

DA CORRELAÇÃO ENTRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL E O DIREITO PENAL

Prof. LUÍS CRUZ
(Livre docente de Direito Penal)

No âmbito do direito civil, é princípio assente, na doutrina, às vezes expresso na própria legislação (1), que a todo o direito corresponde uma ação que o assegura. Donde concluir CLOVIS: “Não há direito sem ação”. (2)

Mesmo no campo do direito penal, em que se admite como uma conquista dos povos amantes da liberdade o princípio da legalidade, revelado no direito penal positivo através do *nullum crimen nulla poena sine lege* (3), poder-se-á dizer, analógicamente, que a todo delicto corresponde uma ação penal. Daí Direito Penal e Direito Processual Penal.

(1) — Código Civil, art. 75.

(2) — “Código Civil Comentado”, 6a. ed. I, 317.

(3) — Tem havido entre alguns estados totalitários uma acentuada tendência para a abolição desse princípio, ao qual, segundo já observava HIPPEL, citando uma frase de BERNER, “só o despotismo estaria disposto a renunciar” (*Apud MEZGER*, “Tratado de Derecho Penal”, 2a. ed. I, 143, nota).

Deve-se a BENTHAM a classificação das leis em substantivas e adjetivas (4), as primeiras também chamadas materiais e, por vezes, teóricas, e, as últimas, formais ou processuais, aquelas tendentes a regular direitos e obrigações, estas a fazê-los efetivos (5). Ou, com diz MARTINEZ SILVA, “las primeras son las reglas sobre la propiedad, contratos, sucesiones, etcétera, y las segundas, los medios de aplicación para que aquellos

(4) — Embora hoje consagrada e aceita, essa classificação não escapou à crítica. Vea-se, a propósito, o que sobre a mesma observa VICTOR B. RIQUELME, professor de Direito Processual Penal, na Faculdade de Direito da Universidade de Assunção, em sua obra “Instituciones de Derecho Procesal Penal”, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946, pág. 36: “LÓPEZ MORENO dice que BENTHAM, aplicando al derecho conceptos de la gramática, calificó de adjetivas estas leyes, y este calificativo, puesto de moda por la rutina, ha contribuido, no poco, a la especie de apartamiento desdenoso en que muchos se mantuvieron y mantienen respecto del estudio de esta importantísima rama de las ciencias jurídicas. Sabido es, dice el autor citado, que en sentido gramatical, substantivo es el nombre que espresa la substancia, y adjetivo el que enuncia cualidad o modo de ser de esa misma substancia. Sin ahondar mucho en la materia, parece como que lo substantivo es algo esencial y permanente, y lo adjetivo accidental y transitório. De aqui al calificar de *adjetivas* a las leyes procesales, el jurisconsulto inglés y sus secuaces, les hayan atribuido caracter efímero y de accidentalidad, en lo cual precisamente está el grave error, generalizado entre los jurisconsultos. En primer lugar se observa, al estudiar la cuestión a la luz de la filosofía, que las cualidades no son meros accidentes en la substancia, sino diversos modos de ser de esa misma substancia, estados últimos de ella. Por conseguinte, ni en sentido gramatical, ni en sentido filosófico, hay en la ley procesal llamada adjetiva y las demás leyes, llamadas *substantivas*, la relación que existe entre las substancias y sus cualidades, no pudiéndose, sin incurrir en notoria inexactitud, aplicarles semejantes calificativos”.

(5) — RIQUELME, ob. e loc. cit.; CLOVIS, “Teoria Geral do Direito Civil”, 2a. ed. 1929, pág. 15.

principios vengán a formar un cuerpo, es decir, la organización judicial y los medios de procedimiento". (6).

O Direito Penal, como norma jurídica, define os crimes, comina penas e estabelece medidas de segurança. É energia potencial, força criadora. Direito substantivo.

O Direito Processual Penal fixa as normas que objetivam a prova da existência do crime e a identificação de sua autoria, para a imposição da pena. É energia dinâmica, movimento propulsor. Direito adjetivo.

São galhos de um mesmo tronco, duas forças que se equilibram. Eis porque MANZINI entende que o último "regula a atividade dirigida à comprovação das condições que fazem aplicável em concreto, o direito penal substantivo" (7) e UGO CONTI, citado por VICTOR B. RIQUELME (8), "cree que el Derecho penal se completa con el Derecho formal, merced al cual lo abstracto se convierte en concreto".

Não admira, pois, que "La IV Conferência argentina de abogados, ha declarado que "la ley procesal penal es científicamente inseparable del Código Penal, del cual es complemento indispensable e inderogable" (9), e que ROBERT VOUIN também apregoi que "Droit pénal et procédure pénale sont inséparables, — à tel point que plus d'une allusion à la procédure pénale a dû être faite dans l'exposé du droit pénal proprement dit" (10).

(6) — "Tratado de Pruebas Judiciales", Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 22.

(7) — "Trattato di Diritto Processuale", I, 68|9.

(8) — Ob. cit. *in loc. cit.*

(9) — Cfr. Aut. e ob. cits.

(10) — "Manuel de Droit Criminel", Paris, 1949, n. 377, pág. 281.

