a natureza dos institutos.

6 – NOÇÃO DE PROCESSO PENAL

A determinação do conceito de processo penal está em relação direta com o problema do seu “objeto”, quer dizer, do crime sôbre o qual se discute no curso de um processo. Deixando de lado, no momento, a questão de saber se existem ações penais que não tenham por objeto um crime, não pode haver dúvida que normalmente o *pressuposto do processo penal é o crime*, e que o processo é constituído daquêle conjunto de atividades dirigidas à verificação, positiva ou negativa, de um fato delituoso com o fim de aplicação de uma sanção penal contra o seu autor. Se bem que a obrigação de aplicar uma pena emane da norma penal, isto é, de uma norma de caráter “substancial”, é de outro lado verdade que as modalidades do seu exercício não se encontram no Código Penal, mas naquele de Processo Penal, isto é, em uma norma de caráter “formal”. É necessário, assim, bem distinguir o *crime do processo*, isto é, o complexo das condições materiais que dão vida a uma pretensão punitiva, do complexo de meios pressupostos à verificação positiva ou negativa das próprias condições. É uma exigência lógica, que

amadureceu historicamente sob a necessidade de um critério de justiça. Entre direito penal e direito processual penal subsiste uma distinção lógica e cronológica, além de jurídica.

Carnelutti, porém, entendia o contrário e afirmava que não é o crime que é pressuposto do processo, mas o processo é uma condição do crime, já que a pena, elemento constitutivo do crime, não pode existir senão através do processo. O eminente jurista desaparecido escrevia que “quando um artigo do Código Penal dispõe que a quem comete *tal fato* se inflige *tal pena*, esta é conjuntamente uma norma material e processual: material enquanto prevê o fato, processual enquanto prevê a pena; não pode ser diferente de processual esta segunda parte, porque só por meio do processo é que o fato pode ser punido; não de outra norma, na verdade, mas daquela, tira o juiz o poder de condenar”. Diferentemente do que acontece com o contrato, o processo é, assim, inerente à natureza do crime. Todo crime postula uma condenação; fora dela não há crime. Todo direito penal é, assim, direito processual, ou melhor, como *Carnelutti* especifica posteriormente, o *direito penal material* tem por objeto o crime; do *direito penal processual* tem ao contrário, por objeto, a pena. Um e outro conjuntamente formam o direito penal.

A nós parece, porém, que uma tese dêse gênero está sobretudo fora da história. Certamente em épocas mais rudimentares, a *regola juris* “que segue a fronteira entre o meu e o teu, nove vezes em dez não preexistiu ao processo”, enquanto o direito, se não totalmente, pelo menos na maior parte, era processual. Mas esta história está muito longe de nós, para que se possa dela deduzir uma regra válida ainda para hoje. Em todo caso, na evolução histórica, o crime veio antes do processo. O fato de que a reação ao crime tinha sofrido, no curso do tempo, diversas formas e sucessivas modificações até as modernas es-

truturas do processo, é uma prova de que o crime, permanecendo nas suas manifestações típicas o mesmo apareceu antes do processo. E, a tentativa moderna de enquadrá-lo na órbita do processo penal é somente fruto de uma mentalidade exasperante de *pamprocessualismo formalista*, que deformou a visão de muita realidade jurídica. É bem verdade que o juiz tira da lei penal, do imperativo jurídico "secundário" o poder de condenar; é bem verdade também, que o título de tal poder lhe vem da norma que prevê crime e sanção; trata-se, porém, somente, do título do poder, e não das *modalidades* e dos *limites* mesmo do seu exercício: estes são estabelecidos pela lei processual penal ou por outras leis distintas daquelas de natureza substancial. A possibilidade, verdadeiramente, de aplicar uma sanção está condicionada à verificação dos fatos delituosos, os quais, por sua parte, nada têm que ver com o aparelho que deve ser posto em movimento para essa finalidade. Se crime e processo fossem *unum et idem*, que se deveria dizer na hipótese de que um crime não tivesse sido verificado através do processo? Talvez que assim, faltando o crime, estaria faltando também o processo? Como chamar, então todo complexo de atividades de vários indivíduos postas em ação com grande dispêndio de energia processual. Não se faça comparação com o contrato, o qual teria uma autonomia própria fora do processo. Faça-se, antes, uma comparação com o ato ilícito civil. Mesmo o ilícito civil necessita de um processo para verificações, com a finalidade de uma condenação ao ressarcimento do dano pelo inobservante. Dir-se-á, por isto, que o ilícito civil, contratual e extra-contratual, está condicionado ao processo? Não é válida a objeção de que o processo civil é, quanto ao seu objeto, disponível, porque no processo penal temos casos em relação aos quais a propositura da ação penal por parte do Ministério público está condicionada a uma manifestação de vontade do ofendido (querela de parte, ins-

