

A Relação Entre o Direito Penal e o Processo Penal no Projeto do Novo Código Penal: Considerações Gerais

Prof. Dr. Geraldo Prado

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

Graduado pela UERJ. Mestrado e Doutorado na Universidade Gama Filho - UGF. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da UFRJ e da EMERJ

INTRODUÇÃO

Boa-tarde! Agradeço à Escola da Magistratura, ao prof. Juarez Tavares, ao prof. Des. Paulo Baldez e ao juiz de Direito e professor Rubens Casara o gentil convite.

Tenho a honra e o prazer de dividir a mesa com a prof^a Kátie Arguello e de estar sendo presidido pela prof^a Victória Sulocki, importante investigadora do Grupo de Pesquisas sobre as Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro, instituído no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)¹.

Para sublinhar a importância das pesquisas que são desenvolvidas pelo Grupo Matrizes, destaco que há um subgrupo, inspirado nas traduções bastante oportunas, coordenadas pelo Prof. Eugênio Raúl Zaffaroni, de obras penais significativas do Direito Penal da Alemanha no período dos anos 30 a 40 do século XX e que estuda o Direito Penal do nazismo (Coleção “El penalismo olvidado”). Há também outro subgrupo que trabalha na tradução do livro **The rule of law under siege**², de Franz L. Neumann e Otto Kirchheimer, igualmente sobre o Direito Penal do nazismo. Estes são apenas alguns exemplos das atividades desenvolvidas e

¹ <http://gpgrupodeestudos.blogspot.com.br/>.

² **The rule of law under siege**. Los Angeles: University of California Press, 1996.

que me autorizam a apontar, como conclusão parcial das investigações, a percepção do tipo de racionalidade que tem estado na base da violência de Estado e sustenta tantas formas de agressão à dignidade das pessoas.

Faço o registro como dado preliminar das considerações acerca da relação estabelecida no projeto de novo Código Penal entre o Direito Penal e o Processo Penal.

DA INTERFACE DIREITO PENAL/PROCESSO PENAL NOS CÓDIGOS PENAI

Em um encontro de penalistas e criminólogos, eu, como alguém interessado em estudar preferencialmente o Direito Processual Penal, poderia me sentir profundamente desconfortável, alheio talvez à temática principal, e neste caso, registro com certa ironia, estaria em igualdade de condições com as regras projetadas de processo penal que constam do Projeto de Reforma do Código Penal.

Com uma diferença, porém: pelo menos eu sei o que estou fazendo aqui, o que já é algo significativo!

Corro o risco de cansá-los com uma pequena metáfora, mas penso que é necessário, pois toca em um aspecto desconsiderado pela dogmática, mas que é relevante no momento em que se cogita substituir por inteiro um Código Penal: trata-se da (não) aplicação da teoria da legislação e, conseqüentemente, da(s) técnica(s) legislativa(s).

Vamos imaginar que a dois importantes arquitetos, Lúcio Costa e Oscar Niemeyer, seja dirigida a demanda de projetar, pensar, idealizar um determinado bairro.

Sabe-se que se trata de profissionais bastante competentes. Apesar disso, ambos somente poderão cumprir a tarefa que lhes foi designada se alguns pontos previamente forem esclarecidos: Qual a extensão do bairro projetado? Quem viverá nesse lugar? Essas pessoas morarão no bairro ou somente circularão por ele, que será um bairro comercial? Qual a forma de circulação? São trezentas mil pessoas e a extensão é de seis quilômetros quadrados? São quinhentas pessoas e a extensão é de doze, vinte, trinta quilômetros quadrados? Essas pessoas se moverão de que maneira?

Essas questões que os arquitetos colocarão aos demandantes são de índole política e a resposta é indispensável para que possam elaborar o projeto.

Isso também se dá no campo da legislação. É indiscutível que a tarefa atribuída ao Congresso Nacional tem cunho político, mas também tem natureza técnica.

Por isso, quando se trata de um novo Código Penal, e a palavra código deve ser interpretada neste contexto como dispositivo de acesso a uma determinada realidade (pensem, por exemplo, no código do cartão bancário), há de se buscar construir um consenso alargado sobre em que consiste esta realidade.

O profissional responsável pela elaboração do projeto de bairro diz: *“eu só posso elaborar um código, um projeto ou uma planta, se eu souber exatamente o que se quer”*. E saber o que se quer implica tomar decisões políticas, fazer escolhas!

Ainda no campo das metáforas, convém destacar que Lenio Streck cita também, com certa frequência, o personagem Sr. Jourdain, da peça “O burguês fidalgo”, de Molière, que havia ascendido socialmente e estava interessado em compartilhar as benesses da aristocracia, mesmo não sendo aristocrata.

