

## O PROCESSO PENAL E O CONTO DE FADAS<sup>1</sup>

*“Havia uma vez três irmãs que tinham em comum, pelo menos, um dos seus progenitores. Elas se chamavam a ciência do direito penal, a ciência do processo penal e a ciência do processo civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram mais belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência infelizes. Com a primeira teve que dividir durante muito tempo o mesmo quarto; e aquela terceira irmã manteve o bom e o melhor.”<sup>2</sup>*

Não é de hoje que se lê e se ouve, vez por outra, afirmação segundo a qual seria possível, dentro da teoria geral do direito, falar-se em uma teoria geral do processo, como se fora possível alinhar-se o processo civil e o processo penal, algo absolutamente inconcebível; vê-se isso, inclusive, e muita vez, em sentenças e acórdãos; e em grande parte da doutrina do processo civil, exigindo-se que a todo tempo seja confrontada essa manipulação epistemológica, a fim de que se promova paulatinamente a desconstrução da ideia de que existiria uma teoria geral do processo.<sup>3</sup>

Trata-se, como se verá, e com todas as vênias, de um equívoco recorrente, fruto que é de um certo desconhecimento (teórico e prático) acerca do objeto e do conteúdo do processo penal.

Com efeito, o direito processual civil tem conteúdo e objeto próprios, que o fazem distinguir-se substancialmente do direito processual penal (que se sustenta a partir de uma pretensão acusatória, e não meramente punitiva, aliás), motivo pelo qual não é possível importar categorias, princípios e regras do processo civil para processo penal, sob pena de se fazer uma verdadeira e odiosa “processualização civil” do processo penal como, aliás, vê-se amiúde, especialmente em nossa jurisprudência criminal, inclusive em decisões da Suprema Corte (referindo-se, por exemplo, a poder geral de cautela do juiz penal).

O Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho foi um dos primeiros processualistas penais brasileiros – ao lado de Rogério Lauria Tucci – a apontar esse

<sup>1</sup> Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 15.

<sup>3</sup> Às vezes essa estratégia é tão bem sucedida que o legislador acaba por sucumbir à tentação de “colonização” do processo penal; veja-se, por exemplo, que a Lei nº. 13.964/19 (o pacote anticrime), ao acrescentar o art. 3º.-A à Lei nº. 12.850/13 (que trata das organizações criminosas), fez referência ao acordo de colaboração premiada como sendo (também) um negócio jurídico processual, quando se trata, tão-somente, de mais um meio de obtenção de prova, como a busca e apreensão, por exemplo.

grosseiro e recorrente equívoco, denunciando “o mau vezo de se querer impor uma teoria geral do direito processual que, para nós – há de se insistir –, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmesuradamente, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao direito processual do trabalho. Por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de conseqüência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre Direito Processual Penal e Direito Processual Civil o princípio unificador, o sistema e o conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma Teoria Geral do Processo plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no Direito Processual Penal naturalmente. Urge, portanto, uma teoria geral do direito processual penal arredia à falta de ensanchar da teoria geral do direito processual civil, pelo menos para poder-se ter uma base mais coerente no momento de uma reforma que pretenda não ser só de verniz.”

Continua ele: “Pior, porém, é o que se passa com a doutrina nacional, alienada em relação a problema do gênero, como sucedeu, por infelicidade – não se pode crer em outro fundamento – com José Frederico Marques, o primeiro grande escritor, no Brasil, de um direito processual penal que queria superar a base praxista da ritualística de antes da polêmica Windscheid versus Muther e, por isso, ajudou a formar toda uma geração de processualistas que, não se dando conta das raízes espúrias do ramo, não poucas vezes pregam uma democracia processual com um discurso fundamentalmente antidemocrático. Assim, não é fácil evoluir; não é fácil avançar na direção da concreção da democracia processual; não é possível proceder ao necessário corte epistemológico; e as mudanças – qualquer uma – tendem a manter, como sugeriu Lampedusa, tudo como sempre esteve.”<sup>4</sup>

Mesmo autores de processo civil, como Ovídio Baptista da Silva, posicionaram-se contrários à teoria unitária do processo: “Não convencem, entretanto, as razões alinhadas em prol da construção de um conceito unitário, bem como da elaboração de uma teoria geral adequada tanto ao processo civil como ao processo penal. Muitos doutrinadores que defendem tal unidade se contradizem logo de início. Os próprios doutrinadores que defendem a unidade fundamental do processo ressalvam a identidade própria dos respectivos ramos, o que, a rigor, encerra uma contradição; a não ser que entendamos esta unidade em termos extremamente finalísticos, mas, então, cair-se-ia no plano da teoria geral do direito. O direito processual civil, como o direito processual penal, juntamente com todos os demais ramos da ciência jurídica, constituem uma vasta unidade, um conjunto harmônico de normas coordenadas, cuja independência, entretanto, deve ser respeitada.”<sup>5</sup>

Em definitivo, processo penal trata-se de um saber, dentro do direito, distinto do processo civil, com diferenças de fundo, e não somente meras peculiaridades, como costumam afirmar os adeptos da teoria unitária ou da teoria geral do processo.

