

UNIDADE OU DUALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL?

Fernando da Costa Tourinho Filho
Prof. de Direito Processual Penal
da Faculdade de Direito de Baurú

O processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só. É através do processo que o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional. Assim, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal não passam de faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceram por cissiparidade.

Qual o fundamento constitucional do Direito Processual? Tal fundamento repousa e descansa no dever do Estado de administrar Justiça.

Observa *Giovanni Leone* (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. I/16) que as pilastras do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo: a) ambos têm a mesma finalidade (atuação do Poder Jurisdicional); b) em ambos a intervenção do Poder Jurisdicional é condicionada ao exercício da ação e, finalmente, ambos se iniciam, se desenvolvem e se concluem com a participação de três sujeitos: autor, réu e juiz.

Nas suas linhas estruturais, não divergem os Processos Civil e Penal. Muitos institutos de um e de outro são idênticos. Que é a ação, senão um direito público subjetivo, qual o de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais? Não têm razão, por acaso, *Alcalà-Zamora* e *Carne-llutti*, ao afirmarem que tôdas as ações de todos os ramos do Direito Processual têm um caráter público, dado que se dirige ao Estado para obter atuação de seus órgãos jurisdicionais? (Cfr. *Derecho Procesal Penal*, vol. II/96 e *Sistema*, n.º 356).

Assim, quer no Processo Penal, quer no Processo Civil, o conceito de ação é um só. Não há um conceito de ação no Processo Penal e outro no Processo Civil. Apenas a natureza da pretensão é que dá, quanto ao conteúdo, um colorido diferente à ação penal e à ação civil.

E quanto à jurisdição? Como função soberana, como atividade precípua de um dos Órgãos do Estado - o Poder Judiciário - é única, pouco importando a natureza do conflito por dirimir, se penal ou extra-penal. Nem o próprio *Florian*, dualista que é, nega a unidade da função jurisdicional.

A distinção que se faz entre jurisdição penal e jurisdição civil assenta, única e exclusivamente, na divisão do trabalho. Determinados Órgãos Jurisdicionais são incumbidos de dirimir conflitos intersubjetivos de natureza civil, enquanto outros se encarregam de equacionar os de natureza penal, sendo que, às vezes, exercem cumulativamente tais funções.

E *Miguel Fenech*, com razão, acrescenta que a despeito da unidade da jurisdição, "puedan distinguirse en ella tantos aspectos como haya convenido a los fines del Estado para el cumplimiento de su misión de justicia" (Cfr. *Derecho Procesal Penal*, vol. 1/222).

E no que tange aos recursos? O fundamento filosófico dos recursos em geral não assenta, como dizia o Marquês de S. Vicente, na falibilidade humana? Haverá diferença ontológica entre os recursos da defesa penal e os da esfera civil?

E respeitante às exceções processuais (*rectius*: objeções processuais)? Haverá alguma diferença substancial entre elas?

E as citações, notificações, intimações, inclusive a própria sentença? Por acaso tais institutos não são formalmente idênticos? Se diferença houver, será quando muito "de grau e não qualitativa".

E concernente às provas? Sob o ponto de vista estrutural não se pode negar a identidade da prova no campo civil e no penal. E *Carnelutti* acrescenta: há identidade também sob o ponto de vista da função (Cfr. Studi, vol. 1/199 e seguintes).

É certo que quando se fala em unidade do Direito Processual não se pretende confundir o Direito Processual Penal com o Direito Processual Civil ou que aquele se reabsorva por êste. Não se pretende, enfim, estabelecer absoluta identidade entre ambos. Mas, apenas realçar que as pilastras são comuns, que muitos institutos são idênticos e que por isso pode se falar em uma Teoria Geral do Processo.