Assim, o Direito Civil, igualmente, seria lei substantiva. O Direito Processual Civil, lei adjetiva.

É interessante, porém, frisar que há quem sustente, talvez mais por comodismo do que por convicção, sem o devido exame do assunto, que não existe correlação entre o Direito Processual Penal ou Direito Judiciário Penal e o Direito Penal, argumentando (se isso constitui argumento) que o Direito Penal é direito substantivo e o Direito Processual Penal, direito adjetivo.

Que esse simplório raciocínio pudesse se adotar no estudo das relações entre o Direito Civil e o Direito Processual Civil ainda se justificaria, pela conclusão, embora para esta não constituísse premissa certa, pois a razão da conclusão seria outra, a de que, como adverte o citado ROBERTO VOUIN, professor da Faculdade de Poitiers (11) “l’application d’une règle de droit civil n’exige pas nécessairement un procès”, enquanto, “au contraire, l’application de la règle pénale suppose une instance pénale”.

Assim, ao revés, podemos dizer, sem receio, que entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal existe íntima relação, e, talvez, mais íntima que entre o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, com o qual mantem, indiscutivelmente, muitas afinidades, teóricas e práticas, embora “poseen una indiscutible personalidad que los independiza entre sí como especies distintas de un sólo género” (12), sobre o que “un examen más atento hace reconocer bien pronto graves diferencias entre ellos” (13).

(11) — Ob. cit. *in loc. cit.*

(12) — ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO, “Derecho Procesal Penal”, I, 80.

(13) — MITTERMAIER, “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, Madrid, 1929, pág. 45.

Sem dúvida, aquele raciocínio poderia ser lembrado, mas para demonstrar, exatamente, o inverso do que se pretende ali, porque, mesmo *á vol d'oiseau*, superficialmente, sem maior estudo, atendendo-se apenas para o facto de que “em sentido gramatical, sendo o substantivo o nome que indica a substância e adjetivo o que enuncia a qualidade ou modo de ser dessa mesma substancia”, donde parecer que o substantivo é algo essencial e permanente e o adjetivo accidental e transitório, logicamente, em vez de se dizer que não há relação entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal porque aquele é direito adjetivo e este substantivo, devia-se *a contraria sensu*, afirmar que, precisamente por isso, aqueles dois ramos do direito circundam matérias correlatas, dependentes entre si.

Contudo, apesar de reconhecermos com INOCENCIO BORGES DA ROSA, que “a relação entre o Direito Penal Substantivo e o Direito Processual Penal é tão íntima que existem vários institutos jurídicos sôbre os quais se acham em dúvida os autores se pertencem a um direito ou a outro” (14), não queremos, daí, arrematar, com o mesmo autor, que “as relações mais íntimas do Direito Processual Penal são, naturalmente, com o Direito Penal, *por ser accessório deste*. (O grifo é nosso) (15).

Por certo, não queremos incorrer na crítica de LÓPEZ MORENO (16), em atribuir ao Direito Processual Penal caráter meramente efêmero e accidental, nem cair no extremo oposto, como fez PRIETO CASTRO, catedrático e vice-decano da Faculdade de Direito de Madrid, apregoando que “el contenido

(14) — “Processo Penal Brasileiro”, ed. Globo, 1942, I, 41.

(15) — Ob. cit. pág. 31.

(16) — “Procedimiento Civil y Criminal”, I, 33.

del proceso penal enseña que nada hay entre las creaciones de la civilización más preeminente que él”, para concluir com entusiasmo extasiante que “gracias a él se desenvuelve y vive el gênero humano, siendo como la defensa última y la prenda de seguridad sin las que nadie podría subsistir y todos podrian perecer” (17).

Entendemos, com EUSEBIO GOMEZ (18), que “existe un derecho penal propriamente dicho, llamado, también, derecho penal substancial, y un derecho penal procesal o formal. Ambos son ramas de um mismo tronco y constituyen manifestaciones de la acción defensiva contra el delito que al Estado corresponde en ejercicio de los poderes inherentes a la soberania”.

Esses ramos, porém, que se encontram, lado a lado, na Enciclopedia das Ciências Penais (19), apesar de entrelaçados de tal maneira “que nas primeiras elaborações científicas da-quele vemos formando um só corpo de doutrina”, como no “Lehrbuch”, de FEUERBACH (1801), “no qual o processo penal é exposto como parte pragmática do direito penal”, e nos “Elementa juris criminalis”, de CARMIGNAI (1863), “onde se trata dos giudizi criminali”, orientação que chegou a ser seguida pelos tratadistas franceses que, “sob a denominação de direito criminal, compreendem o direito substantivo e o formal criminal” (20), possuem configurações próprias, normas peculiares, facetas distintas, sem cujo desenvolvimento não teria sido possível constituirem matérias autônomas. (21)

(17) — Do Prólogo, na obra citada de ENRIQUE JIMENEZ ASENJO.

(18) — “Tratado de Derecho Penal”, ed. 1939, Buenos Aires, I, 92.

(19) — Cfr. JIMENEZ DE ASUA, “La Ley y el Delito”, Editorial “Andrés Bello”. Caracas, pág. 25.

