

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

**(RE)PENSANDO A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL: PARA  
ALÉM DA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA, POR  
MEIO DA LINGUÍSTICA**

Porto Alegre  
2012

MAURÍCIO SANT'ANNA DOS REIS

**(RE)PENSANDO A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL: PARA  
ALÉM DA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA, POR  
MEIO DA LINGUÍSTICA**

Dissertação para fins de cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**Orientador:** Prof. Dr. Aury Lopes Junior

Porto Alegre  
2012

## RESUMO

Partindo da análise do conteúdo do processo penal, rompendo com a Teoria Geral do Processo, a presente dissertação se debruça sobre o estudo da natureza jurídica do processo penal. Questiona-se, assim, qual seria a natureza jurídica do processo penal. Para tentar responder essa questão, se analisa – superando-a – a Teoria da Relação Jurídica de Oskar Von Bülow, de toda inadequada ao processo penal, por não observar sua complexa fenomenologia. Nessa linha, acompanha-se a Teoria da Situação Jurídica processual penal de James Goldschmidt, a qual reconhece a dinâmica processual penal e sua inerente incerteza. A fim de esclarecer melhor essa teoria, a ela é relacionado o contraditório, como desvelado na Teoria do Processo [Penal] como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari. Todavia, por entender que a tese *fazzalariana* estaria arraigada demais em um complexo racional-jurídico, desprezando, assim, a subjetividade do ato de julgar, sugere-se sua complementação pelas teorias lingüísticas da enunciação, a partir de Émile Benveniste e do dialogismo de Mikhail Bakhtin, as quais refletem o fenômeno processual penal.

**Palavras-chave:** processo penal; conteúdo do processo penal, natureza jurídica do processo penal, situação jurídica, contraditório, enunciação e dialogismo.

## RESUMEN

A partir del análisis de los contenidos del proceso penal, rompiendo con La Teoría General del Proceso, este documento se centra en el estudio de la naturaleza jurídica del proceso penal. Uno puede preguntarse, bueno, ¿cuál es la naturaleza jurídica del proceso penal? Para tratar de responder a esta pregunta, se analiza - la superación de ella - la Teoría de la Relación Jurídica de Oskar von Bülow, todo inadecuada para El proceso penal, por no observar su compleja fenomenología. En esta línea, se acompaña de la teoría de la Situación Jurídica de procesal penal de James Goldschmidt, que reconoce la dinámica del proceso penal y su incertidumbre inherente. A fin de aclarar esta teoría, se relaciona con el contradictorio, según se describe en la teoría del proceso [Penal] como procedimiento contradictorio, de Elio Fazzalari. Sin embargo, La comprensión de que la tesis *fazzalariana* sería demasiado atrincherado en un complejo racional-legal, por lo tanto dejar de lado la subjetividad del acto de juzgar, se sugiere complementar las teorías lingüísticas de la enunciación, de Émile Benveniste y El dialogismo de Mijail Bajtín, que reflejan el fenómeno de procedimiento penal.

**Palabras-clave:** proceso penal, contenido del proceso penal, naturaleza jurídica Del proceso penal, situación jurídica, contradictorio, enunciación, dialogismo.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Teoria dominante (Karl Binding): teoria da exigência punitiva .....	32
Figura 2 Teoria de GOLDSCHMIDT: à acusação pertence o direito de acusar, ao Juiz eventual poder de penar .....	36
Figura 3 Área de intersecção entre diferentes esferas de Direito Processual: inspiração constitucional .....	39
Figura 4 Respectivamente: a teoria de Hellwig; de Bülow-Wach e de Kohler .....	53