Na França, em 1792, já se pretendeu “penalizar” o processo civil, segundo relato de *Aramburu* (vide *J. Azenjo*, Decreto Procesal Penal, vol. 1/63). Observe-se que tão grande é a afinidade entre ambos que entre nós, ao tempo do “pluralismo processual”, havia na Bahia, em Santa Catarina e no antigo Distrito Federal, um Código de Processo para os dois setôres.

O *Retspleje lov* dinamarquês de 1919 continha normas comuns ao processo penal e ao processo civil. O Código da Suécia, de 18/7/1942, é exemplo frisante dessa unidade (Cfr. G. Leone, ob. cit. vol. 1/16).

Não dando tento dessa comunhão, dessa semelhança, processualistas (*rectius*: doublés de penalistas e processualistas) da estatura de *Florian* e *Manzini* (Principi, pág. 8 e Trattato di diritto processuale penale, vol. 1/70) negam a unidade do Direito Processual. Mas, por não haverem penetrado no âmago da questão, é que *Alcalà-Zamora*, autoridade cujo valor seria impertinência salientar, observou:

“...finalmente, el más grave error en que incurren, consiste en confundir *unidad del Derecho Procesal* con *identidad* de sus distintas

ramas: la postura correcta no es, por tanto, la suya, sino esta otra: la de que existiendo, sin duda, hondas diferencias entre el proceso civil el penal, no bastan a destruir la unidad esencial de todo el Derecho Procesal, porque al proclamarla, nadie pretende sostener que el Derecho Procesal Penal sea, se confunda o se reabsorba en el Derecho Procesal Civil, sino “sencillamente” (un “sencillamente” que, sin embargo ha pasado inadvertido a los partidarios del dualismo) que el Derecho Procesal Penal, como el civil, es, ante todo y sobre todo, **DERECHO PROCESAL** (Cfr. ob. cit. vol. 1/41).”

Quais os argumentos da corrente dualista? *Manzini* observa que ninguém está obrigado, no processo civil, a iniciar ou a exercer a ação civil, salvo nos casos excepcionais, em que a iniciativa compete ao Ministério Público. Entretanto, em se tratando de ação penal, existe obrigação funcional do Ministério Público (Cfr. ob. citada, vol. 1/110).

Nota-se, de logo, que a diferença tem apenas valor para o direito italiano. Há numerosas legislações, inclusive a nossa, em que existe a chamada “ação penal privada”, regida, dentre outros pelo princípio da oportunidade. Nesses casos, como é óbvio, o ofendido ou seu representante legal promoverá a ação penal se quiser... Não se pode falar, assim, em obrigatoriedade da ação penal.

Assim de todo procedente a observação de *Alcalá-Zamora*, no sentido de que a discussão deve situar-se em plano de maior perspectiva que a oferecida pelo direito de um só país, por muito importantes que aquele e este sejam.

É de se ponderar, entretanto, que mesmo no direito italiano a atividade persecutória do Ministério Público fica condicionada, às vezes, a uma manifestação de vontade. Haja vista o instituto da "querela" e os outros que lhe são afins, tais como a "richiesta", do direito comum e do direito militar, "l'istanza", "l'autorizzazione e procedere", "la disposizione del comandante nem diritto militare" (Cfr. G. Battaglini, *La querella*, ed. 1958, pág. 218).

Florian pondera que o Processo Penal é instrumento indispensável para a solução das lides de natureza penal, enquanto que o Processo Civil nem sempre é necessário para a composição das lides extra-penais. Exata a observação. Mas, esta particularidade deflue não da natureza do processo e sim da própria lide. O processo, forma compositiva de litígio, é coisa diferente do litígio que lhe serve de conteúdo. Por outro lado, se aceito fôr o ensinamento de *Sansò*, nem mesmo quanto ao conteúdo existe diferença entre os dois ramos do Direito Processual: "Il contenuto" del processo é dato dalla serie degli atti di cui esso consta; e non già - como se é visto al punto precedente - dalla "lite" o dalla controversia, e neppure dall'"azione", dalla "causa", o dal "rapporto sostanziale" (Cfr. *Luigi Sansò*, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, ed. 1953, pág. 25). Assim também pensa *Guglielmo Sabatini* "il contenuto del processo consta... degli atti processuali..."

