

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p50-64>

REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

REFLECTIONS ON THE NATURE OF THE CRIMINAL PROCEDURE

Marcos Afonso Johner*
Ramiro Gomes von Saltiel**

Resumo: É objeto de investigação do presente artigo o tema da natureza jurídica do processo penal. O objetivo a atingir é demonstrar a importância do tema e do estudo desta disciplina no âmbito da ciência do direito, perpassando pelas obras de seus principais desenvolvedores: Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, revisando a bibliografia desses autores e de outros processualistas que escreveram sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Natureza Jurídica do Processo. Relação Jurídica. Situação Jurídica. Procedimento em contraditório.

Abstract: The object of the present paper is on the nature of the criminal procedure. The objective is to demonstrate the importance of the theme and the study of this discipline in science of law, passing through the works of its major developers: Bülow, Goldschmidt and Fazzalari, revisiting the bibliography of these authors and other ones who wrote about the same theme.

Keywords: Criminal Procedure. Nature of Criminal Procedure. Legal relation. Legal situation. Procedure in contradictory.

* Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Itapiranga/SC. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

** Mestrando em Ciências Criminais e especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: ramirovsaltiel@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre a natureza jurídica do processo penal é etapa obrigatória para o estudo das ciências criminais. O objeto a ser estudado transcende as fronteiras dogmáticas do processo penal enquanto instrumento para a aplicação da pena estatal, servindo, por exemplo, como crítica ao sistema de justiça criminal, às teorias da pena estudadas em direito penal etc.

Mais do que isto, o estudo científico a respeito da natureza jurídica do processo é uma forma de compreendê-lo enquanto fenômeno que se desenvolve através do direito. É preciso ter em mente que, uma vez que o Direito Penal (e, portanto, a pena criminal) não pode ser aplicado de forma autônoma, ao contrário de instrumentos de direito privado civilístico (contratos, por exemplo), o que alavanca o direito processual penal como instrumento de realização e fiscalização da democracia.

E não só: é também a natureza deste instrumento que possibilita entender não apenas quando o processo se perfectibiliza, mas quando ele não se perfectibiliza. Isto é, o estudo de disciplinas como o ato processual defeituoso, v.g., nulidades, depende umbilicalmente daquilo que se entende como sendo a natureza jurídica do processo.

Estas concepções são trazidas a partir de uma ótica garantista do direito processual penal, em que se entende o processo penal enquanto necessário para a aplicação da pena (princípio da necessidade) e como instrumento de proteção das garantias fundamentais do indivíduo (legitimação pela instrumentalidade do processo). (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 60 e 64).

Tendo dito isto, o presente texto abordará o trabalho de três autores cujas obras são essenciais à compreensão da natureza jurídica do processo, a saber: Oskar von Bülow, James Goldschmidt e Elio Fazzalari, delineando suas principais contribuições para o estudo em questão.

2 OSKAR VON BÜLOW: O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

O jurista alemão Oskar von Bülow publicou sua principal obra, *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen* em 1868, da qual utilizaremos a tradução para o espanhol em Bülow (1964). Nela, é desenvolvido (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 192; GLOECKNER, 2010, p. 41-42) o conceito de processo enquanto relação jurídica, tornando-se a concepção doutrinal mais influente, sendo até hoje a mais utilizada cientificamente (mesmo que tenha sido muito criticada). Como notáveis influenciados encontram-se nomes como os de Wach, Chiovenda, Carnelutti e Rocco. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 194-195; BOBBIO, 2016, p. 37-44 e 71).

Um dos grandes méritos a se notar na obra de Bülow (1964, p. 1-2) foi a sua labuta em separar o direito processual do material; ou melhor, em demonstrar como o primeiro não depende do segundo, como seguidamente se afirmou na história. Era de praxe tratar o processo como um caminho percorrido pelo direito material, e apenas isto, sem entender o processo enquanto ramo autônomo do direito público, com suas próprias regulações, direitos, garantias e obrigações.