Jourdain, então, começa a estudar boas maneiras para tentar conviver ali no meio aristocrático. Assim, estuda literatura e filosofia e quase aos sessenta anos descobre, para seu espanto, em uma aula de francês, que passara a vida falando em prosa e não sabia!

Os projetistas do Anteprojeto do Código Penal parece que estão como Jourdain; depois de anunciarem desapego às teorias penais durante a elaboração do texto, descobriram que fizeram teoria mesmo sem saber.

Mas teoria de que tipo?

DA ATIVIDADE ANTECEDENTE AO PROCESSO LEGISLATIVO

É impossível elaborar qualquer projeto estrutural sobre o que quer que seja sem domínio técnico sobre o tema e demitindo-se de opções políticas.

Em matéria de poder de punir controlado pelo Direito – pois que o Direito Penal da modernidade se caracteriza pelo estabelecimento de vínculo funcional entre o poder e as pessoas, controlando o poder de castigar para evitar excessos e desvios, o saber dogmático abrange determinado patrimônio teórico que não pode ser desprezado e que tem sua história marcada pela convergência das esferas política e jurídica.

A técnica de elaboração de tipos penais – tipos de injusto; tipos de exclusão de responsabilidade etc. – se nutre deste saber e exige de quem está encarregado de elaborar modelos de preceitos dispositivos uma aptidão bastante peculiar, um domínio (consciente) desta técnica.

Claro está que esse domínio pode ser maior ou menor. Mas a tarefa de projetar tipos penais desafia alguma dose de conhecimento, ao menos das dificuldades e desafios operacionais na constituição das proposições normativas.

Quando é esgrimido o discurso da fuga das escolhas políticas, tal opção denuncia certa insegurança no domínio da técnica, incerteza sobre a capacidade para dar conta da atividade que foi requisitada. Sinaliza-se com a impossível e indesejada neutralidade, como se fosse possível tomar decisões sobre a matéria da proibição fora do âmbito político.

Não se trata apenas de estratégia orientada a escamotear o elemento político nuclear, destacado pela Prof^a Kátie Arguello no anteprojeto de CP, elemento marcado pela adoção de uma postura punitiva.

Não é somente isso, o que já seria grave, porém legítimo, do meu ponto de vista, desde que expressasse de maneira explícita a escolha da Comissão encarregada de conceber o texto.

O Presidente do Senado reúne pessoas com as quais, em sua maioria, tem afinidade ideológica, pessoas que majoritariamente entendem, de maneira estranha, sublinho, que a solução dos nossos problemas passa pela incorporação de mais e mais atitudes punitivistas, e assim essas pessoas se encarregam de produzir um projeto que não pode ser outra coisa, senão um projeto punitivista.

A decisão relativa à composição da Comissão de elaboração do anteprojeto, ao perfil ideológico predominante de seus membros, se situa na esfera anterior à da concretização da tarefa de consecução do anteprojeto, por óbvio, mas desde logo indicia os rumos inevitáveis que este tomará.

Tomou-se uma decisão pelo viés punitivista, ainda que não manifesta.

Assim, o que vamos discutir é um projeto com o protagonismo da ideia de incremento da punição. E as escolhas que em cada ponto deste projeto aparecem devem ser debatidas em uma arena democrática,

devem ser ponderadas, confrontando-se a decisão pelo incremento da punição com as alternativas que circulam no “mercado” da dogmática jurídica em matéria penal que apontam para a direção contrária.

A ESTRUTURA DEFICIENTE DO TEXTO COMO ELEMENTO DE INSTABILIDADE

Sem dúvida, mesmo a decisão política pela exasperação da punição está submetida aos princípios constitucionais penais que estabelecem critérios para concretização do poder de punir.

Quando examino o texto do anteprojeto, o que me surpreende, todavia, é que, para além de alguma consciência da postura punitivista, existe deficiência técnica que o compromete em pontos cruciais e atinge alguns destes princípios, que formam a tradição do Direito Penal na democracia.

E aí volto ao segundo elemento da metáfora, que é o “código”.

Ainda aqui os que não são motoristas conhecem as regras de trânsito. Imaginem que enquanto estamos neste auditório, lá fora, agora, todos os sinais luminosos estão sendo trocados por outros sinais, com diferentes formatos e cores, um azul e triangular, outro roxo e o outro abóbora.

Encerrado o Seminário, nós saímos de carro e nos deparamos com um sinal poligonal aceso na cor azul?!

O motorista se interroga: “Agora é para seguir ou é para parar?” O código não é mais código, desnor-teia em vez de orientar.

O domínio da dogmática é fundamental para a clarificação das ações permitidas, proibidas ou mandadas, e o Código deve ser o instrumento disso. O que estou dizendo é um tanto óbvio, como salientou Francisco de Assis Toledo, em **Princípios Básicos de Direito Penal**³.