tância). Nesses casos o crime deveria subsistir também fora do processo.

A nós parece, por certo, que a tese segundo a qual o processo penal seria uma condição do crime, não tem nenhum fundamento sério. Uma visão realística do problema inerente às relações entre direito penal e processo penal nos leva a distinguir nitidamente o que pertence ao crime, daquilo que pertence ao processo. Estamos em dois mundos *distintos*, embora *completamente*: o crime sem o processo é estéril, o processo sem o crime é vazio. É necessário, assim, esclarecer o que pertence ao mundo do crime e o que pertence ao mundo do processo. Malgrado o áspero debate ideológico que se manifestou durante os últimos trinta anos, pode-se dizer que agora prevalece a opinião segundo a qual o crime dá lugar a uma *pretenção punitiva* a favor do Estado, que toma também o nome de *direito subjetivo de punir*. Esta idéia do direito subjetivo de punir, que se resolve, em substância, em uma (auto)-limitação do poder do Estado no campo punitivo, além de estar em harmonia com as exigências de uma concepção "técnica" do direito entendido como limite, acha-se, também em sintonia com as exigências de uma visão de política democrática colocada na base do processo contemporâneo. Não foi por nada que a idéia da pretensão punitiva como sinônimo de direito subjetivo de punir foi banida do âmbito uma dogmática jurídica de fundo político totalitário. Ora, tudo isto que se atém aos *pressupostos*, aos *elementos constitutivos*, às *condições*, às *conseqüências* do direito subjetivo de punir, pertence ao *direito penal substancial* em termos autônomos e originais: o crime existe, mesmo se, no caso concreto, não é aplicada uma pena, mesmo se o crime permanece circunscrito às pessoas do ofensor e do ofendido. Basta, para tal fim, que tenha sido violado o imperativo de uma norma provida de sanção penal. Não há extensão lógica ou teleológica do conceito de "crime" que possa abranger

o termo de “processo”. Êste é diferente do primeiro, se bem que existe em função do primeiro. Històrica e lògicamente o crime pode subsistir mesmo sem processo, enquanto o processo tem necessidade, para surgir, da afirmação – mesmo unilateral – da presença de um crime. Mas, o direito penal sem o processo seria um direito paralizado, ou um instrumento que poderia ferir mesmo sem discernimento desde que a repressão dos crimes fòsse entregue exclusivamente a òrgãos administrativos ou de polícia.

Entre a pena prevista abstratamente e a sua aplicação concreta se coloca a sentença definitiva como ato conclusivo de um processo dirigido e dominado por um juiz, o que quer dizer, por um òrgão estatal admitido como um poder autônomo e independente de todos os outros. O processo penal tem, assim, caráter *instrumental*, porquanto está destinado à verificação de um crime e à aplicação de uma sanção. As normas de direito substancial não atuam espontâneamente: elas regulam situações de conflitos de interêsses, que reclamam a presença de um juiz, o qual deve proceder *silogisticamente* para constatar que uma situação de fato, concreta e singular, precisada e verificada em todos seus elementos, é tal que se deixa enquadrar em idêntica situação tipificada pela norma penal (*nullum crimen sine lege*), e para aplicar em concreto a pena prevista na própria norma como consequência jurídica (*nulla poena sine lege*). Ninguém pode fazer justiça por si. Isto vale, seja para o processo civil, seja para o processo penal. As normas processuais relativas têm uma natureza idêntica: de serem estabelecidas prèviamente como reguladoras daquela função estatal dirigida a resolver conflitos de interêsses (no sentido lato), a fim de que seja garantida a paz social, mediante a atuação do direito objetivo entendido substancialmente. Tais normas se apresentam, assim, em uma relação de *meio* a respeito de um *fim*.