---

<sup>4</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 23 de abril de 2015.

<sup>5</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 38-40.

Mas, infelizmente, como afirma Aury Lopes Jr., “no processo penal – especialmente entre os adeptos da teoria geral do processo – é recorrente a transmissão mecânica de categorias do processo civil sem maior reflexão.”<sup>6</sup>

Fora do Brasil – e já no começo do século passado - Eugenio Florian apontava a contradição de uma teoria geral do processo, sendo, para ele, 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.”<sup>7</sup>

Mesmo conceitos, institutos ou categorias jurídicas dotadas de um certo grau de abstração, e por isso suposta e igualmente aplicáveis ao processo civil e ao processo penal - como o “direito” de ação e lide - não encontram lugar adequado no processo penal, salvo num esforço epistemológico hercúleo, e nem sempre exitoso.

Aliás, para o próprio Carnelutti, “lide é conflito que deflagra em um contraste de vontades, portanto, um modo de ser do conflito de interesses, e pretensão é a exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio.”<sup>8</sup> Ora, evidentemente, não se pode identificar no processo penal algo que se assemelhe à lide carneluttiana; e ele sabia disso, como se nota da metáfora da *Cenerentola*, epígrafe desse texto.

A propósito, entre nós, um dos primeiros a desafiar o conceito de lide no processo penal foi Rogerio Lauria Tucci, que considerava “inaceitável” o conceito civilístico de pretensão para o processo penal; segundo ele, “apresentando-se ela (a pretensão) como elemento caracterizador da ocorrência de lide – seja pela resistência oposta pelo sujeito passivo da relação jurídica, cuja definição constitui a meta do processo extrapenal de conhecimento; seja pela insatisfação do direito neste reconhecido, ou reconhecível, dada a omissão ou, mesmo, atuação da parte vencida ou demandada -, é, igualmente, irrelevante no âmbito do processo penal, para cuja existência se mostra suficiente a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, a norma penal material.”<sup>9</sup>

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva: 2012, p 363.

<sup>7</sup> FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Barcelona: Bosch Editorial, 1933, pp. 20-23.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999, pp. 108/109.

<sup>9</sup> TUCCI, Rogerio Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 35.

Daí porque Tucci não admitia, ao menos como significativa, a litispendência no processo penal, preferindo fazer referência a causa pendente, em razão da impropriedade e da irrelevância do conceito de lide para o processo penal.

Também Eugenio Florian criticava a existência da lide no processo penal, afinal, “a realidade é que no processo penal não há debate sobre dois interesses, pois o interesse é um só: a determinação da verdade, em torno da qual pode surgir ou não a controvérsia. Em todo caso, pode dar-se, se se quer contenda entre as partes; mas não de interesses, já que estes (à exceção dos patrimoniais da vítima) não são susceptíveis de disposição no processo penal. Se houvesse lide, só poderia ser entre o Ministério Público e o acusado. Mas, ainda assim, o conceito de lide repugna a estrutura e os fins do moderno processo penal e suas tendências atuais.”<sup>10</sup>

Exatamente por isso, Jacinto Coutinho afirma ser inaceitável no processo penal o conceito de lide para estabelecer o conteúdo do processo penal, preferindo-se a expressão caso penal,<sup>11</sup> controvérsia penal (Florian) ou causa penal.

Por fim, como mais um exemplo da inadequação do processo civil ao processo penal, cita-se a questão da carga da prova, repetindo-se a velha e repassada regra do processo civil, aliás, que encontra refúgio no nosso velho Código de Processo Penal que, como se sabe, deita raízes históricas e indelévels no processo penal de modelo inquisitivo, concebido que foi sob os influxos autoritários do Estado Novo e do fascismo italiano de Manzini, dos irmãos Rocco, etc.