Alega *Florian* que no campo processual penal, o poder dispositivo das partes é restringidíssimo, a contrário do que ocorre no civil. Estamos que não é pelo fato de haver maior ou menor restrição ao poder dispositivo das partes que se pode negar a unidade do Direito Processual. Por outro lado, essa maior ou menor disponibilidade ainda decorre na natureza da lide. Tal argumento, assim, se contém no primeiro ou não passa de desdobramento do primeiro argumento.

Cumprе assinalar, entretanto, que nas legislações, como a nossa, que admitem a ação penal privada, o poder dispositivo das partes é bem intenso. Entre nós, por exemplo, êsse poder dispositivo é tão grande que o querelante pode perdoar o querelado mesmo após prolação de sentença condenatória (Cfr. art. 107 § 3.º do Código Penal).

Manzini (ob. cit., 1/110) anota que no Processo Penal vigora o princípio da verdade real e no Processo Civil o da verdade ficta. Com vantagem obtempera *Frederico Marques*, um dos nossos maiores processualistas, que no penal o princípio da verdade real não vigora em tôda a sua pureza. E esclarece: se um indivíduo é absolvido por não haver a mínima prova de que praticou crime que se lhe imputa, a coisa julgada irá impedir que nova ação penal se instaure contra êle, apesar de provas concludentes, inclusive sua confissão surgirem após o *veredictum* absolutório: "res judicata pro veritatem habetur" (Cfr. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1/52).

É certo, por outro lado, que o princípio da verdade real, embora vigorando no Processo Penal com mais intensidade, não é exclusivo nem peculiar a êste setor do Direito. Haja vista a regra inserta no art. 117 do nosso Código de Processo Civil.

Assim, a despeito das críticas dos dualistas, pode-se falar em unidade do Direito Processual e, repita-se, falando-se em unidade do Direito Processual, não se pretende confundir identidade dos seus diversos setores.

Florian, após sua obra "Delle prove penale" (1924) e após o trabalho de *Carnelutti* "Prove civile e prove penale" (1925), surgida em revide àquela, reconheceu "que as novas diretrizes do Processo Civil, em matéria de prova, muito o avizinham do processo penal" (Cf. trabalho publicado in *Scuola Positiva*, 1937, pág. 217).

Insta acentuar que a grande maioria defende a tese unitária. Entre nós, o insígne Prof. *Frederico Marques* e, sem contestação, paladino dêsse entendimento. Em suas inúmeras obras quer de Direito Processual Civil, quer de Direito Processual Penal, proclama a necessidade da criação de uma Teoria Geral do Processo.

E que dizer do grande *Carnelutti*? No seu trabalho "Prove civile e prove penale", manifestou-se defensor dessa unidade, inclusive nos ensinamentos universitários. Suas estas palavras:

"...afinal de contas, o Direito Processual é fundamentalmente uno.

Processo Civil e Processo Penal, sem dúvida se distinguem, não porque tenham raízes distintas, e sim pelo fato de serem dois grandes ramos em que se bifurca, a uma boa altura, um tronco único.

Mais cedo ou mais tarde virá o tempo em que esta verdade chegará ao ensino universitário.

Certamente, um dos mais graves contrasensos dêsse ordenamento de nossos estudos jurídicos, que estamos agora pouco a pouco reformando, repousa na separação do processo civil e processo penal e na ligação dêste último com o direito penal..."

É certo, contudo, que nos idos de 1940, em estudo publicado in "Rev. di diritto proc. civ.", sob o título de "figura jurídica del difensore", observou uma profunda diferença entre processo civil e processo penal, chegando a exclamar: "quanto mais medito sôbre o tema, mais me persuado de que precisamente é de assinalar-se uma profunda diferença entre o processo penal e o civil".

