

Quando a “Cinderela” do processo penal ganha novas roupas?



Aury Lopes Jr.
Advogado

**Alexandre
Morais da Rosa**
Juiz de Direito - SC

Como se pode preparar o processo penal para vestir as novas

roupas do processo civil? Defendemos a superação da Teoria Geral do Processo^[1], mediante a construção de roupas próprias do processo penal, quem sabe utilizando-se da metáfora da “Cinderela”, indicada por Carnelutti, pela qual a dogmática crítica precisa dialogar e estabelecer a especificidade do processo penal^[2], dado o caráter público (de liberdades) que opera.

Aury Lopes Jr^[3] descreve: “Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se 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 demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções. (...) O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. (...) O problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável”.

Deve-se superar a noção de “lide”, das imaginárias incidências de todas as categorias do processo civil, reconhecendo, todavia, a aproximação. Não se rejeita o processo civil, mas se ganha autonomia. Por exemplo, não se pode falar em poder geral de cautela quando se restringe direitos de liberdade que devem ter expressamente previstas as hipóteses legais, nem se invocar as mesmas condições da ação. Entretanto, essa metáfora precisa dialogar no contexto do processo penal brasileiro atual. Diante do giro processual ocasionado pelos impactos do modelo negocial e do novo Código de Processo Civil, não se pode ficar alheio^[4], especialmente no tocante à teoria da decisão e requisitos de validade do provimento jurisdicional, porque se trata de decisões consensuais. Na mesma linha, ainda que não seja o ideal, toda a disciplina sobre recursos especial e extraordinário está no novo CPC, impondo um diálogo respeitoso entre processo civil e penal.

As “novas roupas” do processo civil podem ser invocadas no processo penal? A resposta não é universal, já que o novo CPC operou uma revolução na Teoria do Processo e excluiu diversos institutos que



dialogam com a lógica do processo penal. Diante da expressa manifestação do Poder Legislativo em dotar o processo civil de institutos e compreensões compatíveis com o estado da arte da Teoria do Processo, exige-se a reflexão do que pode e não pode se comunicar, ou seja, quais as roupas novas “cabem” no processo penal democrático[5].

Não se trata do acolhimento da plena disponibilidade de procedimento, da dificultosa “cooperação processual” no campo penal, e sim da repercussão, por exemplo, do novo modelo de decisão (novo CPC, artigo 489). Tanto assim que o novo CPC (artigo 1.046, parágrafo 4º) indicou que as remissões ao antigo CPC devem se transferir ao novo. Claro que, diante da especificidade, prevalecem as regras do processo penal. Tal fato não é impeditivo para que se busque atualização teórica diante do giro proporcionado pelo novo CPC, razão pela qual a defenestração da impossibilidade jurídica do pedido, os requisitos de fundamentação da decisão, os limites do incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, precisam de problematização.

O que se propõe, entretanto, é seguir a diretriz proferida na Reclamação 0006866-92.2016.2.00.02000 (ministra Cármen Lúcia): “O processo penal tem princípios, regras e conteúdos distintos do processo civil, razão pela qual não é possível aplicar indistintamente as normas do segundo sobre o primeiro, sob pena de subverter a lógica processual com base na qual foi construído o processo penal. (...) Além de haver norma específica sobre o tema, a não realização de sessões de julgamento, de audiências e a suspensão dos prazos processuais de 7 a 20 de janeiro representa restrição às garantias do réu, notadamente à duração razoável do processo (artigo 5º, Inciso LXIII, da Constituição da República)”. Assim, prevalece certa confusão em face das novidades e o nosso ponto foi o de apontar o problema e, no futuro, indicarmos limites à processualização civil do processo penal.

É preciso construir um diálogo entre iguais, no qual sejam respeitadas as diferenças e os limites, sem que isso signifique o predomínio colonizador de um sobre o outro. Essa é uma missão árdua, que está sempre diante da tentação de fazer transmissões de categorias *a la carte*, por pura conveniência, sem compromisso com uma técnica processual séria. Existem algumas regras básicas nesse diálogo, que não podem ser esquecidas, iniciando pela famosa afirmação de Carnelutti: o processo civil é o processo do “ter”, ao passo que o processo penal é o processo do “ser”. Partindo disso, toma-se a liberdade individual como critério pragmático de separação entitativa, para compreender que o processo penal é um ritual de exercício de poder e que todo poder precisa ser claramente demarcado, limitado. Que no processo penal não existe um “bem da vida”, senão uma própria “vida” em jogo. Que é preciso ter sempre presente que forma é garantia e limite de poder. Que precisamos levar a sério o Princípio da Legalidade. Por causa disso nos é, no processo penal, tão cara a luta pelo “respeito as regras do jogo”.

Mas, respeitando essas premissas, é preciso compreender que existem novas demandas as quais o processo penal é chamado a resolver e cujas “roupas velhas” não dão conta. Nessa perspectiva, é inegável que o novo processo civil pode contribuir para a evolução democrática do processo penal e também para compreensão de novas necessidades processuais, especialmente no campo da justiça negocial, onde o diálogo com a lógica do “negócio jurídico” é inevitável.



Refletir sobre as novidades — as novas roupas que foram dadas — não significa aderir ingenuamente aos modismos, dada a especificidade do objeto penal, mas se reposicionar nesse mundo de novas exigências e construir um diálogo respeitoso e frutífero. Não é uma tarefa fácil, mas o desafio está aí e cumpre aos *players* estarem tecnicamente habilitados para esse novo e complexo jogo processual.

[1] MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais”, <http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho>

[2] LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68-69.

[3] CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, p. 73-78.

[4] CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Libreria El Foro. Buenos Aires. 1950. p, 20. “Después de todo, según el modo como se han definido hasta ahora las relaciones entre ambos procesos, entre ambos derechos, civil y penal, surge claramente la oposición entre ellos; y la oposición se resuelve en la igualdad. Ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la outra; más bien una y otra deben rendirse mutuos servicios. Si el estudio del proceso penal ha contraído ciertas deudas con la ciencia procesal civil, pronto estará en condiciones de pagárselas con usura. Y la teoría general del proceso no puede prescindir de las contribuciones del cultivo de aquel territorio del proceso penal que presenta, ya a primera vista, una incomparable fecundidad. A este fin una preparación civilística es preciosa, pero más que para comprender lo que es el proceso penal, sirve para comprender que no es”.

[5] MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Date Created

28/07/2017