

CONTRA A IDÉIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO

WALTER EDUARDO BAETHGEN

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

1. Os temas expostos a seguir são eminentemente polêmicos. A finalidade da exposição dos mesmos é provocar a discussão e o debate. São eles baseados em ensinamentos de autores diversos, muitas vezes não referidos; outras, indicados, com as respectivas obras. Algumas conclusões são pessoais, embora não se tenha aqui a pretensão de inovar a ciência tradicional do processo. Antes, move-nos o intuito de lembrar algo que poderá ser feito para um novo endereço de seu estudo.

Como professor de Direito Processual Civil e de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito, a nossa tendência é de olhar o direito penal e o processo penal sob perspectivas diferentes das habituais, tanto mais que nos repugna a adaptação a estes departamentos da ciência do direito de certos conceitos de processo civil.

Parodiando o sábio Justice Oliver Wendell Holmes, assumiremos posição semelhante ao "bad-man", aquele que deve sofrer as conseqüências de um processo, certos de que assim poderemos descobrir idéias diferentes que, pelo menos, contribuirão para provocar debates e a solução certa dos mais doutos.

TEORIA GERAL DA AÇÃO

2. O estudo da teoria geral da ação envolve um dos problemas básicos da ciência processual e, também, daqueles que têm apresentado as maiores dificuldades quanto a uma solução harmoniosa, dada a diversidade das teorias que se têm elaborado para a sua explicação.

Aula proferida no Curso de Pós-Graduação em "Ciências Penais", na Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 17 de setembro de 1977.

A começar pelo vocábulo “ação” que, em direito, pode referir-se a idéias as mais diversas, reflexo, de resto, do problema que se apresenta no estudo de todas as ciências sociais.

Com efeito, a ciência jurídica, levada a definir problemas da realidade humana, precisa traduzir tais realidades em palavras, pois somente através de um processo de “verbalização” da experiência aquelas realidades se lhe tornam material de estudo.

(RICCARDO ORESTANO, verb. “AZIONE IN GENERALE”, in Enciclopedia del diritto, vol. IV, pags. 812 e ss.)

As modernas orientações situam-se em definir o direito de ação como direito constitucional, ínsito à própria personalidade, pois não é possível separar as idéias de liberdade pessoal e as de liberdade de defesa dos próprios direitos ou interesses que o indivíduo supõe juridicamente protegidos.

Não se trata do mesmo entendimento, por certo, que admite um direito constitucional básico, substrato do direito de ação condicionado a uma série de elementos.

Em nosso ponto de vista, não há duplicação da idéia de direito de ação, mas somente o direito constitucional de ação, cujo exercício provoca a atividade jurisdicional do Estado e a formação do processo.

Tal direito poderia mais qualificar-se como “direito humano”, concepção hoje tão em foco. Se em relação ao direito tomado em sua generalidade, mais do que ele

“nada há de mais pessoal, de mais unido à personalidade humana” (RUY CIRNE LIMA, Correio do Povo de 27.06.71),

com mais razão o será, especificamente, para o direito de ação, cuja finalidade é fazer valer o que se entende como o próprio direito, portanto, um sentimento que compõe a personalidade do homem.

Eis porque a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, aprovada em resolução da 3.ª sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, declara em seu artigo 10.º:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un juge indépendant et impartial”

(CFR. CAPPELLETTI-TALLON, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 483; CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Público*, p. 126).

O conteúdo dessa disposição, como bem se vê, é amplíssimo, e sua análise revela toda uma completa “teoria da ação”.

Mais recentemente, a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, firmada em São José da Costa Rica em 1969, postulou que:

“Toda a pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. (art. 25, § 1.º).

(CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, ob. cit. p. 176)

Os Tratados Internacionais costumam conter cláusulas em garantia do exercício do direito de ação. Assim o artigo 2.º do “Acordo de Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América”, assinado em Washington a 6 de fevereiro de 1965, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 69, de 1965, no qual se refere:

“Ressalva-se que por denegação de justiça, nos termos do artigo VI, § 3.º, se entende: a inexistência de tribunais regulares, OU DE VIAS NORMAIS DE ACESSO À JUSTIÇA; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente; o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.

Este "ACESSO A JUSTIÇA" é, em resumo, o que caracteriza o Direito de Ação.

3. As Constituições mais antigas não costumam conter expressamente a definição explícita do Direito de Ação, embora seja comum a expressão daquelas garantias suplementares, como o "due process of law", em geral, e o "habeas-corpus", em particular.

As mais modernas, entretanto, soem incluir textos expressos, alguns de clareza meridiana, outros, que dão margem à criação de doutrinas e interpretações divergentes.

Entre as primeiras, a Constituição Italiana de 27 de dezembro de 1947, art. 24:

"Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos".

Entre as segundas, a Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949, atualizada.

(Maiores dados em HANS PETERS, *Geschichtliche Entwicklung Grundfragen der Verfassung*, Springer Verlag, Berlin — Heidelberg — New York, 1969)

Há no texto, claramente expressa, a garantia do direito de ação face a atos do poder público (art. 19, § 4.º), enquanto que os artigos 14, 15 e 34 prevêem casos específicos de acesso ao Judiciário, restritos a determinados grupos de controvérsias, e o artigo 19, IV, de caráter mais genérico. Todos adotam, porém, sem dúvida alguma, o princípio do "Rechtsweggarantie", ou seja, o direito de "acesso aos tribunais".

Não obstante, a disputa desenrola-se face o artigo 103, n.º 1.º, com a sua característica redação:

"Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör".

A maioria dos autores entende que esta norma nada mais contém do que a garantia do princípio do contraditório.

Mas, por isso que ela não se refere à expressão clássica do "beiderseitiges Gehör", usando termos mais amplos no sentido de que todos têm o direito de ser ouvidos perante o juiz, entendem outros que, no artigo 103, I, está amplamente definida a garantia constitucional do direito de ação.

(Entre os primeiros, LERCHE, *Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör"* in ZZP., 78 (1965) ps. 8 e ss.; entre os últimos, especialmente, F. BAUR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivilprozess*, in AcP. 153 (1954) pp. 153 e ss. e NAKANO, *Das Prozessrechtsverhältnis* in ZZP., 79, (1966), pp. 99 e ss.)

A idéia preconizada pelo Prof. FRITZ BAUR, de resto, não deverá ser encarada como original, pois, não obstante a sua aplicação ao texto da Constituição atual, dentro de um sistema mais genérico ela já se encontra em DEGENKOLB, *Beiträge zum Zivilprozess*, onde se lê como título do Capítulo I, C: "Das reinprozessuale Klagrecht als Recht auf rechtliches Gehör".

Embora a jurisprudência da Corte Constitucional Federal ainda não se tenha manifestado a respeito, não parece restar dúvida, na moderna doutrina processual alemã, de que a Constituição contém a garantia do "Rechtsweggarantie", em termos, como explica LORENZ (*Der Rechtsschutz des Burgers und die Rechtsweggarantie*, C. H. Beck Verlag, München, 1973, pp. 5 e ss.), que ultrapassam a mera expressão "processual" do problema, alcançando mesmo um aspeto "substancial".

(Sobre o tema, em caráter amplo, BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Springer Verlag, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1963, p 7; — BÖTTICHER, ZZP., 74, 317; ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, Walter Stutz Verlag, München, 1974, p. 1235; mais genericamente: ZEISS *Zivilprozessrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, . . . 1976; WOLFGANG GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2a. Auflage, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974).

4. Em outros países, como na França, é a lei ordinária que define e garante o direito de ação. Dá-se-lhe o feitiço de “direito de acesso ao poder jurisdicional do Estado”, mas com a restrição clássica no direito francês: para obter-se o pronunciamento sobre o mérito.

É a seguinte a redação do artigo 2.º do novo Código de Processo Civil Francês (Decreto 72.684, de 20 de julho de 1972):

“L’action est le droit, pour l’auteur d’une prétension, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée”.

Não obstante o uso da duvidosa expressão “sur le fond”, os autores franceses se dividem, e, sem dúvida, forma-se nova corrente no sentido de acompanhar a doutrina imperante nas leis básicas da Alemanha e Itália, desvinculando a existência do “direito de ação” de qualquer idéia tendente a subordiná-la exclusivamente ao julgamento de mérito. Nesse sentido, seria exercício do direito de ação aquele que resultasse no pronunciamento jurisdicional sobre o próprio processo.

