

CENERENTOLA E UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL ¹

CENERENTOLA AND A CODE OF CONSTITUTIONAL PROCEDURE

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ²



"*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: o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil e, sendo realista, afirma a autonomia do DPP em relação ao DP e ao DPC.

¹ Texto decorrente de notas apresentadas oralmente no VII Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual, Instituto Paranaense de Direito Processual, on-line, Ponta Grossa/Curitiba, 29.06.21; e parcialmente apresentado na Coluna Limite Penal, no Conjur, em 09.07.21, com o título Processo penal: autonomia e crise da legalidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/limite-penal-processo-penal-autonomia-crise-legalidade>. Acesso em: 9.jul. 2021.

² Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS, Porto Alegre. Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade DAMAS, Recife. Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Università Degli Studi di Roma "La Sapienza"). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

1 AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

"*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 irmãs³: o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil e, sendo realista, afirma a autonomia do DPP em relação ao DP e ao DPC.⁴

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. E não é pouco o sofrimento.

Ora, para perceber dita autonomia e o DPP como campo de limitação e resistência ao arbítrio do Estado, basta ver o prestígio que angariou em tempos neoliberais (fala-se muito dele porque está em voga!) e o desastre que tem sido, nele, o endurecimento punitivista movido por uma legislação draconiana e suas consequências deletérias, mormente entre os que menos têm.

Portanto, 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"⁵ exige que se preste atenção no campo processual penal e, 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 hoje o nosso Alexandre Morais da Rosa. Eis por que grandes penalistas (e Carnelutti 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, por um lado, e confirmação de equívocos, por outro, 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

³ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 1. Depois, foi ele publicado em *Questioni sul processo penale*, Bologna: Zuffi, 1950, p. 3 e ss.: "*C'erano una volta tresorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice.*" (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". (tradução livre)).

⁴ 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." A precitada nota segue, após a referência de Cenerentola: "No prefácio de *Principi del processo penale* (p. II), Carnelutti, já no final da vida, marcado pela experiência dos anos, é significativo: "*Io non so quali accoglienze saranno fatti al mio volume (Diritto e processo, Napoli, Morano, 1959); ma temo che nessuno si accorga che il suo merito maggiore, o forse il solo, sta nell'aver ammonito che la res iudicanda è un uomo, come il giudice, anche lui.*" (p.72); em suma, a *res iudicanda* é um homem, como o juiz, também ele. (Cfr. SOARES, Fernando Luso. O processo penal como jurisdição voluntária. 1981. p. 39)". No Brasil, o maior defensor da tese é LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 63 - 73.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 28.

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, dentre 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 *jurem* 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 e talvez não deveria ter o prestígio que tem, 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*.⁶ Carnelutti apresenta isso de uma forma mordaz: “Ninguém que leia, desapaixonadamente, 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.”⁷ 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”.⁸

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5: “Nessuno che legga, spassionatamente, Chiovenda o Massari, che sono i più bei nomi nell'uno e nell'altro campo, può sottrarsi all'impressione che il cultore del processo penale sai dall'atro condotto per mano.”

⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 20: “A pari doti naturali, chi dispone delle macchine sintattiche idonee, lavora meglio: Luigi Mattiolo, abilissimo procedurista, è sparito davanti a Ludovico Mortara; e Mortara há subito un'eclissi quando è apparso Giuseppe Chiovenda, forse meno intellettualmente ricco, ma ferrato dalla letteratura tedesca”.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 5: “In una parola, la teoria del processo

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”⁹. A conclusão era simples: “*Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle*”.¹⁰

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”¹¹, 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”.¹² Desde este 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.

penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile: dove si tenta di superare l'empirismo, servono quasi esclusivamente degli schemi importati. (Tradução livre).

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 6: “Cinderela, por isso, contentava-se com as vestes deixadas pelas irmãs mais afortunadas”. (Tradução livre)

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 6: “... la realtà è da noi stata veduta a rovescio: il reo non è un libero, a cui la condanna toglie, ma un servo, a cui restituisce o almeno cerca di restituire la libertà”. (Tradução livre).

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 7: “Il giudice penale, come il giudice civile, riconosce o dovrebbe riconoscere a ciascuno il suo; ma questo è il suo essere in luogo del suo avere”. (Tradução livre).