Porém, o óbvio não foi considerado na tarefa de elaboração do Projeto.

Sem saber interpretar o comando, sem poder atribuir significado ao “código”, em tema tão delicado como o da liberdade, como o agente poderá orientar a sua ação? A incerteza sobre o agir é terreno fértil para

3 **Princípios Básicos de Direito Penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

a expansão do decisionismo e o enfraquecimento da função de garantia do tipo penal.

O PROCESSO PENAL NO DIREITO PENAL

E isso também se verifica nas hipóteses de natureza processual penal que estão disseminadas no projeto de CP.

A interface Processo Penal e Direito Penal no Código Penal projetado é notada e requisita reflexão rigorosa.

Não há problema incontornável, tampouco constitui pecado mortal, a existência de normas processuais penais em um Código Penal.

Primeiro, essa pretensão de purismo não tem sentido quando lidamos com saberes que têm como elemento nuclear a restrição da liberdade. É inevitável que em qualquer lei, mesmo em um Código Penal, haja pontos de contatos, zonas limítrofes nem sempre fáceis de constatar, entre o Direito Penal e o Processo Penal.

Paul Bockelmann alerta que mesmo no Código Penal alemão podem ser encontrados institutos processuais⁴.

Invoco as antigas lições de Basileu Garcia para mencionar que, de acordo com determinado ponto de vista, há estreitas relações entre o Direito Penal e o Processo Penal, porque *“há estreitas relações entre o Direito Penal e o Processo Penal, muito mais estreitas do que as que existem entre o Direito Civil e o Processo Civil”*⁵

Bento de Faria afirmava que era natural a vinculação da ação penal à conduta criminosa, a qual não era chamada assim por ele, mas tratada como consequência lógica, inexorável, daquela ação ou omissão violadora da norma penal⁶.

Tomo esses autores para enfatizar que a identificação de necessários elementos processuais penais em um Código Penal, no passado naturalizada pela doutrina, correspondia à visão adjetiva e secundária do processo que, ao ter a sua autonomia ignorada, prestava-se a ser mero instrumento da punição a serviço de fins securitários de política criminal.

⁴ **Direito Penal, parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 4.

⁵ **Instituições de Direito Penal**, v. 1, tomo II, 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1976, p. 637.

⁶ **Código de Processo Penal**, volume 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 116.

No passado havia, portanto, uma lógica – hoje inaceitável – por trás da opção metodológica e de política criminal e tanto os fundamentos desta lógica [racionalidade] como da eleição em favor da política de segurança se davam a conhecer.

Evidente que, para tanto, contribuiu a sedução da produção de leis em geral, consistente em uma *atração quase fatal* por realizar política criminal por intermédio da lei que se tem a oportunidade de influenciar em seu processo de criação. Muitas vezes a política criminal que se tem em vista depende desta promiscuidade de normas penais e processuais penais.

O exemplo mais evidente no projeto é a barganha (art. 105). É o mais evidente, é muito sério, mas do ponto de vista do processo penal, na minha opinião, o mais preocupante é o “*não olhar*” a importância da presunção da inocência na elaboração dos tipos penais⁷.

Nada disso é novidade quando se estuda teoria da legislação, técnica da legislação aplicada ao sistema de justiça criminal às práticas penais e as teorias do tipo. Cito aqui uma obra traduzida que teria sido extremamente útil aos integrantes da comissão: **A Racionalidade das Leis Penais**, de José Luis Díez Ripollés⁸. Poderia ajudar, pois é mais um norte.

O livro de Túlio Padovani, **Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale**⁹, em que se trabalha a estruturação do tipo penal, investiga também a existência de meios, por este caminho, para se *contornar* a presunção de inocência, elaborando-se o preceito dispositivo que conterà o tipo penal de tal maneira que, em âmbito processual, será absolutamente impossível provar a não incidência de comportamento concreto diverso da conduta típica, os chamados *crimes de suspeita*.

O crime de suspeita é uma elaboração teórica de altíssimo nível no sentido da exacerbação da atitude punitivista que o processo penal, com alguma negligência ignora. Deixam-se passar por entre os dedos do processo penal estruturas típicas penais que criminalizam pela *mera afirmação* da existência de comportamentos neutros e tornam inviável a exclu-

7 Sobre a barganha remeto ao meu livro **Transação Penal**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

8 **A racionalidade das leis penais**. São Paulo: RT, 2005.

9 **Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte speciale del diritto penale**. Bologna: Il Mulino, 2006.

são da criminalidade, porque não há possibilidade de produção de prova. O exemplo mais óbvio aqui é o enriquecimento ilícito (art. 277).