Leia-se a recente lição de BRUNO OPPETIT, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français, in Fundamental guarantees of the parties in civil litigation, edição de Estudos de Direito Comparado dirigido por CAPPELLETTI-TALLON, Dobbs Ferry, New-York, 1973:

“Par la garantie du libre accès aux tribunaux, toute personne se trouve habilitée à mettre en mouvement l’appareil judiciaire: il s’agit d’une liberté générale, offerte à tous. En effet, en France comme dans la plupart des Etats modernes, la justice émane d’un service public qui, comme tout autre service public, est gouverné par deux principes essentiels: l’égalité et la gratuité”. (p. 487)

“L’action en justice, définie comme la faculté d’obtenir d’un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise, apparaît bien comme une prérogative appartenant en propre au

plaideur: quoique la plupart des auteurs (SOLUS ET PERROT, CORNU ET FOYER, VINCENT, TERRÉ) préfèrent parler de pouvoir légal, il semble plutôt que l’action en justice présente le caractère d’un droit subjectif (MOTULSKI, Archives de Philosophie du Droit, IX, note 7, p.225) et on peut invoquer à l’appui de cette théorie plusieurs traits du droit positif”. (ps. 489/490) “L’action en justice, expression d’un droit subjectif, suppose que tout individu peut librement saisir un tribunal, sans avoir à justifier du sérieux du procès qu’il entend engager ni à demander d’autorisation.” (p. 491)

5. No direito brasileiro o princípio está há muito erigido em texto constitucional. Reza, atualmente, o artigo 153, § 4.º, da Constituição Federal:

“A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Emenda 7 admitiu o condicionamento à exaustão prévia das instâncias administrativas quando a lei o dispuser, o que em nada desfigura o direito constitucional de ação.

Da mesma forma, pelo seu caráter transitório, não podem ser levadas em conta, do ponto de vista da pesquisa teórica, as limitações provisórias do Ato Institucional n.º 5.

Examinando o texto constitucional, ensinam os doutos que a expressão “lesão de direito individual” está na lei maior em caráter amplíssimo. Lesão de direito do indivíduo, ou de qualquer pessoa, ou, mais ainda, também daquelas entidades que, não sendo pessoa, podem, não obstante, ser sujeitos de direito na ordem civil.

O princípio, inscrito como **garantia individual**, poderia assim traduzir-se, segundo PONTES DE MIRANDA, em termos mais simples:

“A última palavra tem-na a Justiça”.

Poder-se-ia acrescentar, com BETTERMANN: a última e a primeira, porque, na verdade, **palavra exclusiva**. ("Es besagt nicht nur, dass der Richted das letzte Wort haben muss, sondern es garantiert ihm das erste, weil ausschliessliches Wort". AöfR., 92 (1967) p. 496/487).

É o Judiciário elevado, assim, em nosso sistema constitucional, a órgão supremo de garantia da ordem jurídica. E como na ordem jurídica repousa, por sua vez, toda a garantia de liberdade do indivíduo e todo o sistema que permite e assegura a permanência do próprio regime democrático, pode se chegar à conclusão de que no Poder Judiciário situa-se e reside a garantia suprema da liberdade e da democracia.

Acresce notar que entre nós, ao contrário do que acontece em outros países, tem o Poder Judiciário, através do processo, a função de controle da constitucionalidade das leis. A lei inconstitucional, é certo, somente pode ser suspensa em sua execução por ato do Senado Federal (art. 42, VII, da Const. Fed.) Mas isto somente ocorre quando a lei foi declarada inconstitucional "por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Ao artigo 153, § 4.º, da Constituição Federal prende-se imediatamente, no direito público brasileiro, o couceito de ação e o seu caráter abstrato.

Fala-se, é certo, — como acontece também na Constituição Italiana, — em lesão de direito, o que faz pensar no "pressuposto" da existência do direito lesado, o que seria retornar às teorias do direito concreto de agir.

Os comentadores, entretanto, são explícitos ao mostrar que tal lesão e tal direito constituem, em seu conjunto, um ESTADO SUBJETIVO, como se vê das palavras de PONTES DE MIRANDA:

"Quando alguém se sente ferido em algum direito, FATO DE ORDEM PSICOLÓGICA, e não necessariamente de ordem jurídica, o Estado é interessado em ir ao seu alcance, atenuando-lhe, ou melhor, CANALIZANDO-LHE A REVOLTA.

Não indaga, de antemão, do acerto ou do erro da apreciação do direito ou da ação por parte do que se diz ofendido.

Recebe-o como ALGUÉM QUE PRETENDE dos órgãos diferenciados do Estado, mediante declaração de vontade, que é a petição, o estabelecimento de certa relação jurídica, chamada relação jurídica processual, pela qual o Estado promete PRESTAR JUSTIÇA, isto é, ENTREGAR-LHE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL".

(Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, Tomo II, — pag. 369).

É de recordar-se aqui o episódio lembrado por um autor célebre: tendo a parte procurado o advogado para a propositura de determinada ação, respondeu-lhe o advogado que ele, cliente, não tinha direito de ação, no caso. Objetou-lhe desde logo o constituinte — e sem dúvida com toda a razão — que pelo menos tinha ele o direito de ouvir essa declaração do Juiz.

6. Qual a razão, histórica e sociológica, que está na base disso tudo?

Sabemos que, primitivamente, os homens resolviam os seus conflitos através do que hoje se chama de "justiça privada" e da "vingança privada".

(A este respeito, consulte-se CRÉMIEU, La Justice Privée — Son evolution dans la procédure romaine, Sirey, Paris, 1908, especialmente pags. 1 a 89).

Sabemos também que, na proporção em que surgiu e depois evoluiu a idéia de soberania, foram lentamente desaparecendo tais formas primitivas de defesa de direitos, substituídas paulatinamente pela justiça feita pelo Estado.

Historicamente, isso não aconteceu dentro de uma tendência determinada e pré-definida. Ao contrário, tudo obedeceu a um exato e perfeito princípio histórico de correspondência entre os dois institutos, de modo que algumas leis históricas podem ser lembradas a respeito:

- (a) A justiça privada deve a sua existência à ausência de poder organizado.
- (b) Em conseqüência, tende a desaparecer à medida que se formam e se organizam os grupos sociais.
- (c) Em resumo: o domínio da justiça privada e da vingança privada está em razão inversa do domínio da soberania.
- (d) E ainda: sempre que, em algum momento histórico, enfraquecer a idéia de soberania, voltam a imperar os princípios da defesa e da vingança privadas.

Desta última conclusão é exemplo o que ocorreu em certa fase da idade média, quando, enfraquecido o poder dos reis, imperaram as guerras privadas entre os senhores feudais, com os famosos duelos e torneios, e batalhas entre famílias, de que nos dá exemplo, na literatura, a tragédia famosa de Shakespeare.

As vezes, tais batalhas assumiam a forma de "torneios poéticos", em que os contendores eram representados pelos "trovadores".

Finalmente, podemos observar, na época atual, os resquícios de formas de defesa privada, sempre que o Estado não puder acudir em tempo ao indivíduo. Assim a legítima defesa, o desforço, o corte de ramos ou de raízes de árvores do vizinho que invadem a propriedade lideira, o direito de retenção, o penhor legal sobre bens de hóspedes, etc.

Pouco a pouco, da justiça privada pura e simples passou o indivíduo à justiça privada com procedimento legal, isto é, exercida pelos meios de um rudimentar procedimento e com a presença do Estado, inclusive com os famosos "excessos de formalidades", quando se perdia a ação ao empregar-se a palavra "vites" e não "arbores" (GAIUS, Inst., 4, 11).

Posteriormente, passou-se à composição, primeiramente voluntária, assim na "judicis postulatio" e na "legis actio per conditionem", e depois obrigatória, como no procedimento formular, para chegar-se, afinal, às formas atuais da justiça realizada inteiramente pelo Estado, que surge já no direito romano na "cognitio extra ordinem".

