

## Processo penal: autonomia e crise da legalidade

"*Cenerentola*" (Cinderela, ou Gata Borralheira, em língua portuguesa) é um texto curto, mas clássico, de Francesco Carnelutti, publicado no primeiro volume da "*Rivista di diritto processuale*". Nele, o genial professor, que então se encaminhava para o Direito Processual Penal, faz um paralelo na história das três irmãs [1]: o Direito Penal (DP), o Direito Processual Penal (DPP) e o Direito Processual Civil (DPC) e, a autonomia do DPP em relação ao DP e ao DPC [2].



**Jacinto de Miranda  
Coutinho**  
Advogado e professor

A história do vínculo entre as disciplinas todos conhecem; e ninguém

tem coragem, hoje, de negar a *autonomia do DPP*. Os efeitos da interpenetração das duas no DPP, com as consequências daí decorrentes, por outro lado, todos padecem. Para perceber o lugar do DPP, o endurecimento punitivista movido por uma legislação draconiana e suas consequências deletérias, mormente entre os que menos têm.

Ora, é indiscutível que o DPP, do ponto de vista técnico, ficou para trás no tempo (e Carnelutti mostra isso muito bem), ligando-se, primeiro, ao DP, como um apêndice, ou seja, seguindo a tradição legislativa inquisitorial que tratava primeiro do Direito material e, ao final, das regras (processuais/procedimentais) pelas quais se deveriam resolver as questões aparecidas no âmbito daquele. Isso, por evidente, não estava correto, mas demarcou um atraso substancial no desenvolvimento técnico do DPP, antes de tudo porque o ensino era conjunto e, muitas vezes, dele só se tratava se o tempo permitisse. Não é por outro motivo que até hoje, em várias universidades, os professores lecionam as duas disciplinas (e não raro outras que são afins também), sem embargo disso acontecer, com frequência, com qualidade, como ocorre — para se ficar em um só exemplo — na Universidade de Coimbra, até há pouco capitaneada por Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e José de Faria Costa.

O DP — sabem todos — foi adiante e, no seu espaço, construiu-se uma dogmática sofisticadíssima, provavelmente a mais elaborada em todo o Direito. Marcada por raízes filosóficas de grande expressão, sempre foi comum seus professores lecionarem, nas suas faculdades, também Filosofia do Direito. Bom



exemplo foi Hans Welzel. Eles, de uma maneira geral, continuaram a não se preocupar com o DPP, quem sabe pelo "praxismo" que nele imperava. De qualquer maneira — e isso parece correto — não tinham muitas razões para tanto (o DP mais sofisticado sempre foi um atrativo maior), a não ser que vivessem a vida, mormente a do foro, de tal forma que fossem obrigados a reconhecer que o DP, de fato, só se realiza no processo penal, ou seja, a "*relação mútua de complementaridade funcional*" exige que se preste atenção no campo processual penal e [3], assim, logo se descobre que a vida pulsa ali, quiçá mais que no evento criminoso, em geral pela questão temporal que envolve o crime e seu iter, logo fazendo dele um acontecimento do passado a ser objeto de reconhecimento. E aí não só já é processo penal como a porosidade do saber trata de encobrir e velar a verdade pela "entificação", como mostrou Heidegger como ninguém. E, nesse ponto, muito pode acontecer, mostrando a beleza da multiplicidade dos possíveis resultados, o que projeta a possibilidade de se pensar em jogo (com o lugar de certo mistério da sentença), como fez Calamandrei e faz hoje o nosso Alexandre Morais da Rosa. Eis por que grandes penalistas (e Canelutti poderia ser um exemplo) terminam por se interessar, ao final das carreiras, pelo DPP. Ademais, a extrema complexidade da dogmática penal em certas passagens do DP acabou por torná-lo difícil para boa parte dos cultores — muitos professores incluídos — dos campos criminais, ajudando nas absurdas tentativas de simplificações e confirmação de equívocos, do que é exemplo significativo a chamada "teoria do domínio do fato", mal aplicada pelo STF, como reconheceu o próprio Claus Roxin.

Em relação ao Direito Processual Civil (a outra *sorella*), a situação não é a mesma. Aqui, não havia a dependência legislativa, como com o DP. Em verdade, enquanto o DPP estava atrelado ao DP, o processo civil teve que crescer por si só, mormente depois da Revolução Francesa e o sopro de cidadania na esfera processual, o que afastou os cultores do DPC, paulatinamente, dos civilistas e dos romanistas, em face da incompatibilidade com as posturas provenientes do *ius comune* medieval. Não foi um abandono, por evidente; mas a cidadania falava mais forte que os eruditos da Idade Média, por vários motivos, entre eles a submissão do Estado à lei. Oskar von Bülow, talvez, seja a figura que oferece o maior exemplo disso, justo porque lê o *actum trium personarum* de modo diverso de como havia feito o *os aureum* de Bologna, Bulgaro. E aí estava o lugar do juiz como Estado; e submetido à lei, o que é de extrema relevância e deve ser louvado porque acabou por se constituir como um princípio assimilado como cultural e hoje arrimo de qualquer defesa que se faça da democracia processual. Em suma, a teoria da relação jurídica processual (a obra-prima de Bülow) vai perdendo importância por várias razões, mas o feito do professor — nascido em Wroclaw, na Polônia — segue seu caminho e mantém sua relevância.