É fácil perceber o estado da arte da questão ao reparar que, no processo romano, mesmo quando se falava em “obrigação processual”, não se estava a falar do processo como uma relação jurídica, por exemplo, senão que o seu conteúdo era puramente material. Conforme Goldschmidt (1961, p. 19), “[...] os romanos não diferenciavam entre o conteúdo material ou processual de uma alegação ou resolução”.¹

Essa indistinção, aliás, era o que dava à *actio* romana o conceito de direito material em movimento, ou seja, quando o autor ingressava em juízo para pedir aquilo que lhe era de direito. Daí a total impropriedade de falar em uma “ação penal”, uma vez que o requerente, Ministério Público, não possui direito subjetivo algum de punição (*ius puniendi*), senão uma mera pretensão acusatória perante o acusado (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 102-103; GLOECKNER, 2011, p. 48).

A noção de processo enquanto relação jurídica trouxe uma superação da visão romana. A relação jurídica se distingue das demais relações de direito, sendo

¹ “[...] los romanos no diferenciaron entre el contenido material o procesal de una alegación o resolución”.

própria do direito processual. Uma vez em juízo, as partes (conceito especialmente enriquecido nesta teoria) e o juiz contraem entre si mútuas obrigações processuais, o que, naturalmente, gera direitos processuais (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 192).

O fato de o processo gerar direitos e obrigações entre as partes é o centro de gravidade da teoria, formulando-se a tão visualizada imagem do triângulo, em cujas pontas encontram-se cada uma das partes e, na ponta de cima, o juiz.

Esta contribuição também representou uma evolução em termos de processo penal, que era, até então, utilizado para fins de defesa social, em que a intervenção do Estado era irrestrita e outorgada perante o réu (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 191).

Em sua obra, além de fornecer as bases para as relações jurídicas que permeiam o processo, Bülow também ofereceu seus próprios fundamentos para as condições para a constituição de uma relação jurídica e o modo como sua não observância acarretaria nulidade. A estas condições chamou expressamente “pressupostos processuais”,² (BÜLOW, 1964, p. 5-7) cujo exame era atribuição do juiz, que poderia decidir pela ausência de pressupostos (parte incapaz, por exemplo), não precisando ser provocado para decidir, podendo fazê-lo de ofício, em respeito à natureza pública do processo (BÜLOW, 1964, p. 293).

A partir daí firmou bases para reformar o conceito que se tinha, até então, de exceções dilatórias, estas que carregavam em si eminente cunho de direito civil material. Bülow demonstrou que era possível que o demandado, em sua primeira manifestação processual, demonstrasse vícios não apenas no direito pretendido pelo autor, mas no processo em si, de modo que essas exceções eram “exceções processuais”, e não simplesmente dilatórias (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 17). Esta constatação representou um grande avanço para a ciência processual.

Interessante ressaltar que as noções de Bülow (1964, p. 6) detinham uma finalidade de tornar-se uma “concepção total” para o processo (uma noção tipicamente científica da época, fruto de uma concepção totalizante da modernidade,

² Seriam elas: “1) a competência, capacidade e imparcialidade do tribunal, a capacidade processual das partes [...] e a legitimação de seu representante; 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil, 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais, 4) a ordem entre vários processos”. Original da tradução espanhola: “1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal, la capacidad procesal de las partes [...] y la legitimación de su representante, 2) las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil, 3) la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales, 4) el orden entre varios procesos”.

conforme Gauer (2001, p. 12, 57 e 77), de modo a explicá-lo, fosse qual fosse a sua natureza. Uma forma de esmiuçar dogmaticamente as categorias gerais do processo, tal como os requisitos constitutivos de uma relação jurídica privada ou de um delito-tipo (o *Tatbestand*, que, em termos atuais, constitui o conceito de tipo).

No Brasil, há larga aceitação doutrinária no sentido do processo penal enquanto relação jurídica, especialmente por parte da Escola de São Paulo e da doutrina de teoria geral do processo (GLOECKNER, 2011). Mas esta concepção de processo apresenta suas próprias defasagens, a começar pela explicação purista que dá a um fenômeno que, além de jurídico, é social; a explicação para o largo aceitação se dá nas contingências históricas que circundavam Bülow: segunda metade do século XIX, em que o direito sofria uma era de codificações e de pretensão cientificista (GLOECKNER, 2011).