Entretanto, 10 anos mais tarde, precisamente em 1950, voltou *Carnelutti* a emprestar seu talento à defesa dos seus ensinamentos anteriores, em seu monumental trabalho ("Per una teoria generale del Processo" in "Questioni sul Processo Penale", pág. 10).

Vale lembrar, também, que segundo nos relata *Calamandrei* (L'insegnamento del diritto processuale nei nuovi statuti universitari, in Rev. di diritto proc. civile, 1924, pág. 364), na Universidade de Florência, o ensino do Direito Processual compreendia, por primeiro, um Curso de Instituições de Direito Processual, ao lado de um Curso de Direito Processual Civil e de "Procedimento Penal". Plano semelhante ao da Universidade Católica de Milão.

E não podia ser de outra forma, de vez que Processo Civil e Processo Penal são faces de um mesmo fenômeno.

É verdade, como já o disse *Alcalà-Zamora* que, em suas linhas mestras, em suas pilastras como diz *Giovanni Leone*, a estruturação da justiça penal não difere daquela que envolve a justiça civil.

E a prova mais eloquente e viva dessa unidade reside nos institutos comuns a ambos os ramos do Direito Processual.

Em recentíssima conferência proferida na Universidade do Paraná, assim se manifestou o Prof. *Galeno Lacerda*:

"...podem-se edificar as teorias do processo jurisdicional e suas funções, da ação e exceção, dos poderes do juiz, dos atos processuais e de seus vícios, da litispendência, da preclusão e da coisa julgada, com os respectivos corolários.

É claro que em termos de Teoria Geral, êses temas se aplicam a tôdas as manifestações de processo jurisdicional - civil, trabalhista, penal (comum e militar), eleitoral e aos demais

casos de jurisdição estranhos ao Poder Judiciário, previstos em nosso sistema constitucional" ("Revista dos Tribunais", vol. 355/13).

Ugo Rocco, por seu turno, estudando o problema, acentuou: "La differenza tra diritto processuale civile e diritto processuale penale consiste in ciò: tanto l'uno quanto l'altro sono diritto statale perchè promanano dallo Stato; sono diritto pubblico, perchè regolano l'attività di organi dello Stato investiti di potere sovrano; sono diritto formale in quanto le norme giuridiche nel disciplinare l'attività degli organi giurisdizionali, non solo li vincolano nella forma, ma anche nel contenuto.

Ma, poichè le norme che regolano il contenuto, la materia o la sostanza dell'attività giurisdizionale, sono di diritto sostanziale, il diritto processuale se distingue in diritto processuale civile e diritto processuale penale a seconda che abbia per oggetto rapporti sostanziali di diritto civile o rapporti sostanziali di diritto penale" (Cfr. Trattato di diritto processuale civile - Torino - 1957 - vol. 1 (parte generale), pág. 186).

Cumpre assinalar, por último, que não são idênticos os procedimentos penal e civil. Será isso óbice à criação da Teoria Geral do Processo? Mesmo no processo civil há uma policromia de procedimentos, à maneira do que ocorre no processo penal. Logo, a diversidade procedimental não se constitui em obstáculo à pretendida unidade.

Ponto finalizando: entendemos que se pode, muito bem, cuidar-se, num futuro não mui distante, da elaboração de uma Teoria Geral do Processo e que, desde já poderá ser criada, nas nossas Faculdades de Direito, a cadeira da Teoria Geral do Processo, em que seriam ministrados ensinamentos a respeito de lide, pretensão, normas compositivas de litígio, ação, jurisdição, processo, procedimento, pressupostos processuais, sujeitos proces-

suais princípios constitucionais do Direito Processual, organização judiciária, atos processuais e seus vícios, etc.

Tal cadeira poderá ser posta no 3.º ano. Assim, ao chegar ao 4.º ano, o aluno já estará familiarizado com a Ciência Processual e lhe será fácil o estudo do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil.

Baurú, maio de 1966