Pois bem, quando o DPP se liberta do DP, mas é refém da falta de teoria, força seus cultores a socorrerem-se das bases teóricas do DPC — já mais evoluído —, o que dá a este uma *leading position* [4]. Canelutti apresenta isso de uma forma mordaz: "*Ninguém que leia, desapassionadamente, Chiovenda ou Massari, que são os maiores nomes em um e noutro campo, pode se subtrair à impressão que o cultor do processo penal seja pelo outro conduzido pela mão*". A resposta — mas talvez fosse mais correto dizer: a colocação mais exata da questão — vem com o insuperável Franco Cordero (que nunca dependeu das leituras do DPC) quando trata da dogmática: "*A par de dotes naturais, quem dispõe das máquinas sintáticas idôneas, trabalha melhor: Luigi Mattiolo, habilíssimo processualista, desapareceu diante de Ludovico Mortara; e Mortara sofreu uma eclipse quando apareceu Giuseppe Chiovenda, talvez menos intelectualmente rico, mas marcado pela literatura alemã*" [5].

Tratava-se — e até certo ponto se trata — de uma dependência teórica, de todo equivocada, dado que se



trabalha com estruturas distintas, em alguns espaços absolutamente diferentes. De qualquer sorte, o diagnóstico de Carnelutti (notar que o ano era 1946) não estava errado: *"Em síntese, a teoria do processo penal está ainda em uma fase de nítida dependência da teoria do processo civil: onde se tenta superar o empirismo, servem quase exclusivamente premissas importadas"* [6]. A conclusão era simples: *"Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle"* [7].

A reação do processo penal, como era de se esperar, aparece em razão da *superioridade do processo civil ser apenas aparente*. Afinal, ele é, de regra, o processo dos que mais têm e em disputa, no mais das vezes, está a *propriedade*. O *processo penal, do seu lado, está vinculado à questão da liberdade*, a qual precisa ser bem entendida, pelo lugar que deve ter. No fundo, da mesma maneira que ao *"servo se restitui ou se deve tentar restituir a liberdade"* [8], ao cidadão é preciso garantir a liberdade, salvo exceções expressamente previstas, até que seja definitivamente (coisa julgada) condenado. E aqui se começa a ver bem a diferença entre os campos: *"O juiz penal, como o juiz civil, reconhece ou deveria reconhecer a cada um o seu; mas este é o seu ser no lugar do seu ter"* [9]. Desde esse ponto é possível — sim — entender por que a preferência pelo processo civil, onde os olhos estão voltados para o prazer — e o gozo — que os bens podem oferecer, mormente em tempos neoliberais, dado haver um chamamento insuportável nesta direção; ao contrário do processo penal, no qual o ser (de regra dos outros) aparece como no bordão de Sartre: *"o inferno são os outros"*. A conclusão de Carnelutti mostra bem o que se passa: *"Dos dois verbos, que contêm todo o sabor da vida, um, que deveria ser o servo, ocupa no coração dos homens o posto de senhor; o outro, que deveria ser o senhor, é tratado como um servo.// Depois disso, que à ciência do processo penal seja reservada a sorte de Cinderela, poderá maravilhar alguém?"* [10].

A partir daqui e tendo um fundamento epistêmico de vital importância à cidadania e à vida democrática (o ser e sua *liberdade*), está garantida, de modo irrefutável e indeclinável, a *autonomia do processo penal*, razão por que a ninguém é dado pensá-lo e praticá-lo com os olhos, as premissas e as categorias do DP e do DPC. As categorias da chamada teoria geral do processo (que, no fundo, são do processo civil) devem ser repelidas, *na forma como se apresentam*, porque contaminam os demais campos processuais [11].



Isso não significa se arvorar a superior, mas garantir uma *singularidade* a qual reclama *paridade e respeito*, o que vai resultar em louvor à cidadania.

Carnelutti tinha isso presente quase oito décadas atrás: *"Esta, se não me engano, é a estrada para fazer avançar ao mesmo tempo a ciência do processo em geral e a ciência do processo penal em particular. Cinderela é uma boa irmã, à qual não passa pela cabeça sair do seu canto para confinar as outras no seu posto: não é, portanto, uma pretensão de superioridade, que ela opõe às ciências contíguas, mas uma afirmação, somente, de paridade"* [12].