A questão histórica não prejudica a teoria unicamente no sentido de desatualização cronológica; em termos de ciência jurídica, há muito para se criticar. Isso porque a ciência do direito, em especial as ciências criminais, não pode ser fechada em si, alheia ao contexto social do qual faz parte. O direito deve se valer da interdisciplinaridade, assim como o direito processual penal.

Nesse sentido, a ideia de relação jurídica apresenta uma visão estática e engessada do fenômeno processual, em muito devedora do pensamento liberal dos iluministas e da concepção mítica do juiz boca de lei, presente na obra de tantos autores daquele tempo, como no clássico escrito de BECCARIA (2011, p. 29), que falava em silogismo judicial.

O processo, contudo, é dinâmico; acompanha as movimentações da sociedade em determinado contexto histórico, estando sujeito a confluências político-criminais (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 65 e 78; GLOECKNER, 2010, p. 48; DIAS, 2007, p. 18). Daí se torna sintomático dizer que o processo penal atua como uma verdadeira regra da democracia: enquanto em um regime democrático os direitos e garantias fundamentais do acusado devem ser protegidos, um Estado totalitário se serve do direito penal para fins de defesa social e higienização.

Essa visão estática, com aparência de neutralidade, permite que se utilizem conceitos de direito privado e civil no processo penal. O gênero negócio jurídico, ao transformar-se em relação jurídica, carrega em sua essência a ideia de pretensão

jurídica, discorrendo daí a autorização para falar-se em pretensão punitiva. Já dissemos: o objeto do processo penal é a pretensão acusatória: o Estado não tem o direito de punir quem quer que seja antes de sentença condenatória transitada em julgado (BADARÓ, 2015, p. 58).

A teoria do processo como relação jurídica seguidamente se utiliza de termos civilísticos e privatísticos (ALONSO, 1997, p. 203 e 206) para desnaturar a qualidade intrinsecamente garantidora do processo penal (TOURINHO FILHO, 2007, p. 6 e 8-11), nisto, é evidente a semelhança com a doutrina da teoria geral do processo, tão difundida em doutrina nacional.

Criticando essa visão privatista que a relação jurídica processual propõe, Goldschmidt (1961, p. 20-21) é certo em avisar que o processo não gera direitos subjetivos entre as partes, tal como uma relação privada. Isto porque se trata de um direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar a Justiça, daí emanando a Jurisdição e dando ao juiz um papel importante, qual seja o de pronunciamento jurisdicional, que não deixa de ser uma obrigação perante os cidadãos e o próprio Estado.³

Enfim, a obra de Bülow representa um verdadeiro marco no estudo do direito processual, merecendo reconhecimento. No entanto, é uma visão que precisa ser superada, especialmente pelo jurista que se debruça no campo do processo penal.

3 JAMES GOLDSCHMIDT: O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Uma das principais contribuições para evidenciar os equívocos da teoria da relação jurídica de Bülow – notadamente em se tratando de processo penal – adveio de James Goldschmidt, que partiu da noção de processo como um conjunto de situações processuais, por meio das quais as partes visam a uma sentença definitiva favorável, para explicar e justificar a complexa fenomenologia processual. Desse

³ O autor também ressalta que havia, no direito romano, um dever de colaboração perante a *litis contestatio*. Tal obrigação, também, é um total anacronismo em tempos de um Estado liberal e democrático; o que há, ao revés, é uma “carga” da qual as partes podem se desincumbir, mediante seu próprio interesse, a fim de lograr êxito no pronunciamento final, a sentença, conforme se verá no item 2 deste artigo.

modo, de acordo com Lopes Júnior (2017, p. 196), Goldschmidt nega a existência de direitos e obrigações processuais, além de considerar que os pressupostos a que se refere Bülow são, na realidade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Goldschmidt (1961, p. 50) parte de uma consideração estática e dinâmica do direito. Para o autor, as normas jurídicas têm uma dupla natureza: por um lado, representam imperativos dirigidos ao cidadão, correspondendo ao lado estático do direito, em analogia às normas materiais; por outro viés, apresentam-se como medidas de juízo para o juiz, caracterizadas pela sua dinamicidade, que se mostra necessária para estabelecer as categorias adequadas à compreensão dos nexos processuais (ALONSO, 1997, p. 197).

