

Paulo Queiroz

# DIREITO PROCESSUAL PENAL

Introdução

**4<sup>a</sup>** | revista  
Edição | atualizada  
ampliada

2023

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL E A EXECUÇÃO PENAL

---

---

### 1) INTRODUÇÃO: AUTONOMIA DO PROCESSO E DA EXECUÇÃO PENAL

Atualmente não se discute a autonomia do processo e da execução penal relativamente ao direito penal, disciplinas que contam com sistematização, legislação, doutrina e princípios próprios, e tudo mais que a especialização ou a tecnicização do saber jurídico-penal implica.

Mas, essa autonomia do direito processual penal e da execução penal é um tanto recente, porque originariamente tudo isso constituía um capítulo ou aspecto do direito penal em sentido lato.<sup>1</sup> Francesco Carrara, por exemplo, no seu *programa de direito criminal* (de 1859), tratou do processo penal na terceira seção da parte geral do seu curso sob o título do *juízo criminal*. Carrara escreveu:

---

1. Segundo Manzini, a cátedra de direito penal (*lectura criminalis*) foi instituída em Bolonha em 1509 e em Pádua em 1540. Ensinava-se, então, direito penal junto ao direito processual penal. Em 1805 Napoleão instituiu em Pávia o ensino de processo penal e civil, mas em 1808 o processo civil foi separado do penal, que voltou à cátedra de direito penal. Tratado de derecho procesal penal, v. 1. Buenos Aires: Libreria El foro, 1996, p.19. Já Luis Jiménez de Asúa afirma que “os fundadores da ciência do Direito Penal, como Fuerbach e von Grolman, na Alemanha, e Carmignani na Itália, consideravam o Procedimento penal como parte integrante do Direito Penal. Todavia, em nossos dias Pessina (Elementos, págs. 16-17) e o Padre Jerónimo Montes, se inclinam por este critério.” Tratado de derecho penal, tomo 1. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p.67. De acordo com Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, a chamada “fase científica” do processo penal teve início com a obra de Oscar Bülow, de 1868, A teoria das exceções e dos pressupostos processuais, que operou a independência do processo penal relativamente ao direito penal, já iniciada pelos judicialistas da escola de Bolonha e acentuada quando da codificação napoleônica, que difundiu o modelo de legislação separada. Estudios de teoría general e historia del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, tomo 2, pp.308/309.

O julgamento criminal é o terceiro momento de fato em que, depois de haver regulamentado a *proibição* e a *sanção* desta proibição, se desenvolve e se completa, conforme a ciência, a função punitiva. Este terceiro assunto é mais importante que os anteriores, porque é ele que põe em contato com os seres vivos e sensíveis a palavra da lei criminal que proíbe e castiga. A *proibição* seria uma fantasia se não fosse seguida da *sanção*, e esta seria uma quimera se não fosse acompanhada do *julgamento*, com a subsequente efetiva execução da sentença.<sup>2</sup>

Dáí porque autores, como Cavaleiro de Ferreira, diziam que o direito penal (em sentido amplo) compreendia o direito penal (em sentido estrito), o direito processual penal e o direito da execução penal, os quais estão interligados e sua distinção é de caráter formal ou metodológico.<sup>3</sup> Justo por isso, no passado se estudava o direito penal e o direito processo penal conjuntamente, como testemunha a bibliografia jurídica com os seus livros sobre “Prática Criminal”.<sup>4</sup> Nesse sentido, o processo penal é uma parte do direito penal<sup>5</sup>. O processo é a dimensão procedimental do direito penal.

