

## A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt<sup>1</sup>

### The misunderstood concept of process as "legal situation": James Goldschmidt life and work

*Aury Lopes Júnior*

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. Professor Titular de Direito Proc.Penal na PUCRS. Pesquisador do CNPq – Produtividade em Pesquisa. Membro do Conselho Diretivo para Iberoamerica da Revista de Derecho Procesal (Espanha). Advogado Criminalista.

*Pablo Rodrigo Alflen da Silva*

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNIVATES e da ULBRA. Professor no Curso de Especialização em Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Pesquisador credenciado ao CNPq. Instrutor do Tribunal de Ética e Disciplina da OABRS. Membro da *Gesellschaft für Völkerstrafrecht* (Berlin). Advogado Criminalista.

**Resumo:** O trabalho faz um resgate da biografia do ilustre jurista James Goldschmidt, focando a seguir na sua principal contribuição teórica, qual seja, a teoria do processo como situação jurídica. Analisa a natureza jurídica do processo, com ênfase na fenomenologia do processo penal, demonstrando o acerto da concepção do autor e a inconsistência das principais críticas feitas.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi desenvolvido a partir dos debates realizados no Curso de Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS, na disciplina “Epistemologia do Direito Processual Penal Contemporâneo”.

**Palavras-chaves:** Goldschmidt – Processo Penal – Natureza Jurídica – Situação Jurídica.

**Abstract:** The work aims to recapture the biography of the distinguished jurist James Goldschmidt, focusing on his main theoretical contribution, which is the theory of process and legal situation. Examines the legal nature of the process, with emphasis on the phenomenology of criminal procedure, demonstrating the success of the conception of the author and the inconsistency of the main criticisms.

**Keywords:** Goldschmidt – Criminal Procedure – Legal Nature – Legal Situation.

## I APORTES INICIAIS

Em 28 de junho de 2009 completaram-se 69 anos do falecimento do jurista alemão JAMES PAUL GOLDSCHMIDT. Considerado por muitos como um dos maiores processualistas de todos os tempos, GOLDSCHMIDT, como afirmado por EB. SCHMIDT, teve “o mérito impercível de ter submetido o ‘pensamento processual’ a uma ‘crítica’ e de ter desenvolvido rigorosamente a heterogeneidade fundamental do modo de contemplar material e processualmente o direito”<sup>2</sup>. Em virtude de sua perspicácia invulgar e originalidade de suas idéias, chegou-se a afirmar que GOLDSCHMIDT tinha a “rara capacidade de adentrar na mais profunda das profundezas”<sup>3</sup>. Em um artigo escrito em memória aos dez anos de seu falecimento, em 1950, ERNST HEINITZ qualificou-o “como professor de grande vitalidade e temperamento, como homem de humor e, em certo sentido, representante típico dos cientistas do estilo antigo”<sup>4</sup>. Considerado pelos nazistas alemães, primeiramente, como um “embaixador e divulgador da cultura alemã”<sup>5</sup>, após a ascensão do partido ao poder, no entanto, restou por se tornar mais uma vítima do nacional-socialismo. O presente ensaio apresenta uma homenagem *in memoriam* a este grande jurista.

<sup>2</sup> Cfe. SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 2. völlig durchgearbeitete und erw. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, p. 48.

<sup>3</sup> Cfe. SCHMIDT, Eberhard. James Goldschmidt zum Gedächtnis. *in Süddeutsche Juristenzeitung*, 1950, p. 447.

<sup>4</sup> Compare FISCHER, Wolfram. *Exodus von Wissenschaften aus Berlin: Fragestellungen, Ergebnisse, Desiderate*, Berlin: Walter De Gruyter Verlag, 1994, p. 131.

<sup>5</sup> Conforme referido por SCHÖNKE, Adolf. Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt, *in Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Nr. 5, 1950, p. 275-276.

## II JAMES PAUL GOLDSCHMIDT, UMA VIDA DE JURISTA: BREVE SÍNTESE BIOGRÁFICA

Oriundo de família judaica, JAMES PAUL GOLDSCHMIDT nasceu em 17 de dezembro de 1874, na cidade de Berlim, Alemanha. Seu pai, ROBERT GOLDSCHMIDT, era banqueiro e seu irmão, HANS WALTER GOLDSCHMIDT, foi professor da Faculdade de Direito da Universidade de Köln. Com seis anos de idade, JAMES GOLDSCHMIDT ingressou na escola francesa (*Französisches Gymnasium*) em Berlim<sup>6</sup>. A frequência a escola francesa, que encerrou em 1892 com a realização do vestibular, capacitou-o a redigir, em período posterior de sua vida, uma parte de seus trabalhos em francês, italiano e espanhol, posto que ali lhe haviam sido proporcionados conhecimentos em tais idiomas. E justamente em razão disso, ele permaneceu um período de sua vida estreitamente vinculado com a cultura francesa.

Na virada de 1892 para 1893, Goldschmidt começou seus estudos de Direito na Ruprecht-Karl Universidade de Heidelberg e um ano mais tarde se transferiu para a Friedrich-Wilhelm Universidade de Berlim. Nas cátedras de RUDOLF VON GNEIST e de JOSEF KOHLER, GOLDSCHMIDT aprendeu Direito Penal, Processo Penal e Processo Civil (matérias estas que, mais tarde, ele mesmo também lecionou). Na cátedra de HUGO PREUB, o redator da Constituição do Império de Weimar, GOLDSCHMIDT estudou Direito do Estado. Em 1895, concluiu seus estudos e realizou o primeiro Exame Estadual em Direito (*ersten juristischen Staatsexamen*) e em dezembro deste mesmo ano apresentou sua tese doutoral intitulada “A teoria da tentativa perfeita e imperfeita” (*Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch*).

Até a realização do seu segundo Exame Estadual em Direito (*zweiten juristischen Staatsexamen*), no ano de 1900, GOLDSCHMIDT atuou como estagiário do Serviço Judiciário prussiano e, após isso, trabalhou como assessor no Serviço Judiciário e preparou sua tese de habilitação, concluída em junho de 1901. Neste mesmo ano ele apresentou a tese de habilitação à cátedra, em Berlim, intitulada “A teoria do direito penal administrativo” (*Die*

---

<sup>6</sup> O *Französisches Gymnasium* foi fundado em 1689, na cidade de Berlim e, à época, sobretudo antes da Primeira Guerra Mundial, quase metade dos seus alunos eram de origem judaica.

*Lehre vom Verwaltungsstrafrecht*”), a qual foi desenvolvida sob orientação de JOSEF KOHLER e FRANZ VON LISZT<sup>7</sup>. Após a habilitação, GOLDSCHMIDT – além de sua atividade de assessor – começou a proferir, na qualidade de docente privado, suas primeiras palestras na Universidade de Berlim, além de desenvolver muitas atividades científicas e elaborar diversos trabalhos científicos<sup>8</sup>.