Atualmente, o Código Penal, artigo 345, e o novo Código, artigo 389, tipificam como delito:

"FAZER JUSTIÇA PELAS PRÓPRIAS MÃOS PARA SATISFAZER PRETENSÃO, EMBORA LEGÍTIMA, SALVO QUANDO A LEI O PERMITA".

Ora, se o Estado retirou do indivíduo algo que era de sua natureza, teve de dar-lhe algo em troca. E este "algo em troca" é o que se denomina "direito de ação"; o indivíduo não pode agir (no sentido comum da palavra), mas tem o "direito de ação" (pode "agir" no sentido técnico da palavra) para fazer o Estado agir por ele. (PEKELIS in Novissimo Digesto Italiano, verbete "AZIONE TEORIA GENERALE, v. II)

É o direito de ação, portanto, direito constitucional, garantia de liberdade do indivíduo; sujeito a um mínimo de requisitos meramente formais.

Tem em vista o direito de ação possibilitar ao indivíduo, que se sente lesado em algo que entende ser o seu direito, levar a sua queixa ao poder diferenciado do Estado, pelo meio do processo.

O Estado o satisfará, dizendo se tem ou não razão; ou, finalmente, dizendo que não cumpriu o devido processo legal.

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

7. Na doutrina alemã, de onde provêm, os "pressupostos processuais" não oferecem distinção das hoje chamadas "condições da ação".

Nota-se, naquele direito, a diferença entre os conceitos de "Prozessvoraussetzungen" e "Prozesshindernisse", ou, na terminologia do artigo 274 ZPO, "Prozesshindernde Eireden".

(Cfr, ZÖLLER, Zivilprozessordnung, pp. 435 e ss.)

KONRAD HELLWIG fala em "Prozessvoraussetzungen", e em "Klagvoraussetzungen", mas num sentido diverso daquele que, na doutrina italiana, se entende por pressuposto processual e por condição da ação.

(K. HELLWIG, Klagrecht und Klagmöglichkeit, p. 58)

Assim, a idéia das condições da ação pode considerar-se como de surgimento posterior à teoria de BÜLOW, encontrando-se:

(a) em CHIOVENDA, com o sentido de exigirem-se condições relativas à própria EXISTÊNCIA DO DIREITO, além da "legitimatío ad causam" e do interesse de agir, tudo em ampla coerência com a doutrina adotada pelo mestre, a saber, a doutrina do direito "concreto" de agir;

(b) em LIEBMAN, com a característica de procurar conciliar-se a idéia com a teoria do direito "abstrato" de agir, a ponto de substituir-se, na formulação originária da teoria, a condição da "EXISTÊNCIA DO DIREITO" pela da chamada "POSSIBILIDADE JURÍDICA".

Afinal, na 3a. edição de seu Manual, LIEBMAN afastou a condição da "POSSIBILIDADE JURÍDICA", na trilha do ensinamento do Prof. ARRUDA ALVIM, que já em 1973 sustentava a inutilidade de tal conceito, contido como evidentemente estava no conceito de "INTERESSE DE AGIR", pois este é reconhecidamente de "índole jurídica", o que pressupõe a "possibilidade jurídica".

(Cfr. ARRUDA ALVIM, Revista de Processo, Ano I, N.º I, janeiro-março 1976, p. 103, nota 34-A).

Mas a força da lição de LIEBMAN permaneceu na letra do Código Brasileiro, no artigo 267, VI; e, o que é mais grave, permaneceu ain-

da na lição de LIEBMAN a afirmativa no sentido de que, na falta de qualquer das três famosas condições, ocorre a chamada "CARÊNCIA DE AÇÃO", e o juiz deve negar-se a prover sobre o mérito. Neste caso — afirma LIEBMAN — não há um verdadeiro exercício da jurisdição, mas somente o uso das formas para chegar-se àquele resultado preliminar que impede e exclui o verdadeiro exercício da função jurisdicional.

(Cfr. LIEBMAN, "L'azione" in Scritti Giuridici in onore di F. CARNELUTTI, vol. II, págs. 448/449; ainda: FAIRÉN GUIL-LÉN, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1965, pp. 61 e seguintes).

No momento em que deparamos tanta tendência às abstrações e tantas fugas às realidades, é consolador voltarmos para as lições da "Common Law":

"L'essentiel demeure aux yeux des Anglais que les affaires soient jugées par de gens de bonne foi; l'observation de quelques principes fondamentaux de procédure, qui font partie de l'éthique courante, suffit à garantir que les affaires soient, dans leur opinion, 'bien jugées'.

(RENÉ DAVID, Les caractères de la pensée juridique anglaise et américaine, in ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, vol. 15, pag. 5)

8. Voltando à "Teoria dos Pressupostos Processuais", vejamos a sua formulação original, assim como está em OSKAR VON BÜLOW, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Gießen, 1868.

A idéia básica de BÜLOW foi a de substituir a noção corrente das "exceções dilatórias", que constituem defesas opostas à pretensão no que toca às imperfeições do processo, pela teoria dos "pressupostos processuais" que, segundo BÜLOW, constituem verdadeiras condições prévias para a existência (ou a formação) da relação processual:

“Und zwar begegnen wir hier den Prozessvoraussetzungen in dem kümmerlichen, überaus schlecht passenden Gewande der dilatorischen Einreden, einer Verkleidung, die den wahren Inhalt nur noch mit Mühe erkennen lässt, das Wesen der Prozessvoraussetzungen völlig entstellt und aus der sie vor allen Dingen befreit werden müssen, ehe man es wagen darf, eine umfassende und vollständige Bearbeitung dieser ganzen Lehre in Angriff zu nehmen. —”. Die Lehre cit. p. 12)

Afirmava BÜLOW que, sendo o processo uma “relação jurídica”, não podia esta fugir aos temas que são comuns a todas as “relações jurídicas”, como a necessidade de dar resposta à questão relacionada aos requisitos que presidem o nascimento de tal relação, às pessoas entre as quais se pode estabelecer, ao objeto nela referido, ao ato ou fato que caracteriza a sua formação e à pessoa capacitada para a prática de tal ato.

Depois de enumerar pressupostos que não podem ser ignorados, especificamente quanto à relação jurídica processual, declara que a falta de qualquer deles seria impeditiva do surgimento do processo (“Ein Mangel in irgend einer der angegebenen Beziehungen verhindert den Beginn des Processes” Die Lehre, pag. 6).

Apesar disso, reconhece que os pressupostos processuais, cuja falta seria impeditiva da “formação” do processo (den Beginn des Processes) não obstante, ao lado do “merita causae” constituiriam matéria para debate dentro do próprio processo: “Es muss (das Gericht) ausser dem Thatbestande des streitigen Privatrechtsverhältnisses (der res in iudicium deducta) auch noch den Thatbestand des Processrechtsverhältnisses (des iudicium) feststellen.” (ibidem, pag. 7).

Teríamos, assim, — como na realidade acontece — o processo a respeito do próprio processo, somente que, em se tratando do “pressuposto de fato processual” (Thatbestand des Processrechtsverhältnisses), a falta de pressuposto processual seria irrelevante. Em outras palavras, o Juiz absolutamente incompetente seria uma causa impeditiva da formação do processo sobre o pressuposto de fato da relação de direito material, mas o processo estaria, apesar do defeito, bem constituído para a declaração daquela mesma incompetência?

O próprio BÜLOW põe a seguir o problema que, à nosso ver, constitui hodiernamente o núcleo do sistema, a saber, o problema da necessidade do impulso processual para que tenha eficácia a forma prescritiva na lei processual, ou seja, os chamados “pressupostos processuais”.

Diz ele, à página 9 de sua notável monografia: “Sobald der Mangel einer Prozessvoraussetzung im Beginn des Verfahrens gerügt und bestätigt gefunden wird, kommt allerdings der Process gar nicht zu Stande. Wie aber, wenn jener Mangel gar nicht bemerkt worden und trotz desselben der Process zu Ende geführt ist?”

Este problema foi objeto de ligeira análise por nós levada a efeito na Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, volume de 1971: com efeito, se a falta de pressuposto processual é “percebida” no curso da relação, o processo pode ser declarado extinto ou pode o defeito ser objeto de correção. Mas se não é percebido o defeito, e o processo chega à sentença final de mérito? Por exemplo, quando o Juiz, absolutamente incompetente, profere sentença de mérito, hipótese por certo não tão rara, tanto que contemplada pelo legislador brasileiro que considerou a hipótese como uma das causas de “rescisão” da sentença (CPC. artigo 485, inciso II).