Nesse sentido, Goldschmidt (1961, p. 55) esclarece que o juiz aplica a lei não só para obedecê-la, mas com caráter profissional, de tal forma que eventuais erros de interpretação não configuram violações de deveres inerentes ao cargo (porquanto a possibilidade da via recursal), diferentemente do que aconteceria num caso de prevaricação, por exemplo, em que o juiz está sujeito, como qualquer outra pessoa, aos imperativos legais.

O fato de o processo constituir um feixe de situações jurídicas, e não de relações, resulta claramente do poder soberano exercido pelo juiz, poder este cuja existência e atividade é, nem mais, nem menos, condição para que se produzam nexos jurídicos (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 56). Estes nexos, por sua vez, decorrem da consideração do direito (ou das normas legais) como medida, de que resulta aos indivíduos o caráter de promessas ou ameaças da conduta do juiz, o que desemboca, em última análise, numa sentença de conteúdo determinado, com o efeito de que a pretensão da parte valha para o futuro diante dos tribunais, como juridicamente fundada ou infundada (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 57).

Os nexos jurídicos recém-mencionados ora conformam a expectativa de uma sentença favorável, cuja concretização depende da prática de um ato processual da parte interessada,⁴ (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 197) ora conformam a perspectiva de uma sentença desfavorável, que depende da omissão da parte (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 57-58).

⁴ "As expectativas de uma sentença favorável dependerão normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas)".

A vantagem que se obtém de um ato processual e, conseqüentemente, de uma sentença favorável, representa possibilidades à parte interessada (o autor tem a possibilidade de produzir as provas para atestar o direito que demanda; o réu tem a possibilidade de opor as exceções que reputar cabíveis etc.). De outro lado, quando se pretende evitar prejuízos (uma sentença desfavorável), fala-se, então, em cargas processuais: o autor tem, v.g., a carga da prova dos fatos que alegar (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 58-59). O próprio Goldschmidt (1961, p. 93) assenta que há uma relação estreita entre cargas e possibilidades, já que cada possibilidade apresenta uma carga à pessoa que dela não se aproveita; daí que a ocasião obriga (impõe uma carga), e a mais grave culpa contra si próprio é deixar passar a ocasião.

Diante disso, Goldschmidt (1961, p. 59-60) considera como direitos no sentido processual do termo:⁵ a) a vantagem processual (sentença favorável), comparada aos direitos relativos, porque há, por parte do Juiz, vinculação de satisfazê-las; b) a dispensa de uma carga processual, comparada aos direitos absolutos, pois põe a salvo a liberdade da parte interessada contra qualquer prejuízo; c) a possibilidade de atuar com êxito, comparada aos direitos constitutivos. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 198). Por outro lado, a noção de carga corresponderia ao conceito material de dever ou de obrigação, já que representa a necessidade de uma atuação para prevenir um prejuízo processual (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 60), com a advertência de que, no sentido processual do termo, carga e obrigação não constituem sinônimos, sendo aquela o conceito característico da dinâmica processual.

Abre-se um parêntese para especificar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, tendo em vista não apenas que a primeira afirmação é realizada na peça acusatória, mas também pelo fato de que o réu está protegido pela presunção de inocência, motivo pelo qual é equivocado falar-se de distribuição do ônus da prova no processo penal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 199). O que (co)existe, aqui, com a noção de carga – indo além da ideia inicial de

⁵ O autor adverte, porém, que, "na realidade, não se trata de direitos propriamente ditos, mas de situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa: chances". Original da tradução espanhola: "En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: chances". Assim sendo, "diante de uma chance, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não se liberar, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva)".

situação jurídica –, é a assunção de riscos pela defesa; vale dizer, a omissão da defesa potencializa a perspectiva (ou o risco) de uma sentença desfavorável, o que se deve, fundamentalmente, à epistemologia da incerteza (HAWKING, 2015, p. 77-78; PRIGOGINE, 1996, p. 13; SANTOS, 1995, p. 37) que rege a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de convencimento (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 199).