Em 1906, GOLDSCHMIDT casou-se com MARGARETE LANGE, de cujo casamento nasceram quatro filhos: WERNER (1910-1987), ROBERT (1907-1965), VICTOR (1914-1981) e ADA (1919- ?). WERNER e ROBERT, assim como o pai, foram professores de direito, sendo que o primeiro atuou em diferentes universidades de Buenos Aires e, o segundo, atuou em inúmeras universidades na América Latina, particularmente, em Córdoba (Argentina) e na Venezuela. O filho mais novo, VICTOR, estudou na França, onde, como professor, lecionou Filosofia e História em diversas Universidades Francesas. Sobre o destino da filha ADA, não se tem conhecimento.

Após sete anos de atividade como docente privado, em 23 de agosto de 1908, GOLDSCHMIDT tornou-se oficialmente professor extraordinário e, em 1919, professor ordinário na Faculdade de Direito na Universidade de Berlim.<sup>9</sup>

Na Primeira Guerra Mundial, GOLDSCHMIDT foi Presidente do Senado no Tribunal Imperial de Arbitragem para questões econômicas (“*Reichsschiedsgericht für Wirtschaftsfragen*”). Este Tribunal era mantido para disputas havidas no setor econômico, assim como, por exemplo, para questões relacionadas ao controle do comércio exterior e abastecimento de energia.

Em 1919, GOLDSCHMIDT recebeu uma Cátedra de Direito Penal no Instituto de Criminologia da Universidade de Berlim, o qual ele dirigiu conjuntamente com seu colega EDUARD KOHLRAUSCH. No mesmo ano, foi chamado para atuar como colaborador, junto ao Ministério

---

<sup>7</sup> Conforme SCHUBERT, Werner; REGGE, Jürgen; RIEß, Peter; SCHMIDT, Werner. *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*, Walter De Gruyter, 1988, p. XIV.

<sup>8</sup> Assim, por exemplo, os trabalhos intitulados “*Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre*” (1903), “*Die Deliktobligationen des Verwaltungsrechts*” (1904) e “*Materielles Justizrecht*” (1905).

<sup>9</sup> Conforme GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf. *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933-1945*. München: Oldenburg Wissenschaftsverlag, 2008, p. 200.

da Justiça do Império, na reforma processual penal<sup>10</sup>, tendo recebido o encargo de elaborar o Projeto de um novo Código de Processo Penal. Antes mesmo da Primeira Guerra Mundial ele apresentou o, até hoje considerado, mais moderno Projeto de Código de Processo Penal (*Entwurf einer Strafprozessordnung*). Em seu Projeto, GOLDSCHMIDT previu a conseqüente efetivação do processo acusatório por meio da eliminação dos resquícios do processo inquisitório. Além disso, o projeto previu a possibilidade de recursos a todas as instâncias penais e a participação geral de leigos na primeira instância, no âmbito do Tribunal do Júri (tendo em vista, aqui, seu vasto conhecimento do modelo processual francês). GOLDSCHMIDT procurou vincular à prisão preventiva pressupostos muito específicos para a sua decretação. Este projeto, que consistiu na primeira tentativa de reforma penal à época, foi apresentado pelo Ministro da Justiça do Império alemão, EUGEN SCHIFFER, no ano de 1919, ao Senado Imperial, e ficou conhecido como o “Projeto GOLDSCHMIDT/SCHIFFER (“*Entwurf Goldschmidt/Schiffer*”). À época o Projeto encontrou forte oposição no Senado Imperial e conseqüentemente não foi aprovado. Contudo, em 1922, o Ministro da Justiça do Império, GUSTAV RADBRUCH, apresentou o “Projeto de Lei para Reorganização dos Tribunais Penais” (*Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte*), o qual inspirou-se substancialmente no projeto elaborado por GOLDSCHMIDT, demonstrando, assim, o porquê do projeto de GOLDSCHMIDT ter sido caracterizado como a “última tentativa de criação integral de um direito processual penal liberal-democrático”.<sup>11</sup>

Nos anos de 1920 a 1921, GOLDSCHMIDT, na qualidade de Decano, dirigiu a Faculdade de Direito de Berlim e no ano de 1927 se tornou membro do Serviço Oficial de Exame Científico (*Wissenschaftlichen Prüfungsamtes*).

Além de sua vasta atividade científica GOLDSCHMIDT ministrava até 12 horas de palestras semanais, que eram sempre minuciosamente elaboradas. Seus alunos o descreviam como um professor com antiga disciplina prussiana e um forte sentimento de dever, porém, sempre procurava ministrar suas aulas com bom humor.

Após a ascensão do Nacional-Socialismo ao poder, GOLDSCHMIDT foi o primeiro professor da

---

<sup>10</sup> WINIGER, Art Salomon. “Goldschmidt, James”. in *Große jüdische National-Biographie*, Band. 2, Cernăți 1927, Nachdruck 1979, p. 457.

<sup>11</sup> Conforme HUECK, Ingo. *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, Mohr Siebeck Verlag, 1996, p. 44.

faculdade de direito de Berlim impedido de prosseguir na atividade de ensino. Por meio de Decreto do Ministro da Cultura, de 29 de abril de 1933, ele foi o único membro da faculdade de direito, junto a outros 19 da faculdade de medicina e filosofia, a ter imediatamente suspensas as suas atividades no cargo. No mesmo dia, GOLDSCHMIDT requereu junto ao Ministério da Justiça a revogação da medida, a qual, no entanto, foi negada, sob o argumento de que o Ministério da Justiça havia determinado que *não-arianos* não poderiam lecionar nas cátedras de Direito Penal e de Direito do Estado<sup>12</sup>.

No semestre de inverno, na virada de 1933 para 1934, GOLDSCHMIDT, em razão do “Decreto de restabelecimento funcional” publicado em 1933, foi transferido para outra Escola de Ensino Superior, o que, no entanto, somente no semestre de verão de 1934 foi possível, com a sua transferência à Escola de Ensino Superior de Frankfurt am Main. Em razão de sentimentos hostis do pessoal docente – principalmente do Decano – ele se afastou do setor de ensino, embora já estivesse disposto a fazê-lo. Mediante requerimento, GOLDSCHMIDT, no semestre de inverno de 1934 para 1935, foi transferido novamente à Berlim e ao mesmo tempo se exonerou de suas obrigações oficiais. Nesse meio tempo ele proferiu inúmeras palestras na Espanha e publicou diversos trabalhos em espanhol, italiano e francês. E a partir daí passou a se orientar cada vez mais por temas filosóficos. Um ano mais tarde, GOLDSCHMIDT, de acordo com a Lei de Cidadania Imperial de 1935, se aposentou e, ao mesmo tempo, lhe foi retirada pelo próprio Reitor da Universidade a permissão para lecionar. Com o encaminhamento de sua aposentadoria, os seus vencimentos foram reduzidos em 65%. Com isso, ante as dificuldades e a perseguição nazista, que se intensificava neste período, escreveu à NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, que o acolheu na Espanha, na cidade de Madrid, no período em que ali esteve.