Temos aí uma sentença plenamente válida, e, em consequência, também plenamente eficaz, porque o nulo evidentemente não se rescinde. E, passados os dois anos do prazo preclusivo do artigo 495, teríamos uma sentença válida e eficaz para sempre, embora proferida em processo no qual não tinha ocorrido um “pressuposto processual”.

Das duas uma: ou admitimos que pode haver sentença, ou seja, emanação da jurisdição do Estado, sem processo, ou admitimos que o chamado pressuposto processual não é requisito de existência, nem de validade do processo.

A primeira solução seria a negação da ordem processual e o retorno à anarquia.

A seguida espelha a realidade de que, na verdade, o que importa, pelo menos na grande maioria dos casos, é o impulso processual, a percepção do defeito, a "exceção processual", quando se trata do réu, ou a arguição do autor, ou o pronunciamento "ex-officio" do Juiz, quando assim autorizado em lei, para que a falta de pressuposto tenha a eficácia de influir, de uma maneira ou outra, sobre o andamento do processo.

Que a relação processual "se forma", mesmo na falta dos pressupostos processuais, parece evidente, pois o próprio BÜLOW viu a realidade a que se refere expressamente, de que a falta de pressuposto deve ser declarada pelo juiz dentro da relação já formada.

Para nós, tal pronunciamento do Juiz, declarando a falta de pressuposto processual, é também cumprimento do dever jurisdicional do Estado, ao aplicar a lei processual que incide. É resposta ao direito de ação.

O processo, modernamente, tem de oferecer resposta uniforme às situações que se apresentam, ou seja, uma teoria única tanto para os casos que terminam com sentença de mérito como para aqueles que findam através das chamadas sentenças meramente processuais (art. 267 do CPC.) em que se extingue o processo sem o julgamento do mérito.

O objeto do processo, portanto, tanto é a "lide", no sentido em que o velho vocábulo é ainda usado pelo Código de Processo Civil, como também o próprio processo, na medida em que o Juiz deve pronunciar-se sobre a sua legitimidade e a sua perfeição.

Já que não se pode admitir a teoria que vê como objetivo do processo a "coisa julgada material" — o que seria indesejável recuo —, temos forçosamente de admitir que, pelo menos, há equivalência entre "mérito" (res in iudicio deducta) e "questão processual" (iudicium) para a correta construção de uma teoria do objeto do processo.

9. Examinados os "pressupostos processuais" assim como os define OSKAR VON BÜLOW, chegamos fatalmente à conclusão que muitos deles, quando não ocorrentes, nenhuma influência têm sobre o processo e a sentença dele emanada, que, via de regra, encobre o de-

feito. Correspondem tais pressupostos, desta primeira categoria, à exigência de formas mínimas, convenientes mas não imprescindíveis, de modo que, deixando de ocorrer o "impulso processual" quanto à sua não ocorrência num determinado processo, prossegue-se até o pronunciamento de mérito como se nada de anormal tivesse acontecido.

Outros, correspondentes a uma segunda categoria, dizem respeito já a formas processuais de mais rigor, tanto que a sua falta, sempre que não seja provocada no curso do processo, motiva o resultado de sentença rescindível. Assim os casos de "incompetência absoluta do Juiz", de impedimento do Juiz, de sentença de juiz obtida por prevaricação, concussão ou corrupção, e todos os demais arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil que, motivando sentenças rescindíveis, ao mesmo tempo significam que tais sentenças são válidas, embora sujeitas à rescisão no prazo de dois anos (art. 495).

Finalmente, há uma terceira categoria de grande rigor, cuja não observância, mesmo quando não provocada a falta no curso do processo, resulta efetivamente em sentença nula. Isto acontece, porém, somente nos casos em que a lei processual impõe a forma com a cominação expressa de nulidade. São formas de tal modo relevantes para a garantia do direito de participantes do processo, que se prescinde do impulso processual, podendo, após a sentença, propor-se contra ela a ação de desconstituição. Tais casos são sempre relativos à necessidade da citação do réu e à sua representação no processo; dizem respeito, portanto, assim como o direito de ação para o autor, a uma "garantia constitucional" para o réu, caracterizada no chamado princípio do contraditório (art. 153, § 15.º, da Constituição Federal). Correspondendo a "pretensão processual", como objeto do processo civil, a uma "afirmação de ter direito", portanto, afirmação de relação jurídica, é de rigor que, para o julgamento sobre tal objeto caracterizado por algo que é "interindividual", pelo menos se chame ao processo a outra pessoa, frente a quem se pede determinado objeto ou determinada prestação.

Este pressuposto é na realidade pressuposto de "validade" do processo, e não de existência.

Mas duas conseqüências daí se podem extrair, sem se precisar adotar a amplitude da doutrina de BÜLOW:

Primeira: Seria de todo admissível que se construísse, não uma ampla “teoria dos pressupostos processuais”, mas uma “teoria da citação necessária do réu” e da sua correta representação.

Segunda: Quando se profere sentença em processo nulo, no qual não foi citado o réu, a sentença é nula, mas a nulidade não pode ser apenas objeto, como seria o comum dos casos, de sentença meramente declaratória; é preciso que tal sentença, embora nula, seja desconstituída por outra sentença, assim como, no campo do direito privado, o casamento nulo também necessita de ser desconstituído por sentença.

Voltamos, assim, ainda quanto a esta última e rigorosa categoria de pressupostos, a um problema de impulso ou provocação, pois, proferida a sentença nula por falta de citação do réu, tal sentença somente se desfaz se alguém provocar a ação desconstitutiva, ou o próprio juiz provocar e pronunciar a sua desconstituição em futuro processo onde a encontre.

10. Ao concluir esta sucinta análise dos pressupostos processuais segundo a famosa doutrina de BÜLOW, cabe lembrar que, no direito romano, os pressupostos processuais constituíam objeto do processo “in iure”, e somente depois de sua verificação pelo pretor se admitia o processo “apud iudicium” (actiones datio, constitutio iudicii, litiscontestatio).

Cumprido lembrar, também, que no direito atual nada disso acontece, e os chamados pressupostos processuais como que integram o mérito, uma vez que a distinção entre as sentenças dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil — posta de lado a coisa julgada material — tem a mesma natureza de “extinguir a relação processual”, ou, em outras palavras, tem o sentido da entrega ao indivíduo que propôs a ação da prestação jurisdicional.

Por que a diferença entre o sistema romano dos pressupostos como “litis impeditentes” e o sistema atual de confusão de toda a matéria como objeto do processo?

Parece-nos que a resposta é encontrada quando se considera que, no direito romano da época clássica, quando ocorria ainda a divisão do processo entre as duas fases “in iure” e “in iudicium”, havia ainda mais fatores de justiça privada, embora regulada pelo Estado, e menos dose de justiça estatal. Era preciso que o pretor, magistrado órgão do Estado, antes de entregar a solução do caso ao juiz privado escolhido pelas partes, verificasse ele próprio o cumprimento de certas garantias.

Hoje o problema coloca-se em feição completamente diversa a partir do moderno conceito da ação como direito de personalidade, de direito do indivíduo de recorrer à jurisdição, do que decorre a desnecessidade lógica de rigor quanto a certos pressupostos: se a forma é ela própria garantia do indivíduo, por outro lado certas formas ficam, quanto ao seu cumprimento e à sua necessidade, ao critério do indivíduo, ou ao critério, caso a caso, do próprio Juiz.

No direito romano clássico, o que hoje chamamos de “jurisdição” dizia respeito somente aos pressupostos processuais (processo “in iure”, único desenvolvido perante o magistrado). O direito de o indivíduo agir, ou seja, aquela forma de justiça privada que ainda era o procedimento “in iudicium”, somente se admitia quando autorizado pelo pretor. Nessa época, como hoje ainda se faz no sistema da “Common Law”, dizer sobre o processo era mais jurisdição do que o pronunciamento sobre o mérito, deixado aos critérios do “iudex” privado.