(20) — GALDINO SIQUEIRA, “Tratado de Direito Penal”, I, n. 15, pág. 32

(21) — Não se vá entender autonomia aqui no sentido absoluto, nem

Eis porque EUSEBIO GOMEZ acrescenta que “sin embargo deben ser diversificados. El derecho penal, en sentido estricto, concreta la noción del delito y determina sus consecuencias. El derecho penal procesal sanciona las normas a observarse por la autoridad jurisdiccional competente para establecer la efectiva perpetración de un delito y la determinación de sus autores, a objeto de que sean aplicadas, con las debidas garantías sanciones estatuidas por el derecho penal sustantivo. Es, en términos más simples, el derecho que regula el desenvolvimiento del processo penal”. (22).

Certamente, podemos conceber um Direito Penal, nos primórdios de sua formação, sem um Direito Processual Penal, como, por exemplo, quando a pena é aplicada diretamente pela autoridade que a decreta, mas, mesmo na sua formação o Direito Processual Penal surgiu em razão daquele, em função do qual ainda subsiste. E, assim, se o *nullum crimen, nulla poena sine constitui* como que a Carta Magna do Direito Penal para a civilização democrática, o *nulla poena sine iudicio* representa o seu complemento indispensável, e, como também considera JIMENEZ ASENJO, o fundamento próprio e natural do Direito Processual Penal. No entanto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal dispõem de características próprios, contornos específicos, sistemáticamente diferenciados, cada qual dentro de sua órbita de ação. Aquelle estuda o crime, estuda a pena, o próprio delinquente. Este, embora como um *modus operandi* daquele,

tampouco num sentido muito estreito, como quando se diz “que nada es totalmente autónomo, sino que todo se encuentra subordinado a todo y necessita de ello para ser y vivir, no obstante contemplar a cada especie independiente y como abstraída de aquella dependência general propria, por sus caracteres específicos”. (ASENJO, ob. cit. 12).

(22) — Ob. cit. *in loc. cit.*

estuda o modo de ativar a ação da justiça, buscando dentre os problemas referentes ao processo para a boa e justa aplicação da lei penal os que melhor se coadunam com os princípios morais da coletividade, de molde a que o criminoso seja punido mas com as garantias amplas que lhe oferecem o direito de defesa e a observância das formas processuais mais adequadas ao descobrimento da verdade. Nesse vasto campo de ação existe uma gama de problemas a resolver que independem do estudo do Direito Penal, em si, mas que não são inerentes ao Direito Processual Penal, *per se*.

Mas, nem por isso, como vimos, pode dizer-se que as duas disciplinas não têm afinidades entre si, e afinidades bem estreitas.

ASUA não formaria ao lado daqueles. Escreve ele: “En su origen, el Derecho penal estaba integrado, no sólo por las leyes materiales, sino también por las de carácter procesal. Pueden verse al respecto los famosos libros de FEUERBACH, GROLLMANN y CARMIGNANI. En la actualidad conservamos todavía penalistas y procesalistas algunas zonas comunes, como la “acción” que ciertos códigos, como el argentino, incluyen en su texto, y las causas por las que se extingue la pretensión penal, que algún eminente autor, como ALIMENA, consideraba propias del Derecho procesal criminal y no del Derecho punitivo” (23).

Podíamos, outrossim, lembrar a questão da fiança criminal (24) que, não obstante, em doutrina, haja quem sustente, como CLODOALDO PINTO, que “como os demais institutos de Direito, tem a sua parte substantiva e a sua parte processual”, degladiam-se, no entanto, autores de renome sobre se esse instituto constitui efectivamente matéria de direito substantivo ou de di-

(23) — Ob. cit. 22.

(24) — Mais tecnicamente devia ser chamada caução.

reito adjetivo, daí pugnarem uns pela sua colocação no Código Penal e outros no Código do Processo Penal.

O assunto, para nós, ao tempo em que não tínhamos unidade de processo, era de suma importância pelos seus efeitos, pois, só a União podia legislar sobre direito substantivo, mas, mesmo com a unidade de processo, não deixa de ter validade, mormente para o tema que discutimos.

Assim, era a Consolidação das Leis Penais que regulava o instituto da fiança (art. 406), sobre o qual CLODOALDO PINTO discorreu em magnífica tese (25), com que conquistou a cátedra de Direito substantivo que hoje ocupa (1.ª cadeira de Direito Penal), na Faculdade de Direito do Ceará.

Contudo, hoje, embora com o pesar de BENTO DE FARIA, é o Código do Processo Penal que tomou a si a incumbência de tratar da matéria, até então prevista na Consolidação. O Código Penal cedeu-a sem arreganhos.

Em conclusão. Se como reza o adágio alemão lembrado por BINDING, lei penal sem a pena é campainha sem badalo, podemos dizer que Direito Processual Penal sem Direito Penal é o mesmo que movimento sem dinâmica, função sem energia.

(25) — “Inafiançabilidade em Direito Punitivo”.

.....
“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito”.

.....

CARLOS MAXIMILIANO — “Hermenêutica e aplicação do direito”