Depois disso, que à ciência do processo penal seja reservada a sorte de Cinderela, poderá maravilhar alguém?"¹³

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 processuais¹⁴. É fácil entender se se percebe o que se passou – na contaminação do processo penal – com o chamado poder geral de cautela: suprimido no CPC em 2015, segue sendo aplicado e causando estragos no processo penal onde nunca existiu. Vale o alerta de Alexandre Morais da Rosa: "No modelo acusatório os pedidos devem ser analisados nos limites em que foram formulados (deferir, em parte ou negar), sem que o juiz possa, de ofício, alterar o conteúdo formulado em nome do Poder Geral de Cautela, categoria sequer mantida pelo CPC de 2015 (substituído por Tutela de Urgência e Evidência, arts. 297 e 300). Se a taxatividade e a responsividade são características das cautelares, é inválido o movimento ativo do julgador. O paroxismo é o uso analógico de categoria inexistente (*Walking Dead* Hermenêutico). É vedada a criatividade cautelar em face da taxatividade (a restrição de direitos pressupõe regra expressa; *numerus clausus*). No inquisitório, o juiz controla a gestão da prova, usa e abusa do poder geral de cautela, enfim, faz o que quiser (processo *Free Style*)".¹⁵

¹³CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 7: "Dei due verbi, che contengono tutto il sapore della vita, uno, che dovrebbe essere il servo, occupa nel cuore degli uomini il posto del padrone; l'altro, che dovrebbe essere il padrone, vi è trattato come un servo.// Dopo ciò, che alla scienza del processo penale sai riserbata la sorte di Cenerentola, potrà meravigliare alcuno?" (Tradução livre)

¹⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando a "Cinderela" do processo penal ganha novas roupas? *Conjur*, 28/07/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021. p. 618 – 9. No âmbito do STJ, a matéria que trata do poder geral de cautela no processo penal parece se encaminhar para a pacificação após a decisão da Terceira Seção no HC nº 131.263 – GO, Relator o Min. Sebastião Reis Junior: "Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP". A matéria – há de se reconhecer – segue controversa, pelo menos até se ter uma legislação efetivamente ligada ao sistema acusatório. Sobre o tema, vale consultar, PARISE, Bruno Girade. O poder geral de

A autonomia, porém, 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"¹⁶.

2 A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A autonomia (relacionada ao ser e a um processo que faz do homem a res *iudicanda*), por conseguinte, 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 lei¹⁷; 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. Assim, pode-se decidir antes e depois sair em busca das premissas que comprovem a decisão. É a lógica deforme, sobre a qual se referiu Franco Cordero, pela qual se "*sviluppa quadri mentali paranoide*", que podem ser percebidos como "*primato dell'ipotesi sui fatti*".¹⁸

cautela no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 127 e s.

¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola*. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946. p. 8: "Questa, se non m'inganno, è la strada per far avanzare a un tempo la scienza del processo in generale e la scienza del processo penale in particolare. Cenerentola è una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi dal suo contuccio per confinarle alle altre al posto suo; non è dunque una pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente." (Tradução livre)

¹⁷ 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: Lumen Juris, 2006. p. 82–7.

¹⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51: "mas desenvolve quadros mentais paranoicos" (...) "primado das hipóteses sobre os fatos". A simples alusão a tais frases já levou advogados a serem processados criminalmente, o que mostra, de forma cabal, desconhecimento da matéria. Afinal, Cordero não fala e nem imputa a psicose a quem quer que seja. Ele fala de "quadros mentais", isto é, hipóteses análogas àquelas desenvolvidas pelos paranoicos (no modelo de como eles pensam), de uma crença nas imagens como se reais fossem dando-se primazia às hipóteses e não aos fatos, o que logo invoca a necessidade de conhecimento probatório.

E isso se dá, no sistema inquisitorial, por conta do lugar que, nele, o juiz ocupa, como centro do poder¹⁹, 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 cair – os limites, sejam aqueles da estrutura *superegóica*, sejam aqueles das leis.

A lei como limite é – e sempre foi – um problema seriíssimo, 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, quicá 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 Constituição²⁰. Não há – ou não deveria haver, neste aspecto, se se respeitasse a Constituição da República (CR) – estado de exceção ou, mesmo, ponto fora da curva, como se cogitou em abundância na famosa operação Lava Jato, rapidamente se espalhando para o país inteiro.

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 todos os cantos. Eis a *legal transplant* e a *legal translation* de que falou Maximo Langer.²¹ 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, em 30.06.21, sobre o tema *Il giudice e la crisi del principio di legalità: tra legislazione multilivello e contaminazioni di Common Law*, uma Mesa Redonda (on-line) que contou com a presença do moderador, Adv. Graziano Martino, e a participação de Nicolás 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*).

¹⁹ A questão não diz respeito tão só ao lugar do juiz (aqui imposto por conta da posição de senhor do processo que ocupa), mas sim a todos aqueles que ocupem o lugar do poder em uma estrutura igual ou similar. Com isso, vai-se do Delegado de Polícia ao órgão do Ministério Público, mas também nos processos administrativos disciplinares e assim por diante.