Nos anos de 1933 a 1936 GOLDSCHMIDT empreendeu inúmeras viagens de estudo para a

---

<sup>12</sup> Conforme LÖSCH, Anna-Maria von. *Der nackte Geist: die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Mohr Siebeck, 1999, p. 179-180, o Decreto era ilegal inclusive de acordo com o direito nazista. O governo havia criado fundamentos jurídicos para demitir funcionários de “descendência não ariana” e politicamente suspeitos, para encaminhá-los à aposentadoria ou a outro cargo. O encaminhamento de Goldschmidt à aposentadoria em razão de sua origem judaica, foi descartado. De fato, ele era “100% não ariano” e, como dispunha a legislação imperial, esta hipótese (de aposentadoria) valia para funcionários de descendência não-ariana, porém, de acordo com o § 3.º, al. 2 do BBG, desde que o funcionário tivesse ingressado no cargo a partir de 1.8.1914, ou combatido no fronte na Primeira Guerra Mundial. Como Goldschmidt havia se tornado funcionário público em 1908, ele não podia obter a aposentadoria em razão da sua origem judaica. Além disso, não havia motivo político para sua demissão, pois ele não pertencia a partido algum. Goldschmidt não tinha tido, portanto, nenhuma razão para ter ameaçada sua posição profissional.

Espanha<sup>13</sup>, para proferir palestras nas Universidades Complutense de Madrid, Valencia e Zaragoza. Neste período, a família GOLDSCHMIDT estabeleceu uma próxima relação a outro grande processualista espanhol, PEDRO ARAGONESES ALONSO (Professor Emérito da Universidad Complutense de Madrid), que lhes acolheu com muita lealdade. A amizade entre ARAGONESES ALONSO e WERNER GOLDSCHMIDT rendeu o “Prologo a la primera edición” da estupenda obra *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*<sup>14</sup>. Também neste período foram ministradas por JAMES GOLDSCHMIDT as famosas “*Conferencias en la Universidad Complutense de Madrid*” (mais especificamente entre 1934 e 1935) que culminaram com a publicação do clássico “*Problemas Juridicos y Politicos del Proceso Penal*” (daí o agradecimento a FRANCISCO BECEÑA, que lhe cedeu a cátedra de “*Enjuiciamiento Criminal*”).

Contudo, a guerra civil de 1936, desencadeada na Espanha colocou um fim em suas atividades neste país, até porque, também foram perseguidos pela Falange Espanhola. Como a situação, para os judeus, se tornou cada vez mais insegura na Europa, face ao aumento progressivo de medidas de perseguição, no final de 1938, GOLDSCHMIDT e sua esposa, juntamente com o filho mais velho, ROBERT, se decidiram por abandonar definitivamente a Alemanha e viajaram para a Inglaterra. Logo após isso, e acredita-se que justamente pela saída da Alemanha, o pagamento de sua aposentadoria foi suspenso.

Encurrulado, posto que seu visto de permanência na Inglaterra estava por chegar a termo, vencendo em 31 de dezembro de 1939, sem possibilidade de renovação, e em virtude de não poder retornar à Alemanha, por ser judeu, e não poder ir à França, por ser alemão, muito menos de retornar à Espanha, em outubro de 1939, GOLDSCHMIDT entra em contato com EDUARDO COUTURE, que o auxilia a viajar para o Uruguai. Vindo no barco inglês *Highland Princess*, em uma árdua viagem, onde a cada instante um submarino poderia lhe trazer a morte, poucas semanas após, GOLDSCHMIDT desembarcou em Montevideú.<sup>15</sup>

Já no Uruguai, passou a ministrar aulas junto à Faculdade de Direito de Montevideú. Entretanto, enquanto preparava sua terceira aula a ser ministrada na Faculdade, no dia 28 de

<sup>13</sup> Conforme GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf, (nota 9), p. 200.

<sup>14</sup> Conforme ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2ª Edição, Madrid, Edersa, 1997.

<sup>15</sup> Assim COUTURE, Eduardo. La libertad de la cultura y la ley de la tolerancia, in *Tribuna del Abogado*, Montevideo, Jun.-Jul. 2000, p. 5.

junho de 1940, às nove horas da manhã, GOLDSCHMIDT sentiu um ligeiro mal-estar, parou de escrever e foi repousar. Aconchegou-se junto à sua esposa, recitou alguns poemas de SCHILLER para distrair a mente, voltou à sua mesa e como que fulminado por um raio, caiu morto sobre seus papéis.<sup>16</sup>

GOLDSCHMIDT produziu importantes contribuições científicas para o direito penal, bem como para o direito processual civil e penal. Em sua tese de habilitação “O direito penal administrativo” ele discutia a respeito das assim chamadas violações (*Übertretungen*<sup>17</sup>), que ainda eram reguladas juntamente com crimes e delitos no Código Penal do Império. GOLDSCHMIDT manifestou-se pela delimitação entre as violações e os fatos puníveis propriamente e pela conversão do direito das violações em direito administrativo<sup>18</sup>. Além disso, GOLDSCHMIDT elaborou propostas de reforma no direito penal e processual penal. No âmbito do direito processual penal ele se utilizou da aplicação de elementos do processo penal inglês. Ele entendia que o ministério público deveria assumir o papel de parte no processo e que, de acordo com a sua concepção, se deveriam eliminar os resquícios, ainda presentes, do antigo processo de inquisição do âmbito do processo penal alemão. Contudo, maior significado obteve GOLDSCHMIDT justamente como processualista. Sua monografia publicada no ano de 1925, intitulada “O processo como situação jurídica” (*“Der Prozeß als Rechtslage”*) foi enaltecida por RUDOLF BRUNS como “o último grande empreendimento construtivo da ciência jurídico-processual alemã”<sup>19</sup>.

Nesta obra é desenhada a mais complexa e completa teoria acerca da natureza jurídica do processo, visto não mais como uma “relação jurídica” (BÜLOW), mas sim como uma complexa e dinâmica “situação jurídica”.

---

<sup>16</sup> COUTURE, Eduardo. (nota 15), p. 5.

<sup>17</sup> Hoje chamadas violações à ordem e que são reguladas por legislação específica, a *“Ordnungswidrigkeitengesetz”* (OWiG).

<sup>18</sup> Assim o interessantíssimo trabalho intitulado *“Conceito e tarefa de um direito penal administrativo”*, onde Goldschmidt preconizava ser o Direito Penal Administrativo uma disciplina nova e absolutamente autônoma, que teria por objeto regular o “injusto policial” (*polizeilichen Unrechts*) enquanto comportamento causador de “perigo abstrato para bens jurídicos” ou “mera desobediência”, compare GOLDSCHMIDT, James. Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, Nr. 09, p. 213 e s.

<sup>19</sup> BRUNS, Rudolf. “James Goldschmidt (17.12.1874-18.6.1940)”. Ein Gedenkblatt. in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Nr. 88 (1975), p. 127.

### III O PROCESSO (PENAL) COMO SITUAÇÃO JURÍDICA: A SUPERACÃO DE BÜLOW POR JAMES GOLDSCHMIDT<sup>20</sup>

A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de BÜLOW,<sup>21</sup> foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.