Daí que, fechando o parêntese, as categorias processuais (expectativas e perspectivas), baseadas em normas jurídicas tendentes a alcançar uma decisão judicial futura, constituam uma situação jurídica, entendida como o estado de uma pessoa desde o ponto de vista da sentença judicial, o que se espera de acordo com apoio nas normas jurídicas (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 62). Dessa forma, o processo como situação jurídica reduz a um denominador comum a exigência abstrata de cada cidadão (administração da justiça pelo Estado) e a exigência concreta do titular que postula em juízo (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 63-64). A exigência abstrata produz expectativas próximas e certas de que o juiz atue observando as leis, e expectativas remotas e incertas de uma sentença favorável. Por isso, depende da parte valer-se das possibilidades durante o processo, principalmente em caso de expectativas remotas e incertas (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 64).

Tendo isso em vista, é possível entender o porquê de o feixe de situações jurídicas materiais que desencadeiam expectativas e perspectivas de uma decisão judicial futura refletir uma consideração dinâmica de processo, ligada à ideia de vantagem (possibilidade) e prejuízo (carga) (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 64-65).

Goldschmidt (1961, p. 65), para distinguir a perspectiva dinâmica da estática, recorre às relações entre Estados: em tempos de paz, a relação de um Estado com os seus territórios e súditos é estática; de outro lado, em tempos de guerra essa relação é dinâmica, atribuindo ao Estado expectativas, possibilidades e cargas. O descuido do Estado pode acarretar no seu aniquilamento; mas, ao aproveitar-se da possibilidade, pode ser vitorioso e desfrutar das vantagens daí decorrentes.

As principais objeções, e as correspondentes respostas, à concepção de Goldschmidt podem ser assim sintetizadas: a) o conceito de situação jurídica é sociológico, e não jurídico (LÉVI-STRAUSS, 1952). O autor procurou responder à crítica ao argumento de que o conceito de expectativa processual carece de índole

sociológica tanto quanto o homônimo no campo do Direito Civil, já reconhecido há muito tempo (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 65). Além do mais, atualmente inexistente receio de assumir o caráter sociológico e demonstrar a sua absoluta necessidade (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 79 e 203; DIAS, 1999, p. 24); b) a substituição do conceito de relação jurídica pelo de situação jurídica aniquiladora a unidade do processo. Goldschmidt (1961, p. 67) rebate esta objeção afirmando que a unidade do processo é garantida pelo seu objeto, qual seja o direito material, que se desenvolve em situações processuais.

É preciso consignar que um dos principais críticos de Goldschmidt foi o processualista italiano Piero Calamandrei. Este autor teve, igualmente, a ideia de reconhecer a dinamicidade do processo, formulando sua concepção de processo como jogo. Inicialmente, ele opôs diversas críticas às ideias de Goldschmidt; mas, com o tempo, reconheceu os seus próprios equívocos, destinando elogios a ele e lhe atribuindo a célebre alcunha de "mestre do liberalismo processual" (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 205).

4 ELIO FAZZALARI: O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Elio Fazzalari é um autor que se inspirou, inescapavelmente, na produção teórica de Goldschmidt, desenvolvendo suas contribuições em cima da base fundada por ele, dando continuidade à sua obra. A constatação é feita por Lopes Júnior (2017, p. 221), que acrescenta que isto nunca foi admitido nem pelo autor nem por seus seguidores, quicá pelo fato de o doutrinador italiano ter desenvolvido sua obra no âmbito do processo civil e da teoria geral do processo (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 40).

No centro de sua argumentação, encontra-se a rediscussão da categoria do processo enquanto espécie do gênero procedimento (este conceito que havia sido enxugado desde Bülow, sem preocupação em distinções qualitativas). O procedimento, portanto, para que possa ser chamado processo, deve passar pelo necessário crivo do direito fundamental ao contraditório entre as partes, em paridade de armas. O processo deixa assim de ser apenas uma sucessão de atos

(GLOECKNER, 2010, p. 98-99), também superando o malsinado “*clichê*” da relação jurídica formalizada por Bülow.

Essa reafirmação do processo como espécie diante do gênero procedimento foi de especial relevância pelo fato de a doutrina processualística estar, num primeiro momento, muito atrelada ao processo administrativo, sendo daí herdado o conceito de “mera sucessão de atos”. Embora a teoria de Bülow seja posterior a esse momento, ela não forneceu críticas a tais noções⁶ (FAZZALARI, 1975, p. 23-24).