Modernamente, é preciso que se abandonem certos toques da velha e sempre imperante pandectística: o processo, na verdade, não é tanto COMO O FAZ A LEI, mas, aproximando-se, num ideal, ao sistema da Common Law, COMO SERVE AO HOMEM. No ensinamento de RENÉ DAVID: “Une procédure convenablement menée doit conduire à une solution juste, quelle sera cette solution n'est pas la question fondamentale qui doit retenir les juristes”.

(ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, vol. XV, p. 3)

CONDIÇÕES DA AÇÃO

11. As condições da ação, segundo degrau na “progressão processual” no sentido da sentença de mérito, dependem também de IMPULSO PROCESSUAL para que, na sua falta, se decreta a CARÊNCIA DE AÇÃO, ou, segundo o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, se julgue extinto o processo sem decisão de mérito.

No sistema do Código, em geral, o IMPULSO é por meio de execução processual (art. 301, X), somando-se, ainda, o IMPULSO DO JUIZ. (art. 267 § 3).

Mas, faltando o IMPULSO — que, como se vê, é o elemento que importa — o processo prossegue, apesar do defeito, apesar da falta da condição da ação, até sentença final de mérito.

O Código de Processo Civil, art. 267, VI, adotou integralmente a teoria de Liebman ao distinguir os três tipos de “condições”, a saber: a possibilidade jurídica, a “*legitimatío ad causam*” e o interesse de agir.

Faz-se logo a crítica no sentido de que a “possibilidade jurídica”, está fatalmente contida no interesse de agir, pois não é possível entender que alguém tenha interesse sem que exista previsibilidade no sistema legal do direito afirmado, (Cfr. ARRUDA ALVIM, Revista de Processo, Ano I, n.º 1, 1976, pág. 106, nota 43).

Eis porque LIEBMAN, na 3a. edição de seu Manual, excluiu de sua clássica, triplice enumeração das “condições da ação” a possibilidade jurídica. (Cfr. LIEBMAN, Manuale di Diritto Processuale Civile, Terza Edizione, v. I pág. 120, n.º 74).

Mas, o Código Brasileiro, fruto de lições anteriores de LIEBMAN, mantém as três categorias como causas de extinção do processo sem julgamento de mérito.

De resto, o Código admite “outras” condições da ação, como se vê da expressão contida no inciso VI do artigo 267:

“quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

A jurisprudência, já desde o Código de 1939, está cheia de casos diversos de “carência de ação”, que espelham, na terminologia daqueles que seguem a doutrina adotada, a falta de condições da ação.

LIEBMAN chega ao excesso de afirmar que, quando faltam as condições da ação, ou qualquer delas, “não há um verdadeiro exercício de jurisdição, mas somente o uso das formas para chegar-se àquele resultado preliminar que impede e exclui o verdadeiro exercício da função jurisdicional” (*L'azione nella Teoria del Processo Civile*, in Scritti Giuridici in onore di F. Carnelutti, volume II, pag. 448/449).

Acreditamos que nosso Código não possa ser interpretado à vista de tão grande absurdo: pelo Código, a consequência da falta de uma condição da ação é a terminação do processo sem julgamento de mérito, o que não significa necessariamente que não tenha ocorrido pleno exercício da jurisdição; somente no pleno exercício da jurisdição, ao contrário, é que o juiz poderá dizer se em determinado caso é possível ou não o julgamento de mérito. Era assim no direito romano clássico, quando a função própria do “magistrado” (pretor) era justamente a de preparar o “*iudicium*” sobre o mérito. E não pode deixar de ser assim também na atualidade, quando todo o processo é regulado pela lei que incide e que é aplicada pelo juiz como qualquer outra lei, e com eficácia própria de ato estatal.

A técnica do Código de Processo Civil Brasileiro, porém, não foi a de negar — no caso de inexistência das condições da ação — tivesse sido legitimamente exercido o “direito de ação” tal como foi acima definido.

A adoção da terminologia do direito italiano e a extrema admiração pela doutrina de LIEBMAN levaram o legislador a mal-aplicar a

expressão, pois quem propôs a ação com a qual provocou o processo, não pode ser carecedor de ação, nem sequer pode, no caso, faltar condição da ação.

O que se quer dizer, em tais casos, é que não há condições para o pronunciamento de mérito: a "pretensão processual", como objeto do processo, em tais casos, foi mal "enquadrada" naquele determinado processo, de modo que nele não se oferecem as condições para que o juiz possa dizer sobre tal pretensão, para que o juiz possa declará-la, pô-la a claro, com todas as eficácias a que se reporta o pedido do autor.

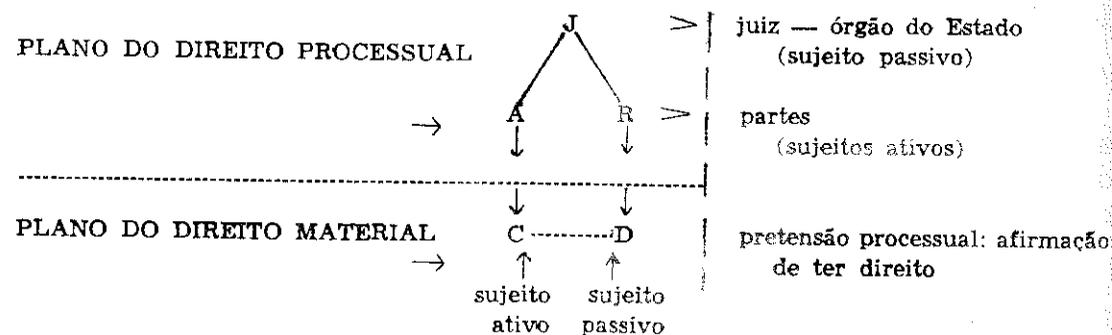
Isto e nada mais do que isto significa a "Teoria das Condições da Ação". Jamais qualquer idéia de desprezar-se ou negar-se tenha sido legitimamente exercido o "Direito de Ação" e a conseqüente função jurisdicional do Estado.

12. Há uma relação direta, portanto, entre as idéias de "pretensão processual", como objeto do processo, e de "condições da ação", como requisitos de correta inserção da pretensão no processo, de modo que possa o Juiz a respeito ter meios de sobre a mesma pronunciar-se.

Esta afirmação é de suma importância para a tese sustentada a seguir, da impossibilidade de aplicar-se ao processo penal a teoria das condições da ação.

Com efeito, a pretensão processual é constituída, em sua estrutura, por uma "afirmação de ter direito" e de "desejar o autor os efeitos jurídicos derivados desse direito afirmado".

Assim, a "pretensão processual" assume, no processo civil, um esquema de relação jurídica, subjacente à relação processual:



Como bem se vê no artigo 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial, que contém o pedido do autor, espelha uma relação jurídica: sujeitos, objeto, fundamento de fato e de direito; apenas relação jurídica "meramente afirmada" pelo autor.

O Juiz, entretanto, somente poderá dizer, com eficácia de ato jurisdicional, se esta relação meramente afirmada corresponde ou não a uma realidade do mundo jurídico se encontrar aqueles elementos que a caracterizam como "esquema de relação jurídica", isto é, se, provado o fato e vigente o direito, na realidade possam ocorrer as conseqüências pedidas.

A ocorrência das condições da ação, examinada pelo Juiz tal como o direito é meramente afirmado pelo autor, e não à vista de provas ou outras verificações, é um antecedente do julgamento de mérito. A sua verificação é um preparo para a sentença de mérito: é um "si paret" do direito atual, apenas proferido pelo mesmo juiz que vai decidir o mérito.

Ora, no processo penal não há o elemento "pretensão processual", ou seja, não há, como objeto do processo, nenhuma afirmação de ter direito. Logo, no processo penal não é possível falar em inserção correta da pretensão no processo; não se pode falar em "condições da ação" naquele sentido da teoria de Liebman, adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro; não há a "afirmação de ter direito", à base do processo, sobre a qual deva pronunciar-se o juiz se a "afirmação" corresponde a um "modelo" legal.

Tudo, no processo penal, se passa de modo diverso.

O OBJETO DO PROCESSO PENAL

13. Embora a tendência que não se pode deixar de reconhecer, entre os mais recentes processualistas brasileiros, de afirmar a possibilidade de uma "teoria geral do processo", manifestamos sincera dúvida quanto à possibilidade de semelhante construção.