Neste aspecto, via de regra, enfrenta-se o tema exclusivamente sob a ótica de um processo em que não se imputa a alguém a prática de um fato típico, antijurídico e culpável (além de punível), olvidando-se do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

A propósito, Michelli, após citar as obras de Bettiol e Saraceno como decisivas para uma mudança de paradigma nesta questão, afirma que, diferentemente do processo civil, no processo penal “à acusação incumbe a prova positiva da inexistência dos fatos que excluem o delito. Consequentemente, o Juiz deverá absolver, quando não tenha provas suficientes de que o acusado cometeu o fato que lhe foi atribuído, e também deverá absolver quando falem provas suficientes para excluir, por exemplo, a legítima defesa.”<sup>12</sup>

Neste sentido, Giuseppe Bettiol, muito influenciado pela doutrina germânica, foi um dos responsáveis na Itália pela revisão da doutrina clássica acerca da distribuição da prova no processo penal, fato observado também por Michelli.<sup>13</sup>

Com efeito, para Bettiol, “é sobre o Ministério Público que recai todo o peso do ônus da prova no processo penal. Isto no sentido de que ele é chamado a demonstrar (se pretende eliminar da mente do juiz todo o resíduo de dúvida) a realidade dos fatos constitutivos da pretensão punitiva (o acusado de crime de furto subtraiu efetivamente uma coisa móvel de outrem) e a inexistência de fatos impeditivos (não se verificou a favor do réu o estado de

---

<sup>10</sup> Obra citada, pp. 24-25.

<sup>11</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 152.

<sup>12</sup> MICHELLI, Gian Antonio. **La Carga de la Prueba**. Bogotá, Colombia: Temis. 2004, pp. 241-242.

<sup>13</sup> Obra citada, p. 238.

necessidade que justificaria o delito de furto): isto é, todo o complexo dos pressupostos, elementos, condições e circunstâncias que tornam possível a aplicação da pena.”<sup>14</sup>

Também Julio Maier, mestre argentino recentemente falecido, já afirmava que “a carga da prova da inocência não cabe ao acusado; ou, de outra maneira, a carga de demonstrar a culpa do réu é do órgão acusador; toda a teoria sobre a carga probatória não tem sentido no processo penal. O acusado não tem necessidade de provar sua inocência, já presumida de antemão pela presunção que o protege; mas antes, quem o condena deve desconstruir completamente essa posição, chegando à certeza da prática de um ato punível.”<sup>15</sup>

Dentre os autores brasileiros, destaca-se, mais uma vez, Aury Lopes Jr.: “Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que a defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.”<sup>16</sup>

Na mesma linha, em obra de fôlego, escreveu Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

“Não se pode confundir o ônus da prova com interesse em provar determinado fato. O acusado não tem o ônus de provar a existência da excludente de ilicitude, nem mesmo o ônus de gerar dúvida, mas tem interesse em provar a sua ocorrência. Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, que somente deve ser utilizado no momento decisório, ante a dúvida do juiz sobre fato relevante, é evidente que o acusado tem interesse em provar que a excludente efetivamente ocorreu. Demonstrou a existência da excludente, a sentença será absolutória, não sendo sequer necessário recorrer às regras sobre ônus da prova. Este interesse, contudo, não se confunde com ônus de provar. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a ocorrência da excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir a dúvida sobre sua ocorrência – o que significa que o acusador não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar plenamente a inoocorrência da excludente -, a consequência será absolvição. Em tal caso, fica claro, portanto, que o acusado tinha interesse em provar, por exemplo, a legítima defesa, mas isto não significa que tivesse o ônus de demonstrar a ocorrência da excludente de ilicitude.”<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa: “No Processo Penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer fato — mesmo quando objeto com um alibi, ainda que não comprovado o alibi, tal situação não repercute no seu *status* inicial de inocente. Compete ao autor da ação penal a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato (cuja aceitação aqui é meramente circunstancial).”<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 299.

<sup>15</sup> MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal – Fundamentos – Tomo I**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 507.

<sup>16</sup> Obra citada, p. 551.

<sup>17</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 319.

<sup>18</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>. Acessado em 23 de maio de 2015.

Enfim, e para concluir, não se deve olvidar que o processo penal é, sobretudo, e para além do processo civil, um meio pelo qual se procura evitar que o poder punitivo “converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa.”<sup>19</sup>

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 319.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 299.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999, pp. 108/109.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 152.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em: 23 abr. 2015.
- FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Barcelona: Bosch Editorial, 1933, pp. 20-23.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva: 2012, p 363.
- MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal – Fundamentos – Tomo I**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 507.
- MICHELLI, Gian Antonio. **La Carga de la Prueba**. Bogotá, Colombia: Temis. 2004, pp. 241-242.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria da Perda de uma Chance probatória pode ser aplicada ao Processo Penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>. Acessado em 23 mai. 2015.
- SILVA. Ovídio Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 38-40.
- TUCCI, Rogerio Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 35.

---

<sup>19</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25.