Se é verdade de que o direito penal processual tem caráter secundário ou instrumental, no que diz respeito ao direito penal, isto não significa, porém, que não tenha sua autonomia e sua teleologia. Frequentemente se afirma que a natureza instrumental do processo só se pode traduzir em uma concepção formal da ciência do processo, a qual não teria de tutelar interesses e exigências particulares, mas, estaria subordinada às exigências e aos interesses do direito penal. Isto é falso. A natureza instrumental da ciência do processo penal, se subordina à ciência do direito penal, como meio está em função de fim, não exclui que o meio tenha, também, sua autonomia no quadro de uma série de interesses autônomos e característicos. Quando se afirma que um mau direito penal pode ser corrigido por um bom processo penal, confirma-se a opinião de que, mesmo na posição do meio para fim, há no processo penal bastante independência para permitir valorizações originais como consequência de um conteúdo próprio. Embora o processo penal se exteriorize por uma série de formas, o conteúdo próprio destas formas não é relativo à matéria penal propriamente dita. Há um conteúdo de natureza processual a levar-se em conta, isto é, toda aquela gama de interesses que as normas processuais tutelam, antes ainda de servir para a atuação do direito penal substancial. Basta pensar, por exemplo, nas normas processuais a propósito da contestação da acusação: ditadas precipuamente em função da tutela dos direitos e dos interesses "definitivos" do réu, o qual não pode ser condenado sem ter tido a possibilidade de apresentar as próprias exceções a respeito de uma acusação, contestando oportunamente em termos claros e precisos. Assim o interesse em absolver um réu em caso de dúvida acerca da prova da subsistência dos fatos constitutivos ou imperativos da pretensão punitiva, é um interesse de natureza processual, que é inerente ao processo considerado instrumento ao serviço

da liberdade do homem, mais que da defesa da sociedade. As formas do processo têm, assim, uma razão de ser não somente a respeito dos interesses de fundo de natureza substancial, mas, também, em relação aos interesses que o processo deve imediatamente tutelar, se não parecer instrumento de prevaricação. Mesmo as disposições legais processuais que parecem mais vazias de conteúdo e ligadas em maior parte a uma interpretação formal, mostram sua dependência com toda uma série de interesses, que lhe dão, assim, um conteúdo e devem ser salvaguardadas, se se quer que a verdade – e com a verdade a liberdade individual – venha a triunfar. O processo penal é, assim *forma* a uma *substância*. Não se devem entender as limitações e as modalidades impostas à atenção humana no campo do processo, como subestruturas vazias e insuportáveis que impedem o livre curso das coisas. Ao contrário, se trata de limites racionais impostos à própria atuação a fim de que seja evitado todo transbordamento danoso à justiça. Toda forma e todo limite processual tem, portanto, uma finalidade e um conteúdo. O processo é um ato de reflexão; toda reflexão é iluminada e sustentada por considerações de uma meta que se realizar.

O processo penal pode ser, assim, definido como aquele “complexo de atos realizados por vários indivíduos (Juiz Ministério público, réu) com o fim de verificação das condições de fato das quais se origina o *jus puniendi* a favor do Estado e o dever de submeter-se à pena, por parte do réu”. Esta é a definição típica e tradicional do processo penal. Não está porém, dito que, além de tais encargos, outros existem, já que encargos novos de prevenção que a legislação penal assumiu, virão fazer parte do processo penal: questões de natureza não estritamente penal, como a verificação da periculosidade do réu, por parte do juiz, e a relativa aplicação de medidas de segurança. E, mesmo problemas de natureza civil entram

hoje na economia do processo penal, como aquêlê relativo ao ressarcimento do dano causado por um crime que seja também ilícito civil. Porém, estamos no campo dos objetos eventuais do processo penal, e não dos objetos necessários.