A idéia não é nova e tem no direito comparado exemplos múltiplos, inclusive o "Rättegångsbalk" sueco, que é um código único de processo civil e penal, promulgado em 18 de julho de 1942 e em vigor desde 1.º de janeiro de 1948.

Este Código, entretanto, tem um título inicial, que cuida da jurisdição, com nove capítulos. A seguir, tratando do processo, já o Código divide-se em duas partes distintas, a primeira (capítulos dez a dezoito) cuidando do processo civil, e a segunda (capítulos dezenove a trinta e um), do processo penal. Seguem outras disposições, sempre distinguindo-se, porém, quando a norma deve ser peculiar ao processo civil ou ao processo penal. (CFR. GERHARD SIMSON, Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens, Berlin, 1953, De Gruyter)

O famoso Código sueco parece-nos antes uma prova da impossibilidade do tratamento conjunto de matérias tão diversas, do que uma postulação da idéia de uma teoria geral do processo abrangendo em sua totalidade o processo civil e o processo penal debaixo de regras da mesma natureza.

Preferimos, portanto, falar em uma "TEORIA DO PROCESSO", antes de que numa "TEORIA GERAL DO PROCESSO". Seria uma "TEORIA DO PROCESSO JURISDICIONAL", porque na verdade a característica comum é justamente a jurisdição, ou seja, ambos os processos servindo de modo de exercício do poder jurisdicional do Estado. Daí, de resto, a possibilidade do capítulo inicial do "Rättegångsbalk", que trata somente da jurisdição.

A impossibilidade da construção de uma verdadeira teoria geral do processo reside, precipuamente, na diferença entre os objetos do processo civil e os do processo penal.

Como já foi acima explicado, o objeto do processo civil é a chamada "pretensão processual", ou seja, a AFIRMAÇÃO DE TER DIREITO E DESEJAR A EFICÁCIA JURÍDICA DESSE DIREITO AFIRMADO.

Essa pretensão processual se INSERE na relação processual, observadas as regras sobre petição inicial e sobre o pedido, de modo a tornar-se apta a merecer sentença sobre a sua procedência ou não procedência, ou no caso de, não observadas aquelas regras e havendo o IMPULSO PROCESSUAL disposto em lei, resultar no fim do processo sem julgamento de mérito (artigos 267 e 268 do Código de Processo Civil).

O mesmo, entretanto, não ocorre com o processo penal, no qual não se invoca, como OBJETO DO PROCESSO, uma "relação jurídica afirmada" ou um "esquema de direito subjetivo"; não há, no processo penal, nenhum substrato de direito subjetivo que sirva de base ao seguimento dos atos processuais desenvolvidos perante o órgão jurisdicional do Estado.

No processo penal, com efeito, ninguém tem interesse jurídico na aplicação da pena. Essa aplicação decorre imediatamente do PODER DO ESTADO, em tempos passados através do Monarca (poder Executivo) e, modernamente, por meio do processo, e como consequência do PODER JURISDICIONAL DO ESTADO.

Já em 1930 ensinava PAOLI:

"Ma nel processo penale non é così, perchè il p. m. ha bensì interesse alla condanna del colpevole, ma non alla condanna dell'imputato: anzi, se l'imputato sia innocente, il p. m. ha interesse al suo proscioglimento: e in questa ipotesi quando il giudice proscioglie non sacrifica niente affatto l'interesse del p. m. e cioè dello Stato accusatore, ma lo adempie: inquantochè di fronte all'imputato innocente lo Stato accusatore identifica il proprio interesse con l'interesse di costui." (PAOLI, RIVISTA DE DIRITTO PROCESSUALE, 1930, p. 67)

Parece-nos que não pode pairar a menor dúvida sobre o fato de que, no processo penal, o Ministério Público, ou o Estado, não tem interesse jurídico na "aplicação da pena" ao IMPUTADO, ou, igualmente, interesse jurídico na declaração do seu "status libertatis": não se tem em vista "direito subjetivo" que se pretende fazer valer em juízo.

No caso da ação privada, o ofendido — querelante — também não tem interesse jurídico na aplicação da pena, pois interesse supõe um “benefício”, material ou moral, advindo de um bem da vida, enquanto que na pena aplicada ao ofensor nada se dá ou se outorga em proveito do ofendido. A noção de interesse está, com efeito, intimamente ligada à da repartição de bens: o interesse, como conceito jurídico, diz respeito não à noção psicológica de desejo ou de necessidade, mas, sim, à noção de exigência de bens ou valores realizáveis ou objetos de proteção na ordem social (CFR. EMILIO BETTI, *Novissimo Digesto Italiano*, verbete “Interesse — Teoria Generale”).

Se a aplicação da pena correspondesse a um interesse do Estado na ação pública, ou do ofendido na ação privada, teria de haver na pena uma correspondência igual a uma SATISFAÇÃO, no sentido de que o Estado, ou o ofendido, recebessem algo, de ordem material ou moral, como retribuição ao mal derivado do delito. Se assim fosse, é certo que um BOM DIREITO PENAL jamais deveria atribuir AÇÃO PRIVADA ao ofendido; o sabor seria, evidentemente, de vingança. Bastaria a ação civil de indenização do dano.

Mas, qualquer que seja a teoria que procure explicar a finalidade da pena, nenhuma delas dirá que o Estado *satisfaz-se* — apesar do delito cometido — com a pena aplicada.

O mesmo dir-se-á do lesado ou ofendido, ao qual compete a ação privada. Jamais poderá dizer-se que há, no exercício da ação privada, a *restitutio* ao *status quo ante*.

O delito é uma CONTINGÊNCIA, na vida social, da qual deriva uma pena ou aflição, como punição, ou como expiação, ou como sofrimento de mal semelhante, ou como tentativa de cura (COHEN, *Readings*, p. 336), ou qualquer que seja a finalidade visada. Jamais, porém, como REPARAÇÃO JURÍDICA daquilo que é, na verdade, IRREPARAVEL.

Nem sequer a pena de talião tinha este feitiço, ou visava a esse fim: no Código de Hamurabi há casos inúmeros pelos quais se inflin-

gem males terríveis aos que cometem atos classificados como delituosos. Nenhum, porém, visa a REPARAR, TORNAR SEM EFEITO, ANULAR, ou mesmo, DAR SATISFAÇÃO MORAL a quem tenha sido ofendido. “Olho por olho, dente por dente” é maneira de graduar a pena, mas, pelo fato de tirar-se o olho de quem privou outrem desse órgão, não faz jamais que o ofendido venha a ter novamente a sua vista incólume.

Quanto à obrigação de sustentar a família da vítima, que aparece historicamente, é modo de reparação civil do dano.

Quanto ao DANO resultante do delito, a sua reparação é obtida por via de ação civil (art. 63 do CPP.), argumento que, de resto, justifica e reforça a idéia de que o direito penal nada tem a ver com a reparação do dano.

14. Se assim é, se não há interesse jurídico de ninguém na aplicação da pena — e esta se faz em virtude de uma FUNÇÃO, quer do Estado, quer do órgão do Ministério Público, quer do ofendido — então o processo penal é, sem dúvida, um processo sem partes em contraditório.

As “partes” são meramente formais; integram um esquema para a prática de atos tendentes a um fim. De um lado, a perquirição que se inicia como investigação administrativa e prossegue por via jurisdicional. De outro, o indiciado com todos os meios postos na Constituição e nas leis ordinárias, que lhe permitem a máxima garantia de seu “status libertatis”, insito à personalidade humana. E, finalmente, o Estado, em sua função própria de, ATRAVÉS DE SENTENÇA, aplicar a pena ou declarar a inocência.

A expressão “ATRAVÉS DE SENTENÇA” diz quase tudo o que ocorre no processo penal, **porque é a sentença penal a síntese de todo o direito penal: sem ela, juridicamente, não há crime e não há pena.**

A sentença penal — diga-se ainda — é algo muito característico dentro de uma “teoria geral do direito”, porque, a par de sua função eminentemente constitutiva do delito e de sua punição através da pena, apresenta também os caracteres das demais sentenças quando apreende

a norma legal, seu instrumento para a constituição *in easu* da figura delituosa, ao mesmo passo que, pelo sistema probatório, apreende o fato, outro instrumento, visando ao mesmo fim.