Com certeza, foi muito sedutora a tese de que no processo haveria um sujeito que exercitava nele direitos subjetivos e, principalmente, que poderia exigir do juiz que efetivamente prestasse a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa). Apaixonante, ainda, a idéia de que existiria uma relação jurídica, obrigatória, do juiz com relação às partes, que teriam o direito de lograr através do ato final um verdadeiro clima de legalidade e *restabelecimento* da “paz social”.

Foi J. GOLDSCHMIDT e sua *teoria do processo como situação jurídica*, tratada na sua célebre obra *Prozess als Rechtslage*, publicada em Berlim em 1925 e posteriormente difundida em diversos outros trabalhos do autor<sup>22</sup>, quem melhor evidenciou as falhas da construção de BÜLOW, mas principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar e justificar a complexa fenomenologia do processo.

Para o autor, o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de BÜLOW são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo.

---

<sup>20</sup> O trecho a seguir constitui versão atualizada do capítulo, de mesmo título, de Aury LOPES Jr, na obra “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, Volume 1, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>21</sup> Desenvolvida na obra *La Teoria de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales* publicada (original em alemão) em 1868.

<sup>22</sup> Para compreensão da temática, consultamos as seguintes obras de James Goldschmidt: *Derecho Procesal Civil, Principios Generales del Proceso, Derecho Justicial Material, Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, a tradução brasileira de *Princípios Gerais do Processo Civil* e, mais recentemente, a obra *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Destaque-se, ainda, a magistral análise feita por Pedro Aragonese Alonso na obra *Proceso y Derecho Procesal*, pp. 235 e ss., especialmente no que se refere à crítica feita por Piero Calamandrei e à resposta de Goldschmidt, que levou o processualista italiano a, nos últimos anos de vida, retificar sua posição e admitir o acerto da teoria do processo como situação jurídica.

GOLDSCHMIDT ataca, primeiramente, os pressupostos da relação jurídica, em seguida nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação e, por fim, reputa definitivamente como estática ou metafísica a doutrina vigente nos sistemas processuais contemporâneos. Neste sentido, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, deixando, por sua vez, de condicionar o nascimento da relação jurídica processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito.<sup>23</sup>

Interessa-nos, pois, a crítica pelo viés da inércia e da falsa noção de segurança que traz ínsita a teoria do processo enquanto relação jurídica.

Foi GOLDSCHMIDT quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual<sup>24</sup>. Na síntese do autor, durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios de súditos é estática, constitui um império intangível.

Sem embargo, ensina GOLDSCHMIDT, *quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.*<sup>25</sup>

Essa dinâmica do *estado de guerra* é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, onde a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável.

---

<sup>23</sup> Compare GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessuales Denkens*, 1925, p. 75, onde refere expressamente que “*handelt es sich nicht um Voraussetzungen des Prozesses, sondern der Entscheidung (des Urteils) zur Sache*”.

<sup>24</sup> Goldschmidt ressalta que há duas formas de conceber o direito: uma, *estática*, a qual corresponde o direito material e outra, *dinâmica*, à qual corresponde a ciência do direito processual, compare GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*, p. 228.

<sup>25</sup> *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 49.

O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus.

As *expectativas* de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas). Como explica o autor,<sup>26</sup> *se entiende por derechos procesales las expectativas, posibilidades y liberaciones de una carga procesal. Existen paralelamente a los derechos materiales, es decir, a los derechos facultativos, potestativos y permisivos (...). Las llamadas expectativas son esperanzas de obtener futuras ventajas procesales, sin necesidad de acto alguno propio, y se presentan rara vez en el desenvolvimiento normal del proceso; pueden servir de ejemplo de ellas la del demandado de que se desestime la demanda que padezca de defectos procesales o no esté debidamente fundada (...)*.

As *posibilidades* surgem de uma *chance*, são consideradas como *la situación que permite obtener una ventaja procesal por la ejecución de un acto procesal*.<sup>27</sup> Como esclarece ARAGONESES ALONSO,<sup>28</sup> a expectativa de uma vantagem processual e, em última análise, de uma sentença favorável, a dispensa de uma carga processual e a possibilidade de chegar a tal situação pela realização de um ato processual constituem os direitos em sentido processual da palavra. Na verdade, não seriam direitos propriamente ditos, senão situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa “chances”.<sup>29</sup> Diante de uma *chance*, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva).

Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de um ato, uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável, têm uma possibilidade ou

---

<sup>26</sup> *Derecho Procesal Civil*, pp. 194 e ss.

<sup>27</sup> *Derecho Procesal Civil*, p. 195.

<sup>28</sup> *Proceso y Derecho Procesal*, p. 241.

<sup>29</sup> 1. Maneira favorável ou desfavorável segundo a qual um acontecimento se produz (álea, acaso); potência que preside o sucesso ou insucesso, dentro de uma circunstância (fortuna, sorte). 2. Possibilidade de se produzir por acaso (eventualidade, probabilidade). 3. Acaso feliz, sorte favorável (felicidade, fortuna). Na definição do dicionário Le Petit Robert, Paris: Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 383 (tradução nossa).

chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chances.

Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim *cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações.

É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Infelizmente, diuturnamente nos deparamos com sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

É um erro. Não existe uma “distribuição”, senão que a carga probatória está inteiramente nas mãos do Ministério Público.

**O que sim podemos conceber**, indo além da noção inicial de situação jurídica, **é uma assunção de riscos**. Significa dizer que à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de crença, de fé (como explicaremos a seu tempo), a não produção de elementos de convicção para o julgamento favorável ao seu interesse faz com que o réu acabe potencializando o risco de uma sentença desfavorável. Não há uma carga para a defesa, mas sim um risco. Logo, coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o MP a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial).

A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito de silêncio, calcado no *nemo tenetur se detegere*. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da assunção do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

Mas, voltando à concepção goldschmidtiana, a obrigação processual (carga) é tida como um imperativo do próprio interesse da parte, diante da qual não há um direito do adversário ou do Estado. Por isto é que não se trata de um dever. O adversário não deseja outra coisa senão que a parte se desincumba de sua obrigação de fundamentar, provar etc. Com efeito, há uma relação estreita entre as obrigações processuais e as *possibilidades* (direitos processuais da mesma parte), uma vez que “cada possibilidade impõe à parte a obrigação de aproveitar a possibilidade com o objetivo de prevenir sua perda”.<sup>30</sup>

A *liberação de uma carga processual* pode decorrer tanto de uma agir positivo (praticando um ato que lhe é possibilitado) como também de um não-atuar, sempre que se encontre numa situação *que le permite abstenerse de realizar algún acto procesal sin temor de que le sobrevenga el perjuicio que suele ser inherente a tal conducta*.<sup>31</sup>

Já a *perspectiva* de uma sentença desfavorável irá depender sempre da não-realização de um ato processual em que a lei imponha um prejuízo (pela inércia). A justificativa encontra-se no princípio dispositivo. A não-liberação de uma carga (acusação) leva à perspectiva de um

---

<sup>30</sup> *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 66.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*.

prejuízo processual, sobretudo de uma sentença desfavorável, e depende sempre que o acusador não tenha se desincumbido de sua carga processual.<sup>32</sup>