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	12
2 CRÍTICA À TEORIA GERAL DO PROCESSO: DA LIDE À PRETENSÃO ACUSATÓRIA .....	14
2.1 DO CONCEITO DE LIDE EM CARNELUTTI: CONTRIBUIÇÃO À TEORIA GERAL DO PROCESSO .....	14
2.2 POSIÇÕES FAVORÁVEIS À TEORIA GERAL DO PROCESSO: A LIDE PENAL.....	20
2.3 CRÍTICAS AO CONCEITO DE LIDE EM CARNELUTTI: A REFUTAÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO .....	24
2.3.1 O caso penal: a contribuição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho .....	29
2.3.2 A pretensão acusatória como conteúdo do processo penal .....	31
2.3.3 Para além da Teoria Geral do Processo: uma possibilidade de aproximação .....	37
3 SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL.....	40
3.1 TEORIAS PRIVATISTAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL .....	41
3.1.1 Processo como um contrato .....	41
3.1.2 Processo como um quase-contrato .....	43
3.2 PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO.....	45
3.3 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA.....	46
3.3.1 Pressupostos processuais .....	49
3.3.2 Sujeitos da relação jurídica processual .....	51
3.3.3 A relação jurídica processual penal .....	54
3.3.4 A relação jurídica processual penal no Direito Brasileiro .....	58
3.3.5 Crítica à relação jurídica processual (penal).....	61
3.4 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA .....	64
3.4.1 Sobre James Goldschmidt .....	64
3.4.2 Antecedentes da teoria da situação jurídica .....	66
3.4.3 Elementos da teoria da situação jurídica .....	67
3.4.4 Situação jurídica processual penal .....	91
3.4.5 Críticas à teoria da situação jurídica .....	93
3.5 ELEMENTOS COMPLEMENTARES À TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA..	98
4 A INFLUÊNCIA DA LINGUAGEM NA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO.....	99
4.1 SOBRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	99
4.2 PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO: CONTRIBUIÇÃO DE ELIO FAZZALARI .....	103
4.2.1 A renovação do procedimento.....	104
4.2.2 Processo .....	105
4.2.3 A dimensão do contraditório: os contraditores .....	106
4.2.4 Processo e linguagem .....	108
4.2.5 Processo penal como procedimento em contraditório: a complementação da teoria da situação jurídica pelo contraditório .....	109
4.3 DIREITO, NORMA E JURISPRUDÊNCIA: ELEMENTOS PARA UMA	

RAZÃO JURÍDICA .....	116
4.3.1 Superando a posição de FAZZALARI: o reconhecimento da subjetividade do juiz no ato de julgar .....	119
4.4 INFLUÊNCIA DA LINGUÍSTICA DA ENUNCIÇÃO NO PROCESSO PENAL: SAUSSURE, BENVENISTE E BAKHTIN .....	120
4.4.3 Da transgressão da filosofia da linguagem no processo penal: possibilidades da linguística da enunciação .....	125
4.4.4 A contribuição de Ferdinand de Saussure: o objeto da linguística e o sistema de signos .....	126
4.4.5 Enunciação: Émile Benveniste e o homem na linguagem .....	130
4.4.6 Dialogismo: Mikhail Bakhtin e a construção do discurso pelo outro .....	132
5 CONCLUSÃO .....	136
6 REFERÊNCIAS.....	140

## 1 INTRODUÇÃO

O tema proposto para discussão é a natureza jurídica do processo penal. Mais especificamente, qual concepção de natureza jurídica é mais adequado ao processo penal. A escolha pelo tema se justifica em vista da pobreza conceitual que se estabeleceu no senso comum dos teóricos e dos juristas, que se limita a traçar conceitos sem reflexão sobre o tema. No mesmo sentido se observou que as pesquisas acadêmica em processo penal tem se olvidado em explicar a natureza jurídica do processo penal salvo algumas exceções observadas na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Em suma, se propõe uma aproximação entre o processo penal e o modelo teórico de processo como procedimento em contraditório, elaborado por Elio Fazzalari com vistas ao processo civil, modelo esse que, em suma, pressupõe para a existência de um processo o estabelecimento da relação dialética entre as partes (contraditório). Devido, portanto, a esse caráter civilista da concepção *fazzalariana*, a tentativa de aproximação se justifica tanto pela necessidade de busca de um modelo democrático, mas, *contrario sensu*, também pela preservação das características próprias do processo penal (sua natureza); ou seja – objetivando maior clareza nos argumentos que justificam esse trabalho – não se pretende, de forma alguma, uma aniquilação da processualística penal em vista a um modelo civilista, senão uma complementação.

Dessa forma, coloca-se o problema: seria viável, resguardadas as suas categorias próprias, a aplicação da teoria processual de Elio Fazzalari (processo como procedimento em contraditório) ao processo penal? A hipótese é que sim. partindo do pressuposto de que o modelo processual penal garantista-acusatório, postula uma relação alheia (*terzietà*) do juiz frente ao processo, devendo o mesmo se desenvolver pelo impulso das partes (acusação e defesa), no que concerne restritivamente ao seu desenrolar, seria sim viável a teoria de Elio Fazzalari.