É a sentença penal, antes de tudo, ato eminentemente “humano”, com elevada dose de sentimento, além da atividade intelectual do juiz, (CFR. CALAMANDREI, *Scritti Giuridici*, vol. I, pag. 637; EHR- LICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, in Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, pags. 445 e ss.)

Dai a necessidade do continuo aperfeiçoamento dos sistemas processuais penais para evitar o fenômeno que se repete indefinidamente na história do direito: a sentença injusta, e, às vezes, injustiça de todo irreparável, como atestam os inúmeros casos de aplicação de pena de morte a inocentes. (Cfr. MAX HIRSCHBERG, *La sentencia erronea en el proceso penal*, E.J.E.A., B. Ayres, 1969; KARL. PETERS, *Fehlerquellen im Strafprozess*, C. F. MÜLLER, Karlsruhe, 1970, 3 volumes)

15. O esquema do processo penal, em consequência, é inteiramente diverso do esquema do processo civil.

Não seria lícito, em primeiro lugar, encarar o processo penal sob a perspectiva de uma relação jurídica, como se faz no processo civil. (A esse respeito, consultem-se especialmente EBERHARD SCHMIDT, *Los fundamentos teoricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, B. Ayres, 1957, pags. 36/37; BELING, *Derecho Procesal Penal*, Cordoba, 1943, pags. 73 e segs.)

O processo penal tem de ser visto sob o esquema de suas funções e a soma de situações que nele se desenvolvem.

Por outro lado, não havendo no processo penal nenhuma “afirmação de ter direito”, não havendo ninguém que “afirme direito subjetivo próprio” desejando por sentença a eficácia jurídica de tal direito subjetivo, o objeto do processo penal — se assim se pode falar — é o que se convencionou chamar de “*notitia criminis*”.

Se, no plano do processo penal, há o Ministério Público ou o querelante como titular da chamada “ação penal”, o Juiz, no exercício da função jurisdicional, e o indiciado, na sua função de defesa de seu “*status libertatis*”, já no plano do direito material nada aparece que se distinga do próprio processo, porque o direito material penal é, aí, mais do que nunca, mero instrumento de que se serve o juiz na constituição da figura delituosa.

O esquema do processo penal — não a relação processual penal — teria a seguinte configuração:

PLANO DO DIREITO PROCESSUAL, COMUM AO DIREITO MATERIAL PENAL
MP

_____ JUIZ _____ INDICIADO)
QUERELANTE)
_____ NOTITIA CRIMINIS)

16. Retomando o argumento: se não há direito de ninguém à aplicação da pena como tal; se esta decorre de um **DEVER DO ESTADO** imediatamente resultante de suas próprias funções (neste particular, Cfr. SEGNI, *Scritti Giuridici*, vol. I, p. 217, nota 1); se, modernamente, esta **FUNÇÃO** está afeta à **IURISDICTION**, assim como antes cabia ao **IMPERIUM**, também não há **direitos e obrigações** que possam caracterizar uma relação processual penal. A aplicação da pena, ou a sua não-aplicação, é função, por natureza, própria do Estado. Não supõe, por conseguinte, à sua base, nenhum **direito subjetivo**.

O órgão do Ministério Público nada mais tem senão a **FUNÇÃO** no tocante à persecução penal que pode visar ou não à imputação (pedidos subsequentes de condenação, de arquivamento do inquérito policial, de absolvição). A ação do Ministério Público, na lição de CANUTO MENDES DE ALMEIDA, exprime **DEVER DISCIPLINAR**, sujeito ao princípio da legalidade, na medida em que o direito positivo a esse a vincula, como obrigação **FUNCIONAL de mover**, positiva, ou **de não mover**, negativa, a chamada ação pública, dada a realidade objetiva, positiva ou negativa. (CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Existe o “direito de ação?”* in *Revista Jurídica*, vol. 81 pag. 63)

Quanto à chamada “ação penal privada”, a posição do querelante, ofendido ou sucessor da vítima, legitimado segundo o direito positivo, tem essa legitimação endereçada ao exercício de uma FUNÇÃO substancialmente idêntica à do órgão do Ministério Público.

Na lição de JAMES GOLDSCHMIDT:

“No hay que construir el proceso acusatorio mecánicamente según el proceso civil. La situación jurídica del querelante es completamente otra que la del actor. No haee valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber.” (JAMES GOLDSCHMIDT, Principios generales del proceso, vol. II, pag. 49, E.E.J.E.A. — B. Aires, 1961)

Quanto ao dano sofrido, o ofendido vai buscar a devida reparação, nos termos do artigo 63 e disposições seguintes, do Código de Processo Penal, por meio do juízo civil. Na ação “penal privada”, é restrita a atividade do querelante à FUNÇÃO referente aos atos de impulso que lhe são autorizados não no sentido de haver para si algum bem jurídico, mas, sim, do enquadramento do objeto do processo, a saber, a “notitia criminis”, com todas as implicações relativas à existência do fato, autoria, imputabilidade e outras circunstâncias.

É certo que a sentença penal vale para o querelante como “título executivo” para a ação de reparação do dano. (art. 63 CPP.)

Essa circunstância, entretanto, não confere ao querelante “direito subjetivo” à base da ação penal privada. Em primeiro lugar, trata-se de simples documento que servirá de base à propositura da ação civil, e, de outra parte, esse efeito da sentença penal é efeito anexo, e, portanto, efeito não desejado e pedido na inicial (queixa), tal como a hipoteca judiciária é efeito anexo na sentença condenatória civil.

No tocante ao réu — indiciado —, antes de tudo, enquanto não condenado por sentença, presume-se inocente, apesar de todas as medidas de cautela que tem de sofrer, especialmente a prisão preventiva.

Um bom processo penal deve dar um tratamento cuidadoso a tais medidas, de modo a minimizar os efeitos que possam acaso marcar para sempre, em sua individualidade, o detido preventivamente.

A atividade processual do réu indiciado é cercada de garantias constitucionais e legais, eis que está na defesa daquilo que se presume, ou seja, a sua inocência, de que decorre o “status libertatis”, atributo da personalidade humana. Mas, evidentemente, o réu nenhum “direito subjetivo” tem a esse “status libertatis”, porque, de outra parte, não há nenhum outro dever do Estado senão o de proferir sentença conforme o entender o juiz. Não tem o réu, portanto, nenhum direito à sentença de absolvição, assim como nem o Estado, ou o órgão do Ministério Público, ou o querelante, têm qualquer direito à sentença de condenação.

Há, no processo penal, sem dúvida, ônus e expectativas: o Estado pode impor a pena, mas não tem nenhum direito prévio ao processo a que a pena seja imposta. A pena, como realidade no mundo jurídico, nasce com a sentença condenatória. Note-se, por isso, a verdadeira discricção que tem o Juiz, no moderno processo penal, na imposição da pena, graduando-a dentro daqueles limites, por vezes amplísimos, estabelecidos no modelo legal.

Apesar da diferença marcante entre o sistema da “common law” e o sistema do direito codificado continental, parece que, em matéria penal, o que na realidade ocorre é exatamente igual à técnica da “common law”: o direito penal, em toda a parte, consiste essencialmente em regras de processo que darão ao juiz as condições de chegar a uma sentença mais ou menos justa em relação ao caso que lhe é submetido. Um processo penal devidamente conduzido deve resultar numa sentença presumivelmente justa. Qual seja o núcleo dessa solução, não deve preocupar os juristas. (RENÉ DAVID, Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine, in ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, 1970, p. 3).

17. De outro ponto de vista, a finalidade do Direito Penal Material é, em resumo, tipificar os fatos considerados como crimes e estabelecer as penas correspondentes.

Mas o Direito Penal assim considerado é mera **ABSTRAÇÃO**; não ocorrem, como no direito privado, ou como no direito público administrativo, ou fiscal, as situações tão comuns em que o **NEGÓCIO JURÍDICO** domina o campo das atividades, recorrendo-se ao processo somente quando há pretensões manifestadas, **SEMPRE A JUÍZO DE QUEM PROPÕE A AÇÃO**.

O Direito Penal Material seria “letra morta” se não ocorressem e fossem perecebidos os **ATOS** nele arrolados (tipificados) como delitos, mas, assim mesmo, continuaria a ser “letra morta” se não se instaurasse o processo penal.