Na síntese de ARAGONESES ALONSO,<sup>33</sup> *al ser expectativas o perspectivas de un fallo judicial futuro, basadas en las normas legales, representan más bien situaciones jurídicas, lo que quiere decir estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.*

Assim, o processo deve ser entendido como o conjunto destas situações processuais e concebido “como um complexo de promessas e ameaças, cuja realização depende da verificação ou omissão de um ato da parte”.<sup>34</sup>

Outra categoria muito importante na estrutura teórica do autor é a de “derecho justicial material”. Nessa visão, o Direito Penal é um Derecho Justicial Material, posto que o Estado adjudicou o exercício do seu poder de punir à Justiça. Mas, principalmente, as normas que integram o “derecho justicial” são medidas para o juízo do juiz, regras de julgamento e condução do processo, gerando para as partes o caráter de promessas ou de ameaças de determinada conduta do juiz. Os conceitos de “promessas” ou de “ameaças” devem ser vistos numa lógica de “ônus” e “bônus”, logo, promessas de benefícios (sentença favorável etc.) diante de determinada atuação ou, ainda, ameaças de prejuízos processuais pela não liberação de uma carga, por exemplo.

Essa rápida exposição do pensamento de GOLDSCHMIDT serve para mostrar que o processo – assim como a guerra – está envolto por uma nuvem de incerteza. A expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável está sempre pendente do aproveitamento das chances e liberação da carga. Em nenhum momento tem-se a certeza de que a sentença será procedente. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou não (justa ou injusta), o que evidencia sobremaneira o risco no processo.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>33</sup> *Proceso y Derecho Procesal*, p. 241.

<sup>34</sup> *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 57.

O mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza e estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, o qual possui riscos que lhes são inerentes.

É evidente que não existe *certeza (segurança)*, nem mesmo após o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito, que nem sempre encontra abrigo na realidade, algo assim como a matemática, na visão de EINSTEIN.<sup>35</sup> É necessário destacar que o direito material é um mundo de entes irrealis, uma vez que construído à semelhança da matemática pura, enquanto o mundo do processo, como anteriormente mencionado, identifica-se com o mundo das realidades (concretização), pelo qual há um enfrentamento da ordem judicial com a ordem legal.

A dinâmica do processo transforma a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Para GOLDSCHMIDT,<sup>36</sup> “a incerteza é consubstancial às relações processuais, posto que a sentença judicial nunca se pode prever com segurança”. A incerteza processual justifica-se na medida em que coexiste em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta.

Não se pode supor o direito como existente (enfoque material), mas sim comprovar se o direito existe ou não no fim do processo. Justamente por isso é que se afirma que o processo é incerto, inseguro.

A visão do processo como guerra evidencia a realidade de que vence (alcança a sentença favorável) aquele que lutar melhor, que melhor souber aproveitar as chances para libertar-se de cargas processuais ou diminuir os riscos. Entretanto, não há como prever com segurança a decisão do juiz. E este é o ponto crucial aonde queríamos chegar: demonstrar que a incerteza é característica do processo, considerando que o seu âmbito de atuação é a realidade.

---

<sup>35</sup> Ensina EINSTEIN, Albert. Vida e pensamentos, pp. 66-68) que “o princípio criador reside na matemática; a sua certeza é absoluta, enquanto se trata de matemática, abstrata, mas diminui na razão direta de sua concretização (...) as teses matemáticas não são certas quando relacionadas com a realidade e, enquanto certas, não se relacionam com a realidade”.

<sup>36</sup> *Princípios Gerais do Processo Civil*, p. 50.

#### IV QUANDO CALAMANDREI DEIXA DE SER O CRÍTICO E RENDE HOMENAGENS A *UN MAESTRO DI LIBERALISMO PROCESSUALE*. O RISCO DEVE SER ASSUMIDO: A LUTA PELAS REGRAS DO JOGO<sup>37</sup>

É importante destacar que GOLDSCHMIDT sofreu duras e injustas críticas, até porque muitos não compreenderam o alcance de sua obra. Parte dos ataques deve ser atribuído ao momento político vivido e à ilusão de “direitos” que BÜLOW acenava, contrastando com a dura realidade espelhada por GOLDSCHMIDT, que chegou a ser rotulado de teórico do nazismo. Uma imensa injustiça, repetida até nossos dias, por pessoas que conhecem pouco a *obra do autor* e desconhecem completamente o *autor da obra*. Daí a importância do resgate biográfico, como feito no início deste trabalho, para melhor compreensão do contexto em que o pensamento do autor é desenvolvido e dos influxos sociais e políticos existentes naquele momento.

Analisando a história do direito processual, percebe-se que as 3 principais críticas (estamos sintetizando, é claro)<sup>38</sup> feitas a esta concepção acabaram se transformando em demonstrações de acerto e da genialidade do autor.

Vejamos as críticas, principalmente de CALAMANDREI:

1) A de que a teoria da situação jurídica estava estruturada em categorias de caráter sociológico (expectativas, perspectivas, chances etc.). GOLDSCHMIDT refutou, apontando que o Direito Civil sempre trabalhou com o conceito de “expectativa de direito”, conhecido e reconhecido há muito tempo. E seguiu mostrando que tais concepções eram “pouco sociológicas”. Há que se compreender à luz da racionalidade da época. Hoje, a discussão estaria noutra dimensão, sem medo de assumir o caráter sociológico e demonstrar sua absoluta necessidade. E, assim, a crítica se revelou infundada, na medida em que, atualmente, a complexidade que marca as sociedades contemporâneas evidenciou a falência do monólogo científico, especialmente o jurídico. Ou seja, a complexidade social exige um **olhar interdisciplinar**, que transcenda as categorias fechadas – como as tradicionalmente concebidas no direito – para colocar os diferentes campos do saber para dialogar em igualdade de condições e, assim, construir uma nova linguagem. Ou seja, GOLDSCHMIDT já percebia a insuficiência do monólogo jurídico e a necessidade de uma abertura, dialogando com a sociologia para com ela construir uma *nova linguagem* que desse conta da complexa fenomenologia do processo. Logo, um grande acerto, que, por ser além do seu tempo, não foi compreendido. Hoje, atualíssimo.

2) A segunda crítica foi a de que ele estava “rompendo com a unidade processual”. CALAMANDREI afirmou que essa concepção não era “conveniente, nem científica, nem didaticamente”, e que a visão do autor fazia com que o processo parecesse não mais uma unidade (relação jurídica), mas uma sucessão

<sup>37</sup> O trecho a seguir constitui versão atualizada do capítulo, de mesmo título, de Aury LOPES Jr, na obra “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, Volume 1, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

<sup>38</sup> Baseada na sistematização de ARAGONESES ALONSO, *op. cit.*, pp. 243 e ss.

de situações distintas. GOLDSCHMIDT respondeu, afirmando que a unidade do processo “é garantida por seu objeto” e que na relação jurídica a unidade maior é só em aparência. É o objeto (a pretensão processual acusatória, que explicaremos à continuação) que mantém a unidade, pois tudo a ele converge. Toda a atividade processual recai sobre um objeto comum, fazendo com que, para nós, a unidade seja mantida por imantação. Mais do que isso, recorreremos novamente ao **conceito de complexidade** (MORIN e outros) para demonstrar que a tal “unidade processual” remonta a um pensamento cartesiano que não compreende a abertura e uma dose de superação do binômio aberto-fechado. Logo, novo acerto pela superação do sistema simples e unitário.