Com o passar do tempo, a unidade entre direito, processo e execução penal foi se perdendo ou sendo progressivamente superada com a especialização do saber penal, processual penal e executório. Atualmente, existe uma clara separação dessas disciplinas, a ponto de, com alguma

- 
2. Programa de derecho criminal, parte general. Bogotá: Temis, 1973, v. II, p. 227. Também Giovanni Carmignani, que foi professor de Carrara, referiu-se ao processo penal no livro segundo de seu *Elementi di diritto criminale*, cuja primeira edição é de 1.808, sob o título de *Dei Giudizj Criminali* (dos julgamentos criminais). *Elementi di diritto criminale*. Milano: Carlo Brigola editore, 1882. E Gaetano Filangieri, in *La Scienza della legislazione* (Nápoles, 1780), tomo 1, no livro terceiro sobre as leis criminais (*Delle leggi criminali*) tratou do procedimento penal (*della procedura*). Roma: Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984, p.385.
  3. Manuel Cavaleiro de Ferreira. Lições de Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2010, p.35. De modo similar, na doutrina penal portuguesa: José de Faria Costa (Noções fundamentais de direito penal. Coimbra: Coimbra editora, 2015), Germano Marques da Silva (Direito processual penal português. Universidade Católica editora. Lisboa: 2013), Maria João Antunes (Direito processual penal. Almedina: Coimbra, 2017) e Mário Ferreira Montes. Da realização integral do direito penal. In *Ars Iudicandi*. Estudos em homenagem ao professor doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, 2008, v.2.
  4. Manuel Cavaleiro de Ferreira, idem.
  5. Figueiredo Dias, Jorge. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

frequência, professores de direito penal não ensinarem processo penal e vice-versa.

Apesar disso, entre direito, processo e execução penal não há independência, mas relativa autonomia, dado o caráter indissolúvel dessa relação. Afinal, não existe direito sem um processo de legitimação do direito. O direito pressupõe um poder de dizer o direito – a jurisdição<sup>6</sup>.

Ademais, o princípio do justo processo ou do devido processo legal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV), tem um conteúdo a um tempo penal e processual penal, já que pressupõe a prática de uma conduta penal punível (crime ou contravenção) apurada, processada e julgada na forma da lei<sup>7</sup>. Sem crime, não há processo; sem processo, não há pena. Crime-processo-pena formam, pois, uma trindade-unidade.<sup>8</sup>

Com efeito, só por meio do processo é possível determinar, entre outras coisas: a materialidade e a autoria da infração penal, a sua exata definição jurídico-penal (tipificação), o caráter doloso, preterdoloso ou culposo da ação, a ocorrência de legítima defesa, a imputabilidade, a legalidade da prova e da prisão processual, a culpa ou a inocência do réu, aplicando-lhe, conforme o caso, pena ou medida de segurança. Ou se firmará acordo penal na forma da lei.

- 
6. Como escreve Castanheira Neves, se é certa a autonomia (normativa e dogmática) entre o direito penal material e o direito processual penal, não é menos certo que eles concorrem numa integrante unidade, aquela que encontra expressão numa relação de complementariedade. Ainda de acordo com o autor, o processo penal é a forma juridicamente válida da jurisdição criminal. Sumários de processo criminal. Coimbra: 1968.
  7. De modo similar, Daniel Pastor. Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales. In Tensiones: Derechos fundamentales o persecución penal sin limites. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Segundo Eugênio Pacelli, o direito ao contraditório não constitui uma norma de direito processual, ainda que no processo é que se efetive e se exerça, pois toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material. Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 2016, p.371.
  8. Isso não significa, por óbvio, que o processo deva conduzir forçosamente à condenação. Também assim deve ser entendida a afirmação de Aury Lopes Júnior de que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo senão para determinar o delito e impor uma pena”. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p.34.

Por fim, o processo penal nasceu como direito penal, e, em que pese a autonomia, essa relação se mantém fortíssima. Tão forte é essa relação, que não seria incorreto se o chamássemos (o processo penal) *direito penal processual*. Mas um tal neologismo não nos ajudaria em nada.