²⁰ Sobre o tema são vitais as observações de Lenio Streck: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil. //x Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, v. 82, 2006, p. 213 - 37; STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém? Conjur, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 15 jul. 2021; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 118 e 106: "Ora, a decisão se dá, não a

partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)".

²¹ 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_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure. Acesso em: 1 jun. 2021.

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 proibido 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, os 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 Prof. 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 donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, 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. Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits.*"²²

²² LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris. Tomo Troisième. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872. p. 494: "Saibam, portanto, aquele que o ignoram, saibam os inimigos de Deus e do gênero humano, qualquer nome que eles tenham, que*

3 UM CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Pelo Ato do Presidente de 24/11/2020, o Deputado Rodrigo Maia, então na presidência da Câmara dos Deputados, instituiu uma Comissão de Juristas "destinada a elaborar anteprojeto de legislação que sistematiza as normas de processo constitucional brasileiro."

O Ato tem dois "considerandos" de suma importância como justificativa: 1º, "a necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários"; 2º, "a importância de se conferir uniformidade e atualização das legislações aplicáveis à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria."

A comissão é formada por juristas de grande envergadura e deverá ser presidida pelo Ministro Gilmar Mendes. Teria, pelo seu art. 1º, parágrafo único, cento e cinquenta dias para concluir seus trabalhos, o que, certamente, foi impossível pela pandemia de Covid-19.

A matéria é demais interessante e resta saber se o atual presidente da Câmara dos Deputados, umbilicalmente ligado ao governo de Jair Bolsonaro, prorrogará os trabalhos da comissão, embora não tenha nenhum motivo para não o fazer.

Por outro lado, a ausência do habeas corpus no primeiro "considerando" não tem e não pode ter – ao que tudo indica – a missão de excluir as questões penais e processuais penais do referido Anteprojeto. Se assim foi, andou-se mal. Afinal, a matéria aparece – ou pode aparecer – em todos os institutos relacionados, do mandado de segurança aos recursos extraordinários. Isso levaria, inevitavelmente, a se ter que aplicar um futuro CPCConst, com a sua identidade – ao que parece, a ser ligada ao processo civil e sua TGP –, às questões penais. Seria, quem sabe, a crônica de uma morte anunciada. Para as questões penais, mantido o status quo, mais do mesmo: TGP e mentalidade inquisitória, ou seja, uma dupla perfeita para abrir os espaços necessários à supressão de direitos e garantias individuais em matéria penal.

Neste aspecto, serviria o exemplo do Código *Procesal Constitucional* do Peru (Lei nº 28237, de 31.05.04) que, já no Título I, trata de "*Disposiciones Generales de los Procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento*"; e em seguida, no Título II, trata do "*Proceso de Habeas Corpus*". Da mesma forma, no *Nuevo Código Procesal Constitucional*, em discussão no Peru (que não tendo sido promulgado, acaba de

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. O direito é a espada dos que mais têm, e o dever é o escudo dos que menos têm".

retornar – 02.07.21 – da Presidência da República para o *Congreso de la República*), trata-se, já no Artículo I, do Título Preliminar, que “El presente código *regula los procesos constitucionales de habeas corpus...*”; e, no Título I, refere-se ao “Proceso de Habeas *Corpus*, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento”.

Parece indubitável, portanto, que a matéria penal e processual penal deve estar contemplada no Anteprojeto, a não ser que se queira fora de um CPCConst algo de tamanha importância constitucional.

Por outro lado, merecem atenção os princípios que a CR estampa em seus preceitos e regras, assim como aqueles que lá não estão, embora sejam vitais para a estruturação de um código.

Da mesma forma, não seria um disparate usar categorias conhecidas pela CR e usadas nas teorias gerais dos processos a partir da chamada trilogia fundamental: jurisdição, ação e processo.

Tais significantes são conhecidos e têm a sua tradição, embora não reflitam, nos diversos campos processuais, os mesmos significados, justo porque têm substanciais diferenças. A consciência disso, então, impõe um trabalho de teorização prévio ao CPCConst, de modo a que se possa ter uma mais ampla paz conceitual e, assim, menos atritos e disputas ideológicas.