3) Por fim, foi criticado por ter uma concepção “anormal ou patológica” do processo. Ora, esse foi, sem dúvida, o maior acerto do autor (ao lado da dinâmica da situação jurídica). Ele, já em 1925, incorporou no processo a **epistemologia da incerteza**, influenciado, quem sabe,<sup>39</sup> pelos estudos de EINSTEIN em torno da relatividade (1905 e 1916) e do quanta. Infelizmente ainda está por ser escrito um trabalho que investigue a influência einsteiniana nos grandes juristas da época... Mas GOLDSCHMIDT estava certo, tão certo que CALAMANDREI retifica sua posição – e críticas – para assumir a noção de *processo como jogo*. O que o jurista alemão estava desvelando é que **a incerteza é constitutiva do processo e nunca se pode prever com segurança a sentença judicial**. Alguém duvida disso? Elementar que não. Como assumiu, anos mais tarde, CALAMANDREI, para obter-se justiça não basta ter razão, senão que é necessário fazê-la valer no processo, utilizando todas as armas, manobras e técnicas (obviamente lícitas e éticas) para isso.

Assim, no plano jurídico-processual, CALAMANDREI foi um opositor à altura. Inclusive, as três críticas anteriormente analisadas foram pontos focados no sugestivo artigo “*El proceso como situación jurídica*”, de onde outros tantos aderiram.

Contudo, após as críticas iniciais, **todas refutadas**, CALAMANDREI perfilou-se ao lado de GOLDSCHMIDT no célebre trabalho *Il Processo Come Giuoco*.<sup>40</sup> Posteriormente, escreveu *Un Maestro di Liberalismo Processuale*<sup>41</sup> em sua homenagem. Podem até dizer que não se tratava de uma plena concordância, é verdade, mas sim de uma radical mudança: de crítico visceral a pequenas divergências periféricas, com as homenagens pelo reconhecimento do acerto substancial.

Na sua visão do processo como um jogo, CALAMANDREI explica que as partes devem, em primeiro lugar, conhecer as regras do jogo. Logo, devem observar como funcionam na prática, eis que a atividade processual trabalha com a realidade. Além disto, é preciso “experimentar como se entendem e como as respeitam os homens que devem observá-las, contra que resistências correm risco de se enfrentar, e com que reações ou com que tentativas de ilusão

<sup>39</sup> Até porque, como homem de ciência que era, não estaria à margem da revolução científica que se produzia naquela época, com os estudos de Einstein sobre a relatividade e o quanta, mas também de Heisenberg (incerteza), Max Planck, Mach, Kepler, Maxwell, Born e outros.

<sup>40</sup> In: *Rivista di Diritto Processuale*, V. 5 – parte I, 1950, Padova, pp. 23 e ss. Também publicado nos *Scritti in onore del prof. Francesco Carnelutti*.

<sup>41</sup> In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1 – parte I, Padova, 1951, pp. 01 e ss. Também publicado no número especial da *Revista de Derecho Procesal*, em memória de James Goldschmidt.

têm que contar”.<sup>42</sup> Entretanto, para se obter justiça, não basta tão-somente ter razão. O triunfo do processo depende, outrossim, de “*sabê-la expor, encontrar quem a entenda, e a queira dar, e, por último, um devedor que possa pagar*”.<sup>43</sup>

Neste jogo, o sujeito processual ou o “ator”, como denomina o próprio CALAMANDREI, movimenta-se a fim de obter uma sentença que acolha seu direito, muito embora o resultado (procedência) não dependa unicamente de sua demanda, considerando que neste contexto insere-se a figura do juiz. Assim, o reconhecimento do direito do “ator” depende necessariamente da busca constante da convicção do julgador, fazendo-o entender a demanda. Ou nas palavras de CALAMANDREI:<sup>44</sup> “O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador”.

Contudo, o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à *pequena história* retratada pela prova contida nos autos. Logo, está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual: “Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso”. Entretanto, quando não há tal coincidência, “o processo, de instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar vitória ao mais astuto”.<sup>45</sup>

A sentença – na visão de CALAMANDREI – deriva da soma de esforços contrastantes, ou seja, das ações e das omissões, das astúcias ou dos descuidos, dos movimentos acertados e das equivocações, considerando que o processo, neste ínterim, “vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer”.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Idem, ibid.* (p. 221).

<sup>43</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 223.

<sup>44</sup> *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 223.

<sup>45</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 224.

<sup>46</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, p. 224.

Elementar que afirmações assim, lidas apressadamente e de forma superficial, podem causar algum choque. Mas, destaque-se, não estamos “criando” nada e tampouco se trata de questões novas.

Se pudéssemos sintetizar (advertindo sobre o risco e o dano da síntese) os dois pontos mais importantes do pensamento de GOLDSCHMIDT para o processo, destacaríamos:

1. O conceito aplicado de **fluidez, movimento, dinâmica** no processo, que incorpora a concepção de situações jurídicas complexas. Essa alternância de movimentos, inerente ao processo, é um genial contraste e evolução quando comparado com a inércia da relação jurídica. Foi ele quem melhor percebeu e explicou, através da sua teoria, a essência do *procedere* que imprime a marca do processo judicial.

2. O **abandono da equivocada** e (perigosamente) **sedutora idéia de segurança jurídica** que brota da construção do processo como relação jurídica estática, com direitos e deveres “claramente estabelecidos” entre as partes e o juiz. É um erro, pois **o processo se move num mundo de incerteza**. Mais, é uma noção de segurança construída erroneamente a partir da concepção estática do processo. Não que se negue a necessidade de “segurança”, mas ela somente é possível quando corretamente percebido e compreendido o próprio risco. Segurança se desenha a partir do risco e, principalmente, do risco que brota da própria incerteza do movimento e da dinâmica do processo. É segurança na incerteza e no movimento. Logo, o que nos sobra é lutar pela forma, ou seja, um conceito de segurança que se estabeleça a partir do respeito às regras do jogo. Essa é a segurança que se deve postular e construir. Detalhe importante: obviamente não foi GOLDSCHMIDT quem “criou” a insegurança e a incerteza,<sup>47</sup> mas sim quem a desvelou. Ela lá sempre esteve,<sup>48</sup> pois inerente ao processo e à justiça. Houve sim um encobrimento na teoria de BÜLOW da incerteza a partir de todo um contexto histórico processual e social. Era uma visão muito sedutora, principalmente naquele momento histórico. Mas a razão está com GOLDSCHMIDT: o processo se move no mundo de incerteza, onde as chances devem ser aproveitadas para que as partes possam se liberar das “cargas probatórias” e caminhar em direção a uma sentença