É possível examinar o protótipo de crime de enriquecimento ilícito por vários ângulos, mas se quisermos beneficiar este estudo da contribuição do processo penal, não podemos deixar de considerar os efeitos penais da presunção de inocência.

E, nesse sentido, há alguma culpa da doutrina processual penal, porque quando os processualistas penais lidam com a presunção de inocência, se preocupam muito pouco com os reflexos penais da presunção de inocência.

Dessa forma, volto a dizer, a tarefa de elaboração de um projeto de Código Penal interpela o saber jurídico e exige que se trabalhe neste campo no mais alto nível possível, convocando para a tarefa, metaforicamente, a aptidão de um *Oscar Niemeyer* ou um *Lúcio Costa*.

É claro que o elemento político vai ter peso, mas vão dizer que estamos encomendando “a planta normativa” dessa maneira, e Lúcio Costa responderá que dessa maneira não pode entregar, porque recebe a sua encomenda, mas que a ciência penal tem comandos estranhos, um chamado Constituição, o outro chamado Tratados Internacionais de Direitos Humanos nos quais a regra é a primazia dos direitos fundamentais, a tutela da dignidade e a proteção contra os abusos e desvios de poder.

Imaginem o médico violando um dever de confidencialidade porque, sob a ótica do Senado, entende-se que ele deve contar a história do paciente para contribuir para a Defesa Social?!

Por último, saltam aos olhos os *atalhos processuais* do projeto de CP, revelados pela gramática da proposta.

Quando a lei penal define o autor hipotético das condutas delituosas, o chama de *agente*. O projeto, todavia, contempla outras designações: *acusado*, *imputado*; há uma série de sujeitos ativos nos preceitos descritivos dos tipos penais que não são agentes.

Trata-se de um erro metodológico? Em minha opinião há mais do que isso, ou algo diverso do equívoco de considerar a diferença entre abstração (agente) e concreção (acusado). Cuida-se da referida sedução de a lei penal avançar no campo da política criminal.

Opera-se pela linha de manipulação do dispositivo penal, pelo qual o sujeito não escapa.

E isso é declarado às escâncaras na exposição de motivos.

Em várias passagens, isso é percebido. Veja-se, por exemplo, a proposta de redação do artigo 202, e com isso estou dando exemplo do peso político da gramática na estruturação e de como isso reflete uma infiltração ilegítima do processo penal em um Código Penal:

“Conduzir veículo automotor em via pública sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano em potencial a segurança..... Pena: de 1 a 3 anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

Parágrafo primeiro: A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitido”, graças a Deus, até porque seria extremo admitir a prova por meios ilícitos!

Parece extraordinário, mas a atitude de pesquisador nos interpela: afinal, não é estranho que o CP fale em prova?

O que a prova está fazendo aqui? O que está fazendo no artigo 106, que também, interessantemente, cuida de uma outra atitude punitivista, que é o peso probatório da atuação do delator.

A delação do coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos O que isto está fazendo aqui? Isto está fortalecendo uma atitude punitiva.

Assim, para encerrar, voltando à história do sinal, vamos supor que ele esteja azul, abóbora e roxo e que eu estou dirigindo e que olhei para os lados e não achei ninguém para me ajudar enquanto o sinal está azul. Então, quando passo pelo sinal, ouço o apito.

Infração! Aí eu digo: *“não é possível! O sinal não estava vermelho, sequer amarelo”*. Então o guarda adverte: Se passar com o azul, é infração. O que acontece neste contexto, senão o fortalecimento do poder dos juízes na instrumentalização do controle social pela via do Direito Penal?

Isso é intencional? Acredito que não tenha sido racionalmente elaborado para chegar a este ponto.

Talvez tenhamos contribuído para este estado de coisas.

Atualmente, todos são críticos do Direito, mas conhecedores do Direito não são tantos. Temos problemas graves no ensino superior, provenientes da multiplicação sem critério das universidades privadas, problemas incrementados pelo desrespeito com que são tratados os professores das universidades públicas em geral, a inadequação dos currículos.

E assim abdica-se da reflexão e da respectiva ação política que interpelem os caminhos de construção desses *sinais azuis*, com perigoso esquecimento das razões da tutela da dignidade da pessoa humana, ou seja, vamos perdendo a noção do papel de garantia desses sinais.

E, no final, como disse o Prof. Rene Ariel Dotti, em seu antigo livro sobre a reforma penal de 1984, termina que, “quando tudo é proibido, tudo é permitido”, ao menos para alguns.

E a nossa sociedade segue correndo o risco de continuar com as suas diferenças abissais, o que é, no mínimo, uma violência contra a República.

Então, por tudo isso, professor, esse projeto tem que ser arquivado. É isso. Muito obrigado!

Geraldo Prado❖