A *autonomia* (relacionada ao ser e a um processo que faz do homem a *res iudicanda*), portanto, não é algo que se possa tomar como um faz de conta, isto é, uma mera fantasia, um mundo criado pela imaginação e que pode ser ignorada por conveniência. Não. Autonomia, no caso, reclama a *estrita vinculação à lei* [13]; da mesma forma que *"exige que se pense o processo penal dentro do sistema no qual está metido, no caso brasileiro, o sistema inquisitório, que dá ao juiz um papel central e primacial"*.

Nele — o sistema inquisitório —, pensa-se inquisitorialmente, ou seja, por um *método analítico* (o fundamento é Aristóteles) no qual se faz — ou se pode fazer — a *inversão da lógica*. Pode-se decidir antes e depois sair em busca das premissas que comprovem a decisão. É a *logica deforme*, de Franco Cordero, pela qual se *"sviluppa quadri mentali paranoide"*, aos quais se pode perceber como *"primato dell'ipotesi sui fatti"* [14]. E isso se dá, no sistema inquisitorial, por conta do lugar que, nele, o juiz ocupa, como centro do poder [15], com amplo espaço para, sozinho e independente das partes, buscar as provas que entender necessárias. Ora, como é do conhecimento geral, tal sistema foi criado — no seio da Igreja Católica — para funcionar assim; e funciona. Eis por que tal atitude, salvo nos casos patológicos (ou quase), é normal, ou seja, pelo simples fato de se pensar como se pensa, a partir da analítica aristotélica (consagrada por Tomás de Aquino na *"Suma Teológica"* como modelo da ciência e, a partir daí, adotado como modo de pensamento pelo mundo ocidental todo), qualquer um tende a manipular as premissas e a decidir, por exemplo, pelas aparências. Quando se tem poder para tanto — e isso é primário —, a situação tende a se agravar porque o vivente não só decide antes como, na maior parte das vezes, acredita na sua decisão como correta, quando não como verdade. Nesse momento, caem — ou podem a cair — os limites, sejam aqueles da estrutura superegóica, sejam aqueles das leis.

A lei como limite é — e sempre foi — um problema seríssimo, em face da manipulação que a interpretação oferece ao intérprete.

Ora, se se pode manipular as premissas e não se levar a sério a limitação que a lei impõe (as palavras não podem, pelo menos, expressar os seus contrários), está-se diante de um quadro de arbitrariedade.

Eis, então, que torna à baila a questão — de suma importância hoje em dia — do *princípio da sujeição dos órgãos estatais* (sobretudo, no caso do processo penal, do juiz) *à lei*. Sem ele, o próprio *princípio da legalidade* arrisca se esfacelar; e sobretudo os campos do Direito Criminal nos quais o *princípio da taxatividade* é essencial. Não bastasse isso, o sistema do *civil law* coloca-se de joelhos. É, contudo, o que

---

está a acontecer, em larga medida.

Movidos pelas *imensas possibilidades interpretativas* e sem o *devido controle das decisões pelos tribunais* (em geral por um excesso absurdo de trabalho ou mesmo por engajamento disruptivo), os juízes têm, com muita frequência, decidido *contra legem* ou, na falta dela, têm criado para além das possibilidades da interpretação, quiçá como superinterpretação, com referiu Umberto Eco. Tais posturas são, de todo, inconstitucionais; e assim se deve declarar.

Afinal, um juiz não deve conduzir um processo por aquilo que dita a sua cabeça (eis o solipsismo) e sim dentro dos parâmetros que a lei fixa, sempre conforme a Constituição. Não há — ou não deveria haver, nesse aspecto, se se respeitasse a CR — estado de exceção ou, mesmo, ponto fora da curva.

A situação não é simples e o ambiente é complexo, além de ser mundial. Muito, como se sabe, é decorrente da tentativa de mundialização do Direito norte-americano, exportado, no mundo globalizado neoliberal, para o mundo todo. Eis a *legal transplant* e a *legal translation* de que falou Maximo Langer [16]. O dilema, no caso, é que se trata de sistemas jurídicos diferentes: *common law* e *civil law* não são a mesma coisa; e nem podem ser tratados com se fossem, algo que tem acontecido amiúde. Assim, sem o mínimo respeito pela diferença, aplicam-se os postulados do Direito norte-americano como se coubessem no Direito dos países de *civil law*. Como é primário, causam transtornos e maldades — como não poderia ser diferente —, gerando imensa instabilidade e muita insegurança jurídica.