<sup>47</sup> Recordemos que a relatividade geral falhou ao tentar descrever os momentos iniciais do universo, porque não incorporava o princípio da incerteza, o elemento aleatório da teoria quântica a que Einstein tinha se oposto a pretexto de que “Deus não joga dados com o universo”. Entretanto, como explica Hawking (O universo numa casa de noz, p. 79), tudo indica que Deus é um grande jogador! Nessa discussão, enorme relevância tem o físico alemão Werner Heisenberg que formulou o famoso princípio da incerteza, a partir da observação da hipótese quântica de Max Planck. Em apertadíssima síntese, a partir de Hawking (op. cit., p. 42), significa dizer que Planck em 1900 afirmou que a luz sempre vem em pequenos pacotes, que ele denominou “quanta”. Essa hipótese quântica explicava claramente as observações da taxa de radiação de corpos quentes, mas a plena compreensão da extensão de suas implicações, somente foi possível por volta de 1920, quando Heisenberg demonstra que, quanto mais se tenta medir a posição de uma partícula, menos exatamente se consegue medir a sua velocidade e vice-versa. E aqui o que nos interessa: mostrou que a incerteza na posição de uma partícula, multiplicada pela incerteza de seu momento, deve ser sempre maior do que a constante de Planck, uma quantidade aproximadamente relacionada ao teor de energia de um quantum de luz. Assim, reina a incerteza em detrimento de qualquer visão determinista. Tudo isso constituía o auge da discussão científica mundial nesse período de 1900-1930 (sem negar o antes e o depois, é claro), contemporânea então com o auge da produção intelectual de James Goldschmidt, que publica seu capô lavoro *Der Prozess als Rechtslage*, em Berlim, em 1925.

<sup>48</sup> Pensamos que é importante atentar para o símbolo da justiça do caso concreto, que é a Dikè (*Dikelogia – la ciencia de la justicia* – intitula Werner Goldschmidt). Ela carrega a espada, que pende sobre a cabeça do réu e corresponde ao direito potestativo de penar e, na outra mão, está a balança. À primeira vista, (e também última para muitos) a balança simboliza o equilíbrio, a ponderação e até a supremacia da razão (dentro de uma racionalidade moderna (superada, portanto)). Mas, para muito além disso, ela simboliza a “incerteza” característica da administração da justiça no caso concreto. Corresponde a incerteza característica do processo. Ela oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte.

favorável. A única segurança que se postula é a da estrita observância das regras do jogo – **a forma como garantia** – e, mais, anterior a ela, no conteúdo axiológico da própria regra.

O **maior mérito do autor**, infelizmente ainda a ser reconhecido, foi ter **evidenciado o fracasso da unidade epistemológica do direito (processual), com a inserção de categorias sociológicas (expectativas, perspectivas, chances); a epistemologia da incerteza (e a imprevisibilidade do processo); a noção de fluidez, dinâmica e movimento; e ter denunciado o fracasso da teoria geral do processo (o erro da transmissão mecânica de categorias). Por fim, ao incorporar o risco (muito antes de LUHMAN, BECK, GIDDENS e todos os sociólogos do risco!!)**<sup>49</sup>, evidencia a falácia da noção tradicional de “segurança jurídica” fomentada pela inércia da relação jurídica de BÜLOW.

É interessante como a tradição resiste ao novo, principalmente quando é desorganizador da ilusória tranquilidade do *status quo*. Se compararmos com a receptividade (até nossos dias) da concepção de BÜLOW, veremos que foi quantitativamente bem superior do que a aceitação a revolucionária tese de GOLDSCHMIDT. Possivelmente, entre outros fatores, porque foi pouco compreendida sua complexa noção de processo.

Contudo, como muito bem define GIMENO SENDRA,<sup>50</sup> **a crítica que realizou GOLDSCHMIDT à relação jurídica processual foi tão sólida que seus defensores atuais foram obrigados a adotar uma dessas três posições:**

1. pretender defender a conciliação da teoria da relação jurídica com a da situação jurídica;<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, inclusive, Felix Herzog ressalta que na Alemanha a ideia de um direito penal do perigo/risco surgiu com os ordenamentos policiais do Império (Reichspolizeiordnungen) de 1530, 1548 e 1570, sendo que foi Goldschmidt, com o chamado Direito Penal Administrativo, que introduziu a ideia de que estes ordenamentos do Império baseavam-se na proteção do “bem comum” e, com isso, puniam a lesão de interesses controláveis, portanto, situações caracterizadoras de perigos/riscos; compare HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg: v. Decker, 1991, p. 74 e s.

<sup>50</sup> GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*, p. 170.

<sup>51</sup> Entre esses, deve-se destacar a qualificada posição de Werner Goldschmidt (no prólogo da primeira edição da obra “Proceso y Derecho Procesal” de Aragonese Alonso, p. 35), de que tais teorias (relação e situação) não podem ser consideradas como inconciliáveis, senão como complementárias. Nessa linha, defende que “mientras la teoría de la situación destaca lo que ocurre en el Derecho cuando éste opera en el plano dinámico del proceso, la teoría institucional, señala Aragonese Alonso, se mueve en el mundo abstracto de los conceptos. Por ello, estas dos posiciones no sólo se ofrecen como incompatibles, sino como complementarias, de la misma forma que pueden concebirse como complementarias la teoría de la relación”. Somente com a integração destes conceitos é que podemos (ou poderíamos) compreender como nasce o processo e qual é o fundamento metafísico da sua existência (teoria da instituição), o objeto real do processo, tal como se desenvolve na vida e sua contínua relação (teoria da situação jurídica) e, finalmente, qual é a força que une os diversos sujeitos que nele operam (teoria da relação jurídica).

2. estender o conceito de relação jurídica a limites inimagináveis e insustentáveis, como são as tentativas de dar-lhe dinamicidade, fluidez e complexidade;
3. esvaziar o conteúdo da relação jurídica, substituindo os “direitos e obrigações processuais” pelas categorias goldschmidtianas de possibilidades e cargas (e às vezes até de expectativas, chances processuais etc.), o que significa esvaziar completamente o núcleo fundante da tese de BÜLOW.

**Em todos os casos, deve-se ter muita atenção, pois estamos diante de um autor e posições teóricas que, para tentar salvar a relação jurídica, não fazem mais que matá-la.** Tudo para manter a tradição e pseudo-segurança de conceitos ou, ainda, por força da lei do menor esforço.

É chegada (ou já passada...) a hora de **compreender e assumir a incerteza característica do processo**. A balança oscila, tanto pende igualmente para um lado como para outro. Está lançada a sorte. Se, retomando EINSTEIN, até Deus joga dados com o universo, seria muita arrogância (senão alienação) pensar que no processo seria diferente... Seria como dizer: a concepção de universo, em constante mutação, incorpora como elemento fundamental o princípio da incerteza, mas isso só se aplica ao universo, não ao direito processual....