7 – PROCESSO PENAL, PROCESSO CIVIL, PROCESSO DISCIPLINAR

Impõe-se agora, como necessária, uma diferenciação conceitual entre processo penal e processo civil; e isto não tanto porque se dê a eventualidade ou a possibilidade de uma ciência processual unitária (problema já examinado), mas porque importa individuar as notas comuns e aquelas diferenciais entre os dois processos.

Não é sobre o conceito de jurisdição que uma eventual demarcação pode ser assinalada, porque o poder jurisdicional na sua substância, é um poder unitário. É em relação ao objeto e em certas e determinadas regras de processo que uma diferenciação é achada e individualizada.

Diz-se, por vêzes, que tanto o processo civil quanto o processo penal têm como objeto uma *lide*, quer dizer, um conflito de interesses entre dois indivíduos que o juiz – em virtude do poder do qual está investido – é chamado a resolver. Mas, a tal respeito deve-se proceder com muita cautela, dada a necessidade de evitar graves confusões, sempre possíveis nesta matéria. O conceito de lide é um conceito típico do mundo privatístico, melhor ainda, do direito das obrigações onde há, ou houve, um inadimplemento contratual. Direi que o conceito de lide não se adapta ao ilícito extra-contratual a não ser em termos impróprios. Essa é a expressão de uma oposição de interesses de dois indivíduos a respeito de um bem capaz de satisfazer uma necessidade. Com isto o conceito revela também seu limite *edonístico*, que não pode exaurir tôda

série de problemas que podem formar objeto de um processo civil, enquanto, nêle, há questões nas quais tal aspecto utilitário não existe e, todavia, formam o objeto de discussão judiciária. Basta pensar em um processo civil de separação entre cônjuges por razões de infidelidade ou de injúria grave. De qualquer modo demos, então, como assentado que o objeto típico de um processo civil seja sempre uma lide entre particulares (mesmo o Estado pode assumir caráter privado em um processo civil). Todavia, é evidente que o interesse público seja de todo modo estranho à natureza da lide. O Estado como foi dito claramente – tem um interêsse na composição da lide *ne cives ad arma venitant*, não um interêsse interno na lide. Êle é titular do poder jurisdicional que compõe a lide, não do bem ou interêsse interno contestado por outro indivíduo. Esta posição é própria do privado sòmente. Podemos, assim, afirmar que, no processo civil, os interesses que formam o objeto da decisão judicial são interesses que não pertencem ao Estado, mas, entram na esfera patrimonial daquêles que são titulares ou portadores dêsses interesses.

A situação no âmbito de um processo penal é diversa. Aqui o Estado, por ser portador dos valôres supremos ético-político-jurídicos, não se pode considerar parte de uma lide com o réu. Êste se acha numa posição de absoluta preeminência, se bem que o exercício das funções processuais deva sempre levar em consideração os direitos de liberdade do réu, que representam o valôr primeiro de todo sistema social. O conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* não pode ser concebido no âmbito de uma lide privada onde se discute sôbre um bem econômico; ao contrário, é uma qualquer coisa que toca a própria razão e a possibilidade de uma convivência social, mesmo se as respectivas posições do Estado e do cidadão possam vir delineadas na medida do conceito de direito subjetivo (público). A liberdade individual, que está em

jôgo no processo penal, e um bem tão alto e importante que não se pode considerar objeto de uma lide. Estamos diante de um conflito, mas nem todo conflito é lide. Esta existe – em nosso entender – somente em um antagonismo entre posições opostas de gozo de dois indivíduos a respeito de um bem economicamente relevante. Uma lide – assim – poderá haver entre o ladrão e o roubado; nunca entre o ladrão e o Estado porque, aqui se trata de aplicar uma pena depois de se ter verificado uma culpa. A lide entre ladrão e roubado poderá surgir também no processo penal em caso de constituição de parte civil, mas não poderá ser elemento determinante para o processo penal.