Como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

O Direito Processual Penal dita as normas segundo as quais deve o Direito Penal atuar. Tão íntimas são as suas relações que por muito tempo estavam as duas disciplinas formando um só todo, dizendo-se até que o Direito Processual Penal era um ramo, um apêndice do Direito Penal. Ainda hoje há institutos, como os da ação, suspensão condicional da pena, livramento condicional, regulados pelas duas disciplinas. Direito, diz Lucchini (*Elementi*, p.2), é a substância; o processo é a forma; o Direito é a força em potência; o processo é a força-ato. Direito, graças somente ao processo, passa e pode passar do abstrato ao concreto, da ideia à realidade. É o Direito Processual Penal que dinamiza o Direito Penal. O Direito Penal material é a energia potencial; o Direito Processual Penal é o meio pelo qual essa energia pode colocar-se, concretamente, em ação. “Ninguna norma de derecho penal”, doutrina Manzini, “puede aplicarse sin recurrir a los medios, a las garantías del proceso penal” (*Derecho*, cit., p.127). Tão estreitas são as relações entre ambos que não se concebe a existência do Direito Processual Penal sem que haja um Direito Penal. É por meio do processo que o *jus puniendi* adquire sua esplendorosa força. Não se concebe, no Estado de Direito, a aplicação da pena senão por meio de regular processo.<sup>9</sup>

## 2) POR UM SISTEMA INTEGRADO DE DIREITO PENAL, PROCESSO E EXECUÇÃO PENAL

Do ponto de vista legislativo, parece relativamente fácil distinguir direito penal e direito processual penal: o direito penal é parte do ordenamento jurídico que define os crimes e comina as penas; e o processo penal, que é uma dimensão ou desdobramento do direito penal, é a parte do ordenamento jurídico que estabelece a forma e os meios de investigação, processamento e julgamento das infrações penais, aí incluídos o procedimento recursal e os acordos penais.

---

9. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p.54.

O artigo 121, *caput*, do Código Penal, por exemplo, ao definir o crime de homicídio simples (matar alguém) e cominar a respectiva pena (reclusão, de 6 a 20 anos), é uma norma penal; já o art. 70 do Código de Processo Penal é uma típica norma processual penal:

A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Simplificadamente, portanto, a legislação penal diz o que é crime e qual é sua pena, enquanto a processual penal diz como investigá-lo, processá-lo e julgá-lo validamente.

Além de definir crimes e cominar penas, o direito penal dispõe sobre os princípios fundamentais que regulam a atividade penal do Estado e prevê os institutos indispensáveis ao exercício desse poder: crime, pena, dolo, culpa, autoria, participação etc.

De todo modo, a distinção é perfeitamente possível no plano da legislação. Mas, mesmo aqui cabe questionar a natureza penal ou processual penal de certas normas, se penais ou processuais penais.

Afinal, também o Código Penal, que contém a legislação penal fundamental, prevê normas de caráter processual. De acordo com o artigo 100 do CP, por exemplo, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. E é pública condicionada quando a lei exige representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.

Ademais, nem sempre é fácil distinguir normas penais de processuais penais, como as que dizem respeito: 1) à suspensão condicional da pena; 2) ao livramento condicional; 3) aos efeitos da condenação; 4) à reabilitação; 5) à extinção da punibilidade; e, 6) ao perdão judicial. A indicação poderia prosseguir, citando as figuras do agente infiltrado, da colaboração premiada, dos regimes de cumprimento de pena, da prescrição, da detração penal etc.

Esses institutos têm, no mínimo, conteúdo misto: penal, processual penal e/ou executório. Caberia referir ainda a reincidência e outros com tríplice repercussão: penal (individualização da pena), processual (detratação de prisões) e executória (progressão de regime). A colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013) pode ocorrer, inclusive, em qualquer fase (investigação, processo e execução penal), podendo acarretar o perdão

judicial, a redução da pena, a suspensão do prazo prescricional, a progressão de regime etc.

É certo ainda que o atual CPP dedica todo um livro (o Livro IV) à execução das penas e medidas de segurança (art. 668 e ss).