O que tudo significa é que o Direito Penal somente se realiza através do processo; somente assume o aspecto de “realidade jurídica” quando ocorrer o pronunciamento jurisdicional.

Assim, tanto o delito como a pena somente passam a ter vida relevante para o direito face à sua constituição pela sentença penal. (Carnelutti, *Lecciones Sobre el Proceso Penal*, Trad. Argentina, EJEA, V. I, págs. 147 a 149).

Pode daí tranquilamente concluir-se, como já tem sido sugestão de muitos especialistas no ramo, que, em verdade, Direito Penal Material e Processo Penal constituem uma só e única coisa. (CFR., entre outros muitos, Alcalá Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Penal*, I, 39; — Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, 23)

“ — O direito processual e o direito substantivo penal formam uma **UNIDADE** derivada da função específica que a esta extensa região do Direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende. — (Figueiredo Dias, ob. cit. p. 23)

É certo, não se põe em dúvida, que a mera “notitia criminis” — o fato em si ainda não enquadrado pelo juiz como crime —, tem importante relevância jurídica, tanto mais que vem a constituir propriamente o “objeto” do processo penal.

Essa importância não ultrapassa, porém, esse limite de tornar-se o fato objeto do processo; não se lhe pode de nenhuma maneira emprestar a eficácia jurídica própria ao fato criminoso, à infração penal, ou seja, a eficácia da aplicação da pena. Essa somente pode derivar da sentença condenatória.

O fato acontecido — mesmo ainda sujeito a diversos tipos de constatação pelo sistema probatório e pela apreciação racional do juiz — apenas se integra na seqüência cujo ponto final será a única realidade jurídica relevante, ou seja, a sentença penal condenatória.

A seqüência, pois, direito penal — processo penal — sentença penal constitui a **UNIDADE** abrangente de todo o conteúdo da Ciência Jurídico-Penal.

18. Da constatação dessas realidades da vida chega-se à outra comprovação: se direito penal material e processo penal constituem uma **UNIDADE** dentro do sistema jurídico, então todas as questões no processo penal na realidade são integrantes daquilo que se convencionou chamar de **mérito**. Ou melhor, o conceito de mérito é conceito próprio do processo civil, porque corresponde à atitude do juiz dizendo se a “pretensão” do autor corresponde, ou não, a uma realidade do mundo jurídico. No processo penal, na verdade, não se distingue o mérito daquilo que no civil se denomina de “questão processual”, porque processo penal é igual a direito penal material, ou seja, seqüência tendente à **SENTENÇA PENAL**.

Dessa conclusão — tomada, em respeito à ciência tradicional, **argumentandi gratia** — poder-se-ia desde já concluir pela inutilidade da aplicação ao processo penal dos institutos das chamadas “condições da ação” e mesmo dos “pressupostos processuais” tais como são encarados na famosa doutrina de Bülow.

Com efeito, para o “**bad-man**” invocado pelo eminente Justice Holmes, tanto faz ser absolvido do crime que lhe é imputado, ou a declaração em sentença de que o fato narrado na denúncia não constitui crime (art. 43, I, CPP), ou que já está extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa (art. 43, II, CPP).

Por outro lado, o sistema de nulidades penais, desde que venham a influir na apuração da "verdade substancial" ou na decisão da causa (art. 566 CPP), é um verdadeiro sistema de garantias para o indiciado, garantia do "due process of law" de que ninguém será julgado a não ser pela forma prevista na lei (§§ 15.º e 16.º do artigo 153 da Constituição Federal).

A sentença penal proferida sem observância da "forma legal", se CONDENATÓRIA, será passível de ação de revisão a favor do réu condenado (art. 621, I, CPP). A sentença penal ABSOLUTÓRIA, proferida sem a observância da lei processual penal, quando passada em julgado, fará coisa julgada a favor do réu absolvido, pois não cabe revisão contra o réu absolvido, de modo que, em novo processo sobre o mesmo "fato principal" poderá ele opor a exceção do artigo 110, § 2.º, CPP.

No processo penal, portanto, somente há coisa julgada em favor do réu, ou seja, garantia somada a tantas outras, visando à prevalência do "status libertatis"; o Juiz não poderá mais condenar alguém pelo mesmo fato, ou sequer prosseguir no processo penal, se foi invocada a exceção, ou se o próprio Juiz se apercebeu da sentença anterior. No tocante ao réu condenado, tem ele a ação de revisão em condições amplíssimas (art. 621, CPP).

19. Sustentando-se que processo e direito penal constituem uma e a mesma coisa, com isso não se quer significar que o processo penal seja mera administração. Ao contrário, mais do que nunca, a atividade constitutiva do delito e da pena, *in casu*, deve hodiernamente ser unicamente produto da IURISDICTIO.

Não resta dúvida que é difícil conceber a "ação penal" no mesmo sentido em que se define a "ação civil"; mas, sem dúvida, constituem ambas acesso ao Poder Jurisdicional do Estado para a obtenção de uma certa atividade própria do Estado. Divergem o processo penal e o processo civil no conteúdo dos pedidos e no tipo de atividade — embora ambos jurisdicionais — que o Estado em consequência desenvolve.

No processo penal há iniciativas e impulsos, até mesmo o exercício da ação penal pelo próprio Juiz, pela instauração, por meio de "Portaria", do processo sumário. Mas nele não se vislumbra o "pedido" contendo algo no interesse de quem pede.

Por isso é difícil conceber no processo penal a situação definida no processo civil como de "legitimatío ad causam". Esta situação supõe a correspondência entre a pessoa que pede em juízo e a sua posição de sujeito ativo na relação de direito material afirmada (pretensão processual), e a correspondência, por sua vez, entre a pessoa frente a quem se pede algo em juízo e a sua posição de sujeito passivo daquela mesma relação de direito material afirmada.

Ora, no processo penal NÃO HA, como OBJETO DO PROCESSO, relações jurídicas de direito material AFIRMADAS. O objeto do processo penal é a notícia do crime que não figura "relação" nem possibilidade daquela "correspondência de sujeitos".

Também o "interesse de agir" é totalmente desfigurado na impropriamente chamada "ação penal", porque o órgão do Ministério Público age por motivo de sua função, e, assim, o Juiz, quando lhe cabe baixar portaria de instauração do processo sumário penal, ou, no mesmo caso, o delegado de polícia. Também o "auto de prisão em flagrante", instrumento de um fato, motiva o processo penal nas contravenções (art. 26, CPP).

Resulta, pois, que o interesse se subsume no fato noticiado, o que ocorre também na ação penal privada quando o querelante age não em face de uma necessidade de tutela jurídica, mas por via de uma "res merae facultatis", outorgada expressamente em lei.

Não obstante, o ato consistente na sentença do juiz é eminentemente jurisdicional. E neste caráter da sentença penal, como ato tipicamente jurisdicional, é que está justamente o que se desejou historicamente atingir em termos de progresso social, com os fins políticos do processo: subtrair o tema do crime e da pena do âmbito da administração para colocá-lo definitivamente sob a égide dos magistrados.

Aqueles que ainda encontram na "composição da lide" a finalidade do processo terão aqui o seu argumento para negar a concepção exposta. Para nós, entretanto, a existência ou não existência de lide ou conflito, tanto no processo penal como no processo civil, é totalmente irrelevante. Não é preciso acrescentar nada mais, embora houvesse muito a acrescentar, ao que a respeito foi dito por CALAMANDREI e PAOLI (Calamandrei, Scritti Giuridici, vol. I, pags. 245, 200 e ss.; Paoli, Rivista di Diritto Processuale, 1930, p. 63 e ss.)

O certo é que a atividade do juiz no processo penal, como toda a atividade de juiz no exercício da jurisdição, é imparcial. E quando o Estado age **imparcialmente**, age através da jurisdição.

Na atividade administrativa age o Estado como parte. Na jurisdicional, define o caso, cria a regra concreta para aquele determinado indivíduo sujeito à imputação penal; enfim, trabalha como o faria um juiz nos países da "common law" face a uma "statute law": traduz, em termos de direito do caso, aquilo que ainda não é direito, porque direito penal é somente o direito penal aplicado.