O Estado tem no processo penal um interesse interno no conflito com o réu, desde que o crime ofende e compromete das condições mesmas de vida social da qual êle é a garantia. No processo penal o Estado tem, assim, um interesse externo e um interno na composição do grave conflito que mina a sociedade inteira: o primeiro está em função da titularidade do poder jurisdicional, o segundo em relação com a circunstância de que o Estado-administração é portador e garante daquelas exigências supremas ética-social-políticas que tornam concebível e possível uma vida ordenada da *polis* ou da *civitas*. Mas – como todos vêem – estamos bem em outro campo que não aquêle no qual se movimenta o problema do objeto do processo civil, o que quer dizer, de uma lide. A pretensão punitiva do Estado supera o conceito de lide não somente do ponto de vista da titularidade dos interesses, mas também em razão da natureza e da importância e significado dos mesmos.

Uma primeira ilação é dado tirar: estabelecida a natureza privatística dos interesses que compõe a lide civil, o princípio da *autonomia da vontade* do interessado deverá obter o máximo reconhecimento mesmo no quadro do processo civil dirigido à sua composição. Se a lide é

oposição de interesses privados e se estes são, pela sua natureza, disponíveis, mesmo a lide – objeto do processo civil – será considerada disponível. O processo civil, assim, é *disponível*, quanto ao seu objeto. E, também o direito de ação (condição da jurisdição) é disponível tratando-se, segundo a definição de *Chiovenda*, de um direito potestativo. Assim, em toda fase e grau do procedimento civil a vontade do interessado, se vontade de renúncia produzirá seus efeitos jurídicos e o processo se suspenderá. Entretanto, tudo isto não é concebível no processo penal. O objeto do processo mesmo, como matéria que diz respeito às próprias condições de vida da sociedade, não pode constituir objeto de um ato dispositivo das pessoas interessadas no processo. O direito subjetivo de punir é indispensável porque o interesse que é o seu conteúdo supera o interesse particular das partes. Trata-se de um interesse público que não pode ser objeto de contrato ou renúncia. A ação penal, que condiciona o exercício da jurisdição, antes de ser um direito do órgão da acusação (admitindo que o seja), se traduz no exercício de uma função pública e como tal é obrigatória. Falar de uma disponibilidade do objeto do processo penal ou do próprio procedimento penal e ir contra a própria natureza das coisas. Todo o procedimento penal é assim dominado pelo *princípio da indisponibilidade*. Tal característica vem a faltar, unicamente, em matéria de impugnação, porque a parte interessada (Ministério público ou réu) é deixada livre para valorizar os limites da própria condenação, perda, submetendo os fundamentos da sentença a um novo exame. Mas, isto é admissível somente dado o pressuposto de que haja, nesse caso, uma sentença que tenha decidido sobre um negócio penal em termos de obrigatoriedade e de indisponibilidade, deixando assim admitir, a respeito dos fundamentos não impugnados, a perfeita correspondência entre decisão concreta e vontade abstrata da lei. Na realidade, se em grau de re-

curso não fosse consentido às partes a delimitação do objeto da contenda, deveríamos renunciar aos recursos ou os tornaríamos praticamente impossíveis através de uma tumultuada devolução completa dos problemas, absolutamente inútil, e mesmo danosa se estes são já corretamente resolvidos.