Por fim, é impossível falar de justa causa no processo penal sem se recorrer ao direito penal material e seus conceitos fundamentais, especialmente o conceito de crime e seus elementos constitutivos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Evidentemente, faltará justa causa para o processo se, por exemplo, o fato não constituir crime ou incidirem causas de extinção de punibilidade. Não se investiga ou se processa alguém por um fato manifestamente atípico ou já atingido pela prescrição etc.

Se é relativamente fácil, ou pensávamos que o era, distinguir direito penal de direito processual penal, de uma perspectiva dinâmica, porém, há uma tal interação entre os dois ramos do direito que a distinção parece inconsistente. Aqui a separação é mais aparente do que real.

É que o direito penal não é autoaplicável ou não é voluntariamente aplicável, ao contrário do que se passa com o direito e o processo civil. Porque somente por meio do processo é possível determinar se há ou não há um crime, quem é seu autor, e, se existe uma conduta típica, ilícita, culpável e punível. E, uma vez comprovada a punibilidade do crime, poder-se-á aplicar uma pena e submeter o condenado à sua execução forçada.

Não há, por conseguinte, crime sem pena, nem pena sem processo – *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*. O processo, é o processo de construção – ou desconstrução – jurídica do crime.<sup>10</sup>

É preciso reconhecer, contudo, que há uma tendência de se resolver os casos penais por meio de acordos penais entre a acusação e a defesa, os quais podem ocorrer já na fase de investigação, inclusive. Trata-se de um novo paradigma processual penal.

---

10. Como escreve Manzini, o direito penal não é um direito de coação direta, mas de coação indireta (ou de justiça). O poder punitivo não pode atuar-se imediatamente, com o uso direto da força, como pode fazer, ao contrário, o poder policial. As condições são diversas e são diversos os fins. A polícia tem a necessidade de ação imediata para impedir que ocorra ou que se prolongue a perturbação da ordem. Já o poder judicial, que sobrevém quando o ilícito já se realizou, não tem essa urgente necessidade, senão que pode atuar com plena ponderação, com as cautelas e garantias da justiça. Tratado de derecho procesal penal, v. 1. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996, p. 106.

Daí dizer-se que entre direito penal e direito processual penal há uma relação de mútua referência e complementariedade funcional<sup>11</sup>: um e outro prestam-se à definição legal da culpa penal.

Com efeito, o crime não existe *a priori*, mas *a posteriori*, por meio do processo; o processo penal é, pois, o modo constitucionalmente legítimo de realização do direito penal.<sup>12</sup> *Realizar o direito* não significa aqui condenar o réu, mas, concretizar uma decisão justa, isto é, conforme a lei penal e as garantias do devido processo legal. Uma *decisão justa* pode, portanto, ter conteúdo variadíssimo: condenação, absolvição, anulação do processo, reconhecimento de prescrição etc.

A finalidade do processo penal é assim complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a legalidade do procedimento e a estabilidade das decisões.<sup>13</sup> Como é óbvio, tais fins podem se chocar, seja porque é natural que as partes advoguem teses e interesses contraditórios ou divergentes, seja porque essas finalidades são diversamente interpretáveis. Assim, por exemplo, contra a pretensão de produção da verdade processual sempre se poderá opor a ilicitude dos meios de prova, o princípio da não autoincriminação, a preclusão etc.

É importante perceber ainda que, ao recorrer à dogmática penal e processual penal, o juiz não se limita a constatar um crime e a aplicar-lhe uma pena, mas a construí-lo socialmente, afinal, o direito - e, pois, o crime - não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação do fato punível não é um modo de constatar ou desvelar um direito ou um crime preexistente, mas a forma mesma de construção do direito e do crime. Porque o sentido das coisas (fatos, provas, textos etc.) não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuímos um determinado sentido num universo de possibilidades – aí incluída a falta de sentido inclusive.