Para elucidar pontos nevrálgicos do tema, a *Camera Penale di Modena* Carl'Alberto Perroux realizou, no último dia 30, sobre o tema "*Il giudice e la crisi del principio di legalità: tra legislazione multilivello e contaminazioni di Common Law*", uma mesa redonda (*online*) que contou com a presença do moderador, advogado Graziano Martino, e a participação de Nicoló Zanon (*giudice della corte costituzionale e professore ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*), de Paolo Ferrua (*professore emerito di Diritto Processuale Penale nell'Università degli Studi di Torino*) e de Renzo Orlandi (*professore ordinario di Diritto Processuale Penale nell'Università degli Studi di Bologna*).

Antes de tudo, todos defenderam o *civil law*. Embora seja impossível fazer uma síntese fiel da discussão, vale registrar que Zanon foi enfático ao mostrar algo como "*no Common Law há uma forma de conservação do modelo pelas decisões que se vai tomando. Isso tem pouco a ver com o criacionismo decisório sem controle do Civil Law. É por isso que a arbitrariedade criativa está em curso*". Da sua parte, Paolo Ferrua mostrou grande preocupação com a ruptura que o criacionismo judiciário traz, mas foi incisivo ao afirmar: "*Juiz não pode dizer o que é permitido ou consentido ao cidadão: isso só compete à lei. Eis o lugar do princípio da legalidade*". De qualquer forma, não ignora ele que é possível romper com o sistema através da interpretação e, daí, a pergunta que não quer calar: "*Qual é o ponto de ruptura na interpretação? Eis a questão. Seria como definir em que ponto um cabeludo começa a se tornar calvo. No entanto, sabe-se que tem cabeludos e que tem calvos. Eis, então, que a pergunta não tem resposta. Enfim, como reprimir a possibilidade da ruptura? A interpretação é feita pelos juízes e certamente não se consegue reprimir, senão pelos caminhos de controle. Eles têm, porém, a palavra final. Sobrariam os princípios interpretativos, mas quem diz o que eles são? Por outro lado, há um esforço de certa doutrina na direção da relativização do princípio da sujeição à lei. Isso é inconcebível porque levará, por certo, à relativização dos princípios referentes à independência dos juízes, o que se não pode admitir*". Por fim, Renzo Orlandi mostrou por que o chamado Direito vivente não tem nada de



criacionismo jurisdicional, que deve ser combatido. Mostrou, por outro lado, que no *common law* se trabalha a partir da *ratio decidendi*; e no *civil law* com a *ratio legis*, o que expõe uma grande distância entre os sistemas, o quais não devem ser confundidos.

Os italianos mostraram que a *crise da legalidade* é mundial no *civil law*, sendo capaz de atingir sistemas nacionais consolidados como o deles. De qualquer forma, não se podendo inibir a interpretação, não há como admitir "*il giudice legislatore*", como disse o professor Ferrua, dado se tratar de uma "figura teratológica".

A consciência democrática e o respeito à lei seguem sendo os escudos que se tem para a proteção de todos e sobretudo dos mais fracos. Seguem vivas a palavras do Abade Lacordaire: "*Sachent (...) qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit*" [\[17\]](#).

[\[1\]](#) CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. In *Rivista di diritto processuale*, 1946, I, p. 1. Depois, foi ele publicado em *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi, 1950, p. 3 e ss.: "Era uma vez três irmãs que tinham em comum pelo menos um dos genitores: chamavam-se a *ciência do direito penal*, a *ciência do processo penal*, a *ciência do processo civil*. Então aconteceu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram muito belas e prósperas, tenha tido uma infância e uma adolescência infeliz". (todas as traduções são livres).

[\[2\]](#) Tal texto de Carnelutti (*Cenerentola*) aparece já na Nota de Rodapé número 1, em MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 18: "Um



processo penal humanizado é um processo penal preocupado com o SER e não com o TER." No Brasil, o maior defensor da tese é LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 63-73.

[3] FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 28.

[4] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 5.

[5] CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 20.

[6] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 5.

[7] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 6.

[8] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 6.

[9] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 7.

[10] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 7.

[11] LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Quando a "Cinderela" do processo penal ganha novas roupas? Consultor Jurídico, 28/07/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>>. Acesso em: 01/07/2021.

[12] CARNELUTTI, F.. Cenerentola... cit., p. 8.

[13] FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1989, pp. 94-103. No Brasil e em detrimento de versões equivocadas da teoria do mestre italiano, são imprescindíveis as corretas lições de PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2006, pp. 82-7.

[14] CORDERO. F.. Guida... cit., p. 5.

[15] A questão não diz respeito tão só ao lugar do juiz, por evidente.



[16] LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal. v.45, n.1, dez.2004. Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/28201943\\_From\\_Legal\\_Transplants\\_to\\_Legal\\_Translations\\_The](https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The)  
Acesso em: 01/07/2021.

[17] LACORDAIR, Henri-Dominique. Conférences de Notre-Dame de Paris. Tomo Troisième. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872, p. 494: "Saibam (...) que entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta".

**Date Created**

09/07/2021