A falta dela (uma teoria adequada), por seu turno, tende a facilitar a estruturação de um código de ritos, com uma regressão ao medievo, para dizer o mínimo. Afinal, como sabem todos, quando não há uma base teórica assaz sólida, a interpretação prevalente é aquela proveniente dos órgãos do poder e, no caso, a confraria togada. Isso – parece evidente –, nunca deu certo, porque induz o solipsismo, o decisionismo, da mesma forma que afasta a democracia processual e abre um flanco indesejável para as intervenções políticas internas e externas, o que é um desastre para os próprios juízes. Quando analisa as máquinas judiciárias, Franco Cordero ajuda a entender o que vai por detrás dessa aparente liberdade: “Aqui não vingam invenções extravagantes: os institutos destinados à longa duração nascem organicamente do metabolismo político; cada sistema subentende uma cultura, boa, decadente ou perversa. Mas a análise sobre as normas não revela o inteiro fenômeno judiciário. Restam fora as praxes, sobre as quais entenderemos pouco se ignorássemos os mecanismos infralegais do poder: o aparato penal oculta deles um temível; que seja exercitado de forma mais ou menos asceticamente desinteressada, depende da qualidade das pessoas e do *imprinting* corporativo. Natural que de tanto em tanto algum bruxo político tente interferir”.²³

²³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 31: “*Qui non attecchiscono invenzioni stravaganti: gli istituti destinati a lunga durata nascono organicamente dal metabolismo politico; ogni sistema sottintende una cultura, buona, scadente o perversa. Ma l'analisi sulle norme non svela l'intero fenomeno giudiziario. Restano fuori le prassi, su cui capiremmo poco se*

Uma teoria adequada e que permita se lançar um CPCConst em conformidade com as necessidades do país não pode, em hipótese alguma, desconsiderar as singularidades dos vários ramos processuais. Logo, qualquer um que intervenha na formação do Código tem o dever cívico de fiscalizar a justa composição da estrutura dele, ou seja, o balanço entre as demandas processuais constitucionais – e seus mais variados interesses – e aquelas expressas na singularidade dos ramos.

Em relação ao processo penal isso é muito claro; e todos sabem as razões por que é imprescindível proteger os acusados (na medida do possível) do arbítrio do Estado, mormente porque a regra, dentre eles, é se ter os menos favorecidos. A realidade penitenciária do país não permite outra conclusão. Ela, porém, mostra quão difícil é, com o processo penal que se tem, alcançar os criminosos mais favorecidos, o que mostra um duplo defeito do sistema: alcança demais a uns; e de menos os outros. Em realidade – como antes referido – o sistema (de todo inquisitorial), foi construído para ser assim; e assim o é.

Eis, então, por que o escopo é construir, para o processo penal, um sistema fundado na Constituição da República, a qual expressa, por seus princípios e regras, um processo penal acusatório. E para isso se tem lutado tanto.

O imprescindível, contudo, é se ter um processo que assegure e faça respeitar os direitos e garantias individuais, sem o que se não terá nem um processo penal democrático e muito menos um processo constitucional democrático. Nele – o processo penal –, como precitado e a partir de Carnelutti, a preocupação maior é com o ser; e não com o ter; porque a res *iudicanda* é um homem. E isso, sem qualquer dúvida, não vai mudar no processo constitucional; e não deve ser esquecido de forma alguma.

A esperança, então, é que o CPCConst reflita as exigências dos ramos processuais e, sobretudo, uma compatibilidade teórica e ideológica com a CR.

A comissão de juristas da Câmara dos Deputados tem, com seus grandes nomes, todos os requisitos para sair vitoriosa da empreitada; e é o que todos desejam.

ignorassimo i meccanismi infralegali del potere: l'apparato penale ne cova uno temibile; che sia esercitato in forme più o meno asceticamente disinteressate, dipende dalla qualità delle persone e dall'imprinting corporativo. Naturale che ogni tanto qualche stregone politico tenti interferenze”.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 131.263/GO. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RHC.clas.+e+%40num%3D%22131263%22%29+ou+%28RHC+adj+%22131263%22%29.suce>. Acesso em: 26 mai. 2022.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. In: *Rivista di diritto processuale*. 1946.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 20
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 1989.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974
- LACORDAIRE, Henri-Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris. Tomo Troisième*. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872
- 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_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure. Acesso em: 1 jun. 2021.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Quando a "Cinderela" do processo penal ganha novas roupas? *Conjur*, 28 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em: 1 jul. 2021.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- PARISE, Bruno Girade. *O poder geral de cautela no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- 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.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C*. Florianópolis: Emais, 2021.
- SANTUCCI, Girolamo. *Unità e deformazione del processo*. *Il Foro Italiano*. p. 233/234-237/238. 1951.
- SOARES, Fernando Luso. *O processo penal como jurisdição voluntária*. 1981.
- STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. v. 82. Coimbra, 2006. p. 213-37;
- STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme a consciência" dá segurança a alguém? *Conjur*, 15 mai. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.