Assim, o processo, ao dispor sobre o modo como se dará a investigação, o processamento e o julgamento dos crimes, estabelece as condições de legitimação – e também de deslegitimação – da jurisdição penal, que é o poder de dizer o direito no caso concreto.

---

11. Jorge de Figueiredo Dias. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

12. Nesse sentido, Júlio Maier. Derecho procesal penal argentino. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

13. Claus Roxin. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.4.

Nesse sentido, o processo penal é um *continuum* do direito penal, ou seja, é o próprio direito penal em ação, em movimento, razão pela qual formam uma unidade, um todo incidível. Afinal, não há direito penal sem processo penal, nem processo penal sem direito penal, pois estão logicamente implicados. O processo é, pois, o motor que põe em funcionamento o sistema penal. Não por acaso, ele é mais sensível às mudanças e reformas políticas, marcadas por avanços e retrocessos.

Além disso, rigorosamente falando, não existem fenômenos criminosos, mas uma interpretação criminalizante dos fenômenos.<sup>14</sup> Consequentemente, não existem fenômenos típicos, antijurídicos, culpáveis e puníveis, mas uma interpretação tipificante, antijuridicante, culpabilizante e punibilizante dos fenômenos.

A interpretação é, pois, o ser do direito; e o ser do direito é um dever. O direito, com ou sem alteração dos textos legais, está em permanente mutação. A rigor, o direito não está nos fatos nem nas leis, mas em nós. Parafraseando o evangelho de Lucas (17:21), cabe dizer: o direito é em nós que ele existe. É uma metáfora produzida pelas relações de poder.

Justo por isso, a relação entre direito penal e processo penal não é propriamente instrumental, mas substancial<sup>15</sup>. Como ensinava Calmon de Passos, “não há um direito independente do processo de sua enun-

---

14. Estou parafraseando Nietzsche, que disse (*Além do bem e do mal*, aforismo 108): “Não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos”. Para maiores detalhes, ver Paulo Queiroz. *Direito penal, parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2018.

15. De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, “o direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se, no quadro das instituições do Estado, pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico”. *A teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p.59. Como observa, porém, Mário Ferreira Monte, o direito processual penal não pode ser visto como uma disciplina meramente instrumental, ainda que o seja funcionalmente em certo sentido. Se assim fosse, significaria que não lhe estaria reservado qualquer espaço criativo na realização do direito penal. Com efeito, tendo autonomia teleológica, isso significa, entre outras coisas, que, na prossecução do interesse material de realização concreta da própria ordem jurídica, o direito processual penal também conforma as restantes ciências no sentido e solução de alguns dos concretos problemas dogmáticos. Da realização integral do direito penal, p. 754/755. In *Ars Iudicandi*. Estudos em homenagem ao professor doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, 2008, v.2. Também Germano

ciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.”<sup>16</sup>

O processo, por sua vez, não pode traduzir o exercício arbitrário do poder de punir; deve antes consistir num procedimento dialético capaz de assegurar um confronto de teses e antíteses a um tempo franco, aberto e igual entre as partes. O *due process of law*, em suma.

Com efeito, o processo é uma espécie de arena onde devem ser asseguradas as condições de um combate justo e democrático, como pressupostos de validade e legitimidade. Terminada a disputa, o juiz declarará o vencedor, o vencido e as consequências jurídicas da contenda judicial, além de decidir sobre a própria regularidade da disputa. Exceção a isso são os acordos penais nos quais a disputa dá lugar ao consenso.

### 3) IMPLICAÇÕES DE UM SISTEMA INTEGRADO

Quais as implicações da unidade ou circularidade dessa relação entre direito penal e processo penal?

Possivelmente o mais importante é que os princípios devem incidir de modo unitário, porque os princípios penais são princípios processuais penais e vice-versa.