Esta concepção, de *sequenza di atti* (sequência de atos), é inerente ao instituto do “procedimento”, que, quando previsto por lei, não é por ela disciplinada. Mesmo assim, FAZZALARI (1975, p. 26) elenca requisitos para que um procedimento, em abstrato, possa ser considerado como tal, trazendo à sua estrutura uma série de normas que regulam determinadas condutas e posições subjetivas dos sujeitos, na qual uma é necessária para a sequência de outra.

Já o processo, quando previsto, recebe sua própria disciplina especial, além da mera previsão procedimental, ganhando corpo principiológico etc. (FAZZALARI, 1975, p. 23-24). No direito processual penal entra em cena o seu maior protagonista: o contraditório travado entre as partes, interessadas no resultado final⁷ (FAZZALARI, 1975, p. 29).

Fazzalari tece muitas críticas à doutrina processual, inclusive a italiana, por ter dado demasiado crédito à frágil noção bülowiana de relação jurídica e dos conceitos privatísticos desenvolvidos pela escola pandectista. Embora Bülow tenha admitido haver uma complexidade na relação jurídica, tratava-se de tentar enxergar

⁶ “Mais adiante os processualistas constataram a utilidade deste último esquema para a sistematização das atividades jurisdicionais, podendo assim abandonar o desgastado e inapropriado *clichê* da ‘relação jurídica processual’. É, enfim, de ontem a aquisição da noção de ‘processo’, por longo tempo tratado de modo quase atemático, para um próprio significado técnico, aderindo à realidade normativa: significado distinto, mas não desvinculado da noção de procedimento”. Original em italiano: “Successivamente i ‘processualisti’ hanno constatato l’utilità di quest’ultimo schema per la sistemazione delle attività giurisdizionali, potendo così abbandonare il logoro e inadatto *cliché* del ‘rapporto giuridico processuale’. È, infine di ieri l’acquisto alla nozione di ‘processo’, per così lungo tempo adoperata in modo quasi informe, di un proprio significato tecnico, aderente alla realtà normativa: significato distinto, ma non disgiunto dalla nozione di procedimento”.

⁷ “[...] o procedimento compreende o ‘contraditório’, se faz também mais articulado e complexo, e do gênero ‘procedimento’ é facultado incluir a espécie ‘processo’”. Original italiano: “[...] il procedimento comprende il ‘contradittorio’, si fa quindi più articolato e complesso, e dal *genus* ‘procedimento’ è consentito enucleare la specie ‘processo’”.

dinâmica em um conceito meramente estático, ou “mera convenção linguística”. (GLOECKNER, 2010, p. 100).

Enquanto o núcleo fundante da estrutura dialética do procedimento – o princípio do contraditório – seja reconhecidamente um dos princípios fundantes do processo penal, é preciso anotar que, em determinado momento, pensava-se que qualquer ato, ainda que isolado, fosse suficiente para a produção de efeitos apoiado em Aroldo Plínio Gonçalves (GLOECKNER, 2010, p. 101). A semelhança com o processo de matriz inquisitiva é evidente.

O contraditório, exercido em paridade de armas, onde interessado e contra-interessado possuem total simetria, é núcleo fundante não apenas do processo, como da democracia. E, nesse cenário, a forma assume papel de garantia, devendo ser respeitada em sua integralidade para a validação do ato processual; em caso oposto, haverá ato processual inválido, e, portanto uma nulidade (GLOECKNER, 2010, p. 102), sendo que, em função da teoria da contaminação, a validade do ato subsequente depende da validade do ato anterior⁸ (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 40; FAZZALARI, 1975, p. 35).

Além disso, o contraditório, na concepção de Fazzalari, deve ser visto em duas dimensões, sejam elas a da informação e a da reação (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 223). Significa dizer que as partes têm o direito de ser informadas a respeito dos atos processuais e de a eles se oporem em caso de discordância, de forma a possibilitar a substancial igualdade entre elas.

Ressalte-se que, em processo penal, a participação do acusado possui menor necessidade. Isso porque a verdadeira carga probatória fica a cargo da acusação (na linguagem de Goldschmidt), podendo o acusado se manter em silêncio, sendo presumidamente inocente até sentença condenatória transitada em julgado e não tendo dever algum perante a acusação que lhe é feita (GLOECKNER, 2010, p. 105).