Processo penal e processo civil divergem entre si também quanto aos que tomam parte no processo. O processo civil é dominado pelo conceito de parte, que é expressão ulterior da autonomia que o caracteriza. A parte é, sob o perfil substancial, o titular do interesse em conflito, enquanto, do ponto de vista formal, é parte quem pede, no próprio nome, uma determinada atuação ao juiz. Mas está claro que o conceito de parte somente pode ser plena e justamente entendido se vier colocado em termos substanciais; o que é inconcebível no processo penal, pois nenhum indivíduo que reclama um procedimento do juiz é propriamente titular do interesse do qual deseja a tutela. Mesmo a liberdade do réu é vista *sub specie civitatis* porquanto é interesse da comunidade, antes ainda que do cidadão, que a liberdade individual tenha de ser tutelada nos termos mais rigorosos. A natureza publicística do processo penal não consente que se possa dar da “parte” uma explicação de fundo privatístico, sob pena de uma intransponível contradição da substância. O termo “de parte pública” com o qual o Código qualifica o Ministério público é de todo impróprio, a menos que não se queira considerar “parte pública” também o réu (antagonista lógico). Mas, com isto está evidente que o termo foi desnaturado. Quem desempenha uma função pública (acusação ou defesa) não pode ser qualificado em termos de autonomia individual, seja substancial ou processual.

Uma diferença entre processo penal e processo civil vem frequentemente sublinhada no tema de prova. E, sem dúvida, nesse delicado setor há diferenciações de es-

trutura: delas, porém, não é lícito – em nosso parecer – deduzir conclusões arbitrárias. E explico-me: Se o processo – qualquer que êle seja – deve ser instrumento de justiça, deve, quanto aos resultados, ser a expressão de uma verdade verificada. O processo fora da verdade não tem sentido. Dizer que o processo civil tende à verdade legal ou formal, enquanto o penal visa decisivamente e sòmente à verdade substancial, não pode deixar de ser uma, isto é, à *verdade*, o que equivale a dizer, a perfeita correspondência entre juízo e coisa ou situação julgada. São sòmente os meios que podem variar para o fim de chegar-se à verdade; e, de fato, processo penal e processo civil têm a sua disposição meios freqüentemente diversos visando a um único fim. A verificação da verdade no processo civil pode ser muitas vêzes facilitada por regras ou limitações probatórias estabelecidas pelo legislador para evitar ao juiz estafar particulares. As presunções, que freqüentemente são abundantes no direito e no processo civil, quando são absolutas, são tais de modo a não consentir ao juiz substituir ao convencimento do legislador o próprio convencimento pessoal acêrca da existência do fato que diretamente não pode ser provado. Mas, isto é querido porque o legislador conhece bem a regra da experiência que liga entre si o fato conhecido (indício) e o fato desconhecido, que é a finalidade da busca processual. Temendo que o juiz se possa enganar acêrca da interpretação e aplicação da regra da experiência em situações de grande relêvo social (ex. presunção de paternidade), o legislador assume também o risco de um êrro judiciário uma vez que aquelas relações ou aquelas situações estão disciplinadas de maneira uniforme para fins de segurança jurídica. Êste risco, todavia, não pode ser assumido no processo penal, onde estão em jogo a vida e a liberdade de um homem. Se mesmo a presunção é desejada para facilitar ao juiz a procura da realidade, no processo penal o convencimento do magistrado deve ser dei-

xado completamente livre relativamente ao mérito de uma prova. Se em um tempo, mesmo sob o perfil da prova privilegiada ou legal, o processo penal se modelava pelo processo civil, hoje, isto não é mais concebível, sobretudo em relação à atmosfera cultural mudada, que não concebe o sacrifício da pessoa humana, onde não resulte sua culpabilidade, sôbre a base de livres provas, de um convencimento seguro.