Assim, a vedação da prova ilícita e o princípio do juiz natural, por exemplo, não são senão o princípio da legalidade penal, embora com outro nome. E os princípios da intranscendência, *nemo tenetur se detegere* e *ne bis in idem* têm repercussão penal, processual penal e executória.<sup>17</sup>

---

Marques da Silva assinala que o processo não tem natureza meramente instrumental, mas alto significado ético e político. Direito processual penal português, cit., p. 18.

16. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de processo, nº 102. São Paulo: RT, 2001, ano 26, abril-junho de 2001.
17. O princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur ipsum accusare, privilegie against Self-Incrimination* etc.), inerente à ampla defesa e à presunção de inocência, assegura ao suposto autor de crime (investigado, denunciado, testemunha) o direito de não produzir prova contra si mesmo. Significa que o possível acusado de infração penal pode ou não colaborar com a investigação; mas, se não quiser cooperar, ninguém poderá obrigá-lo a tanto, razão pela qual, quando houver ilegal constrangimento, a confissão ou prova assim obtida será ilícita e arbitrária a eventual prisão. O *nemo tenetur* tem, portanto, caráter essencialmente negativo, pois

Nesse sentido, o princípio da individualização da pena no processo penal – aqui chamado individualização das medidas cautelares etc. – incide sobre toda medida cautelar pessoal ou real, já que, havendo concurso de agentes, o juiz, ao determiná-las, deverá fundamentar, de modo circunstanciado, e, individualizadamente, por exemplo, cada uma das prisões decretadas, sob pena de nulidade. Assim, é ilegal (em parte) uma decisão que, depois de justificar a prisão preventiva de um dos investigados ou acusados, pretende dar-se por justificada também para os demais corréus pelo simples fato da coautoria ou da participação.

O que muda é a intensidade e o modo como incidem em cada fase do processo e da execução penal; a construção da verdade no processo penal, por exemplo, comporta graus: a verdade que se requer para receber uma denúncia não é a mesma que se exige para a condenação. A verdade sofre ainda variações conforme o procedimento: ordinário, sumário e sumaríssimo.

Também não faz sentido tratar diversamente o princípio da irretroatividade da lei: quer trate de norma penal, quer de norma processual, há de retroagir sempre que for mais favorável ao imputado. Não retroagirá quando lhe for prejudicial. O princípio é, pois, o mesmo: a lei (penal ou processual penal) não pode retroagir para prejudicar o réu.

Ademais, os constrangimentos previstos na legislação processual jamais podem exceder àqueles que resultariam da própria condenação, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Assim, por exemplo, não é possível a prisão processual se a respectiva infração penal não cominar pena privativa da liberdade ou admitir a substituição por pena restritiva de direito etc.

Já o princípio *in dubio pro reo*, tradicionalmente associado à valoração da prova, é também um princípio penal porque constitui uma dimensão da presunção de inocência. Assim, quando houver fundada

---

consagra um direito de não fazer, de não colaborar, mas não um direito de fazer; é assegurada, por conseguinte, uma omissão, não uma ação. Justamente por isso, não se presta a justificar condutas como destruição de provas (queima de documentos, remoção de sangue do local do crime etc.). Não fosse assim, aliás, seria possível (em tese) invocá-lo para legitimar os mais diversos crimes, a exemplo da morte da testemunha que presenciou o homicídio e a respectiva ocultação do cadáver.

dúvida, por exemplo, sobre se há dolo, preterdolo ou culpa, deverá prevalecer a tese mais favorável ao réu.

E mais: é ônus da acusação, não da defesa, fazer prova dos fatos alegados na denúncia/queixa, ou seja, é seu dever demonstrar o cometimento de uma infração penal punível com todos os seus elementos constitutivos (fato típico etc.). Não se prova a inocência, mas a culpa.

Por fim, também a execução da sentença penal, que é uma etapa de realização do direito penal – direito, processo e execução penal formam um *continuum* –, há de reger-se pelos princípios constitucionais do direito e processo penal. Assim, modificações legislativas criadas em desfavor do condenado não podem atingir as condenações por crimes cometidos anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais severa (v. g., uma lei que abolisse o livramento condicional deveria ser aplicada somente aos crimes cometidos posteriormente à sua vigência).