O trabalho de Fazzalari, embora desenvolvido essencialmente em âmbito de processo civil, traz eminentes contribuições ao direito processual penal. Embora não

⁸ “Novamente: como anotado, o regime de validade e eficácia de qualquer ato do processo, incluindo o final, é afetado pela regularidade ou irregularidade do ato que o precedete, e influencia a validade e eficácia do ato ou dos atos que seguirem, incluído o último” Original italiano: “Ancora: come rilevato, il regime di validità ed eficácia di ciascun atto del processo, e di quello finale, risente dela regolarità o irregolarità dell’atto che lo precede, e influisce sulla validità e sull’eficacia dell’ato o degli atti che seguono, quello finale compreso”.

se prenda à dogmática criminal, o autor faz questão de ressaltar a separação do Estado entre Ministério Público (acusador) e Juiz (julgador), sendo que cabe, ao primeiro, o papel de requerente, que pede a pronúncia jurisdicional em desfavor do acusado (FAZZALARI, 1975, p. 102). É evidente a consonância do pensamento do autor italiano com o fundamento teórico de instrumentalidade constitucional e a pretensão acusatória.

O autor também faz uma breve regressão histórica, demonstrando os três modelos de processo penal conhecidos: acusatório, inquisitório e misto. Neste último, a iniciativa processual não se dá pelo julgador: a *azione penale* é oferecida pelo *pubblico ministero*. Mesmo assim, a instrução se dá de modo inquisitório, isto é, com notório poder judicial sobre a instrução processual. (FAZZALARI, 1975, p. 102-103; COUTINHO, 1998, p. 165-167). E comenta: embora a doutrina venha buscando por um novo modelo, totalmente acusatório, o modelo italiano era ainda misto (ao menos, à época em que escrevia o autor).

A título de conclusão deste tópico, ressaltamos que é preciso realizar uma leitura conjunta das obras de Goldschmidt e Fazzalari. É esta leitura compartilhada que possibilitará alcançar, em completude, aquilo que mencionamos na introdução deste texto, isto é, a noção do processo penal como instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais do hipossuficiente (acusado), regido pelo princípio dispositivo, em um sistema acusatório e democrático.

5 CONCLUSÃO

O presente texto se ocupou de dissertar brevemente acerca da natureza jurídica do processo, reafirmando a importância do estudo do tema e das suas consequências práticas para o direito processual penal.

Tomou-se por base a concepção de instrumentalidade constitucional do processo penal enquanto legitimadora da intervenção do Estado, mediante sua pretensão acusatória (e não *ius puniendi*, pois ausente o direito de punir sem o processo). Da obrigatoriedade do processo penal jurisdicional deriva, pois, o conceito de princípio da necessidade.

Após tratar de três dos mais influentes autores para o tema (Bülow, Goldschmidt e Fazzalari), ressaltou-se o quanto o conceito de processo como relação jurídica se encontra defasado, ainda que permaneça pouco questionado por grande parte da doutrina brasileira.

As ideias de Goldschmidt, pelo contrário, fazem perceber a complexidade e a dinamicidade do processo penal, tornando-se imprescindíveis cientificamente. Daí a importância da obra de Fazzalari, que deu continuidade às noções goldschmidtianas.

Enfim, não buscou este escrito senão reafirmar aquilo que se quer para um processo penal democrático. Se é por ele que se mede como um determinado Estado utiliza de seu poder de punir, somente com o respeito às garantias e direitos fundamentais da parte hipossuficiente (acusado) poder-se-á estar diante de um Estado democrático de direito, respeitador das regras do jogo.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal**: introducción. 2. ed. Madrid: EDERSA, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtstein. Buenos Aires: EJE, 1964.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I : questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instutuzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1975.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Revista sistema penal e violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, 2011. Disponível em:
http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11379/2/Inaplicabilidade_do_Conceito_de_Acao_ao_Processo_Penal.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: teoria general del proceso. 2. ed. Buenos Aires: EJE, 1961.

HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Tradução: Inácia Canelas. Lisboa: Editorial Presença: Martins Fontes, 1952. Disponível em: <http://bit.ly/raca-e-historia-c-levi-strauss>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Recebido em 18/03/2020.

Aceito em 24/03/2020.