Mas, é sobretudo sob outros perfis que, em tema de prova, processo civil e processo penal divergem entre si. No processo civil, desde que o objeto é disponível à vontade das partes, também a prova dos fatos dos quais dimana a pretensão jurídica está entregue à discricção das partes. *Iudex debet judicare secundum alligata et probata partium*. A autonomia da vontade privada se manifesta soberana mesmo no campo da prova. O juiz não pode usar de uma prova que não foi indicada pelas partes interessadas. Estas, a respeito, têm a iniciativa e a exclusividade. Se o objeto é delas, também a prova do mesmo objeto fica à sua discricionariedade. Se, permanecem inativas, o juiz civil deve tirar as conclusões relativas, repelindo o pedido do autor à execução do réu. Êle não se pode substituir à inatividade das partes. A estas incumbe o *onus da prova*, no sentido de que devem fazer um esforço processual se não desejam incorrer em uma desvantagem como conseqüência da rejeição de um pedido seu. No processo penal tudo isto não existe. O juiz penal não sômente pode examinar e calcular o valôr de tôdas as provas que acredita em condições para a formação do próprio convencimento (não há limitações ou exclusões de prova, exceção feita para o caso previsto no art. 308 do Código de Processo Penal), mas pode-se sempre substituir à inatividade das partes processuais em caso de sua inércia. Não existe um ônus de prova (pelo menos em sentido formal) no processo penal: o juiz é o *dominus* da prova no sentido mais completo de palavra. Se uma dú-

vida malgrado todo o esforço – fica ainda na sua mente, deverá o juiz julgar *pro reo et civitatem*. E, é para evitar essa conclusão que o Ministério público tem todo interesse em mostrar-se ativo relativamente à prova de modo que nenhum fato constitutivo ou modificativo ou extintivo da pretensão punitiva venha a ficar incerto. A decisão sobre um fato incerto não poderá deixar de ser a mais favorável ao réu. Se é lícito tirar uma conclusão, podemos então bem dizer, que a alma do processo civil é a disponibilidade do objeto, dada a natureza privatística dos interesses que gravitam em torno dele, enquanto todo o processo penal está baseado sobre o critério oposto da indisponibilidade. O fato de poder haver exceções ao rigor de tal afirmativa, a propósito de alguns tipos de processo civil inquisitório, não inflinge, mas antes convalida o princípio afirmado.

O *processo disciplinar*, diferentemente do processo penal e civil, não tem caracteres jurisdicionais, mas administrativos. Ele é dominado pela presença de um órgão que, não estando incorporado ao poder jurisdicional, é a expressão do poder executivo ou administrativo. É – em outras palavras – a administração pública que é juiz em causa própria. Essa é ao mesmo tempo “parte”, quando ofendida pelo comportamento de um funcionário público, e “juiz” quando, através dos próprios órgãos, conhece e julga o próprio comportamento lesivo de seus interesses. É bem verdade que há formas processuais que devem ser observadas mesmo no procedimento disciplinar; todavia, não é delas mesmas que se deduz a natureza da função explicada. Essas são uma garantia para o funcionário “réu”, mas não fazem mudar a natureza da atividade da administração pública que age.

O pressuposto do processo disciplinar administrativo consiste – como é bem sabido – na violação de um *dever específico* de fidelidade à administração pública, o qual

dimana de uma particular relação de subordinação que liga um indivíduo à própria administração.

Enquanto o crime viola um dever genérico de fidelidade e supõe, em consequência, uma relação genérica de subordinação, o ilícito disciplinar, embora ilícito na categoria, não lesa ou compromete um bem ou um interesse de tãda a *polis*, mas, compromete, sòmente, a eficiência dos serviços administrativos e o prestígio do Estado ou de outro ente público. O ilícito disciplinar, objeto do procedimento disciplinar, não é um ilícito “típico” embora haja formas típicas de tal ilícito. Tãda perturbação da função administrativa como consequência de um comportamento incorreto do funcionário pode constituir ilícito disciplinar. Disto deriva a margem de discricionariiedade neste setor. Mesmo o processo disciplinar tem um certo caráter discricionário, porém não arbitrário, no sentido de que sua instauração é fruto de uma avaliação acêrca da conveniência de proceder para fins de melhor tutela dos interesses da administração pública, ponto central de referência de tãda atividade processual-disciplinar. E, é por isto que a decisão final pode – se fôr o caso – ser revogada; o que, òbviamente, é inconcebível para uma sentença penal.