Sabe-se que EINSTEIN falhou<sup>52</sup> ao não considerar o princípio da incerteza na teoria da relatividade geral, pois o universo pode ser imaginado como um gigantesco cassino,<sup>53</sup> com dados sendo lançados e roletas girando por todos os lados e em todos os momentos. O detalhe fundamental é que os donos de cassinos não abrem as portas para perder dinheiro, pois eles sabem que, quando se lida com um grande número de apostas, a média dos ganhos e perdas atinge um resultado que pode ser previsto. E eles se certificam de que a média das vantagens esteja a favor deles, obviamente.

O crucial é que, se a média de um grande número de movimentos pode ser prevista, **o resultado de qualquer aposta individual não!** Esse é o ponto.

Logo, no processo a situação é igual. Na média, pode-se afirmar que a justiça e o acerto dos resultados estão presentes. Ou seja, como existem muitos milhares de lançamentos de dados diariamente (distribuição, tramitação e julgamento), pode-se prever que a média será de acerto das decisões (senão a justiça, como os donos de cassino, não teria funcionado por tantos

---

<sup>52</sup> Pois na origem do universo (big-bang), quando ele era minúsculo, o número de lançamentos de dados era pequeno e o princípio da incerteza proporcionalmente maior.

<sup>53</sup> Como explica HAWKING, *op. cit.*, p. 80.

séculos!), mas o resultado concreto de um determinado processo (aposta individual na roleta) é completamente incerto e imprevisível. Essa é uma equação que precisa ser compreendida, principalmente pelos ingênuos apostadores....

Somente a partir da compreensão dessas categorias podemos construir um sistema de garantias (sem negar o risco) para o réu no processo penal, deixando de lado as ilusões de segurança e, principalmente, abandonando a **ingênua crença na “bondade dos bons”**.<sup>54</sup> Essa crença infantil de que o processo e o juiz são capazes de revelarem a verdade, e que a justiça (para quem?) será efetivamente feita, impede a percepção do que está realmente por de trás daquele ritual (*il giuoco!*). Mas o mais grave: **impede que se duvide da bondade (do juiz, do promotor e do próprio ritual), e que se questione a própria legitimidade do poder.**

Tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis. Mas, acima de tudo, são atividades de alto risco, envoltas na nuvem de incerteza. Não há como prever com segurança quem sairá vitorioso. Assim deve ser visto o processo, uma situação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco e do *giuoco*. Reina a mais absoluta incerteza até o final. **A luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam conforme os valores constitucionais.**

A assunção desses fatores é fundamental para compreender a importância do estrito cumprimento das regras do jogo, ou seja, das regras do *due process of law*.

Trata-se de lutar por **um sistema de garantias mínimas**. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim **assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais** das quais não podemos abrir mão. Trata-se de reconstruir a noção de segurança (garantia) a partir da assunção do risco, ou seja, perceber que a garantia somente se constitui a partir da assunção da falta de.

É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do

---

<sup>54</sup> Ou melhor, “quem nos protege da bondade dos bons?”, no célebre questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto, a partir de Freud.

débil submetido ao processo. Não se trata de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la como uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada.

Mas – é importante destacar – não basta apenas definir as regras do jogo. Não é *qualquer regra que nos serve*, pois, como sintetiza JACINTO COUTINHO,<sup>55</sup> devemos ir para além delas (regras do jogo), definindo *contra quem se está jogando e qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo*.

Nossa análise situa-se nesse desvelar do conteúdo ético e axiológico do jogo e de suas regras, indo muito além do mero (paleo)positivismo.

Em definitivo, é importante compreender que *repressão e garantias processuais* não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais). Mesma simultaneidade necessária para pensar-se a garantia processual sem negar o risco. Coexistência e simultaneidade de conceitos são imperativos da complexidade que nos conduzem, inclusive, a trabalhar no entre-lugar, no entre-conceito.

Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor *risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo*.

A “segurança jurídica” só pode ser concebida a partir da assunção da insegurança, do risco e da imprevisibilidade. Não se constrói um conceito que dê conta – ainda que minimamente, pois a plenitude é ideal – sem a consciência da sua “falta”, pois a “falta” é constitutiva. Logo, segurança jurídica se constrói a partir da assunção da insegurança, do desvelamento do risco e da incerteza (sem deixar de lado a subjetividade, que os recebe e por eles é constituído).

Em última análise, pensamos desde uma perspectiva de redução de danos, onde os princípios constitucionais não significam “proteção total” (até porque a falta é constitutiva e sempre lá

---

<sup>55</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”, p. 47.

estará), sob pena de incidirmos na errônea crença na tradicional segurança. Trata-se, assim, de reduzir os espaços autoritários e diminuir o dano decorrente do exercício (abusivo ou não) do poder. Uma verdadeira política processual de redução de danos, pois, repita-se, o dano, como a *falta*, sempre lá estará.

Para que isso seja possível, é preciso abandonar a ilusão de segurança da teoria do processo como relação jurídica para assumi-lo na sua complexa e dinâmica situação jurídica, desvelando suas incertezas e perigos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2º Edición, Madrid: Edersa, 1997.

BRUNS, Rudolf. “James Goldschmidt (17.12.1874-18.6.1940). Ein Gedenkblatt”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Nr. 88 (1975).

CALAMANDREI, Piero. “Il Processo Come Giuoco”, in *Rivista di Diritto Processuale*, V. 5 – parte I, Padova, 1950.

CALAMANDREI, Piero. “Un Maestro di Liberalismo Processuale”, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1 – parte I, Padova, 1951.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. V. 3, Campinas: Bookseller, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”, in *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTURE, Eduardo. “La libertad de la cultura y la ley de la tolerancia”, in *Tribuna del Abogado*, Montevideo, Jun.-Jul. 2000, p. 5-10.

EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FISCHER, Wolfram. *Exodus von Wissenschaften aus Berlin: Fragestellungen, Ergebnisse, Desiderate*. Berlin: Walter De Gruyter Verlag, 1994.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid: Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. “Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts”, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1902, Nr. 09.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*, Trad. Catalina Grossman do original de 1905, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, Barcelona: EJEJA, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Dikelogía – La ciencia de la Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

GRUNER, Wolf; ALY, Götz; GRUNER, Wolf. *Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933-1945*. München: Oldenburg Wissenschaftsverlag, 2008, p. 200.

HAWKING, Stephen, *O universo numa casa de noz*, 2.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Mandarim, 2002.

HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg: v. Decker, 1991.

HUECK, Ingo. *Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*. München: Mohr Siebeck Verlag, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Volume 1, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÖSCH, Anna-Maria von. *Der nackte Geist: die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Mohr Siebeck Verlag, 1999.

SCHMIDT, Eberhard. “James Goldschmidt zum Gedächtnis”. in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1950.

SCHMIDT, Eberhard. *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 2. völlig durchgearbeitete und erw. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, 1964.

SCHÖNKE, Adolf. “Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt”, in *Deutsche Rechtszeitschrift*, Nr. 5, 1950.

SCHUBERT, Werner; REGGE, Jürgen; RIEß, Peter; SCHMIDT, Werner. *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts*. Berlin: Walter De Gruyter Verlag, 1988.

WINIGER, Art Salomon. “Goldschmidt, James”. in *Große jüdische National-Biographie*, Band. 2, Cernăți 1927, Nachdruck 1979.