É importante notar ainda que, por força dessa unidade, as reformas penais e processuais penais não deveriam ser feitas isoladamente, sem considerar as possíveis implicações nas legislações afins. Não faz sentido, por exemplo, que a Lei nº 12.403/2011 tenha ampliado consideravelmente as hipóteses de medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319), mas não haja alterado o elenco das penas restritivas de direito (CP, arts. 43 e 44). Com efeito, era possível e recomendável que a reforma se estendesse ao Código Penal (comum e militar) e à Lei de Execução Penal, a fim de que o rol das penas alternativas fosse também aumentado. Ou seja, as medidas cautelares diversas da prisão deveriam figurar também como penas. Mais: as penas privativas da liberdade deveriam deixar de ser a pena principal para passarem a ser penas alternativas às restritivas de direito, invertendo-se a lógica atual.

Também é inconsistente, devendo ser superada, a distinção entre provas ilícitas, que violariam normas de direito material<sup>18</sup> (v.g., prova

---

18. De acordo com Ada Pellegrini Grinover e outros, principal responsável pela difusão (com base na doutrina italiana) entre nós dessa distinção, “diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida”.

obtida mediante tortura), e provas ilegítimas, que ofenderiam regras processuais (v.g., prova produzida sem contraditório), visto que<sup>19</sup>: a) o direito penal e o direito processual penal formam uma unidade; b) num e noutro caso há violação ao devido processo legal; c) nem a Constituição, nem o Código de Processo Penal fazem distinção no particular (CF, art. 5º, LVI, e art. 157, *caput*, do CPP<sup>20</sup>); d) o direito material e o processual constituem um capítulo da Constituição, um seu desdobramento; e, e) as provas ilícitas e as que se pretendem ilegítimas produzem o mesmo resultado prático: nulidade do ato processual. Afinal, uma prova é juridicamente imprestável ou porque é vedada pela ordem jurídica (ilícita) ou, porque, embora lícita, foi colhida em desacordo com a lei (v.g., um interrogatório judicial sem a presença do advogado).

Em conclusão, e contrariamente à doutrina e à jurisprudência ainda hoje dominantes, os princípios penais são também aplicáveis ao processual penal e à execução penal e vice-versa, ainda que com graus diversos de incidência. Porque os princípios penais são princípios processuais penais e vice-versa.

---

Nulidades no processo penal. São Paulo: RT, 2011, p. 126/127. A distinção referida por Ada Pellegrini foi proposta por Pietro Nuvolone num artigo de 1966, intitulado *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Nele Nuvolone propõe distinguir proibições (de prova) processuais e substanciais. Para o autor, uma proibição é de natureza processual quando é instituída no interesse da lógica e da finalidade do processo; e é de caráter material quando, apesar de também atender a interesse processual, é instituída em favor dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, independentemente do processo. Nos dois casos, há *ilegalidade*; mas, enquanto a violação de direito processual é um *ato ilegítimo*, a violação de direito substancial é um *ato ilícito*. A prova ilegítima implica nulidade do ato. Já, com relação à prova ilícita, então bastante controvertida, Nuvolone dizia que, por ser uma prova ilegal, não poderia ser utilizada. Justo por isso, aplaudia o artigo 233 do nosso CPP, que previa, e ainda prevê, que “as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. Pietro Nuvolone. *Trent’anni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1969, p. 524/528. Parece que a distinção ainda é adotada pela doutrina italiana, como se vê, por exemplo, em Paolo Tonini. A prova no processo penal italiano. São Paulo: RT, 2002, p.76 e seguintes.

19. No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho, que tem a distinção por superada. Código de processo penal comentado, v1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 507/508.
20. Com efeito, a Constituição (art. 5º, LVI) diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o art. 157 do CPP prevê que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.