Dessas primeiras observações, surge o primeiro objetivo: analisar a viabilidade da teoria processual de Elio Fazzalari ao processo penal. Da mesma forma, desmembrando o objetivo primário, tem-se os seguintes objetivos secundários: (a) delinear as concepções clássicas acerca da natureza jurídica do processo; (b) explicar a teoria do processo como relação jurídica; (c) explicar a teoria



do processo como situação jurídica; (d) explicar a teoria do processo como procedimento em contraditório e analisar sua adequação ao processo penal. Dispensando uma pesquisa de campo, a metodologia cingiu-se à revisão bibliográfica reflexiva, avançando-se para além das expectativas iniciais.

O desenvolvimento do presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo discute-se a imprestabilidade da Teoria Geral do Processo, mormente no que concerne ao processo penal. Constrói-se e crítica assim, as formulações sobre a lide, apontada como conteúdo de todos os processos e elemento unificador da teoria geral. Rompendo-se com essa hipótese, analisa-se o real conteúdo do processo penal (pretensão acusatória), avançando no sentido de coadunar teorias diversas acerca da natureza jurídica do processo (situação jurídica e processo como procedimento em contraditório).

O segundo capítulo aborda algumas relevantes teorias acerca da natureza jurídica do processo, passando pelas teorias privatistas (criticadas e negadas), pela teoria da relação jurídica desenvolvida desde Oskar Von Bülow, a qual é igualmente criticada e negada, chegando à teoria da situação jurídica de James Goldschmidt a qual, superando os críticos, entende ser a mais adequada ao processo e, em especial ao processo penal. Observa-se ainda, a possibilidade de conciliar teorias a respeito da natureza jurídica, desde que não se mostrem incompatíveis.

O derradeiro terceiro capítulo analisa a teoria do processo como procedimento em contraditório, proposta por Elio Fazzalari, verificando a possibilidade de sua utilização no processo penal, em conjunto com a teoria da situação jurídica. Observa-se ainda a insuficiência da teoria no exame do ato de decidir, propondo, ao final, um olhar linguístico do processo, através de Ferdinand Saussure e da enunciação de Émile Benveniste e Mikhail Bakhtin.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Processual Penal se movimenta com certas limitações conceituais decorrentes da equivocada importação de categorias do processo civil. O senso comum dos teóricos – e dos juristas – irrefletidamente se vale de terminologias que não são adequadas às categorias próprias do processo penal, difundindo conceitos vazios e perigosos. *Lide penal, relação jurídica, processo de parte única*, são alguns exemplos (observados nesse trabalho) de como uma linha de produção de textos jurídicos se torna refém de uma mínima reflexão do processo.

Conclui-se que o processo penal não tem por conteúdo (ou objeto) uma lide tal qual a do processo civil aplicado ao processo penal, nem tampouco sua exclusiva lide penal.

Pensar assim significa assumir, conscientemente ou não uma postura pela Teoria Geral do Processo, de todo inadequada. No processo penal não se pode falar em lide penal porque ao contrário do processo civil (como regra) as pretensões levadas a juízo não podem se resolver fora do processo. O Estado não é tampouco credor de um direito subjetivo de punir, ou seja, de uma pretensão punitiva. Ante a necessidade precípua da sentença penal para aplicação da pena, quando da prática de um fato em tese delituoso emergiria para o Estado-Juiz uma mera expectativa de punição, em última análise, um direito potestativo de punir. Ocorre que esse direito não é ainda o conteúdo do processo penal, porque não é sobre ele que paira a discussão do processo. A jurisdição necessita ser provocada para analisar o caso penal, de modo que o Estado-Acusação (de regra o Ministério Público) tem o poder-dever de – entendendo existir indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do suposto delito – provocar o Estado-Juiz por meio de uma pretensão acusatória, cerne da discussão acerca do conteúdo do processo penal. É essa pretensão que será discutida no caso e que deverá fulminar a presunção de inocência para que finalmente, se for o caso, se efetive o poder de penar do Estado.

A partir desse conteúdo e rompendo com a Teoria Geral do Processo, já é possível afirmar que a categoria relação jurídica é insuficiente por não responder ao fenômeno processual. Tentar desenhar o processo como uma relação na qual as partes entre si e com relação ou ao juiz possuem direitos e deveres recíprocos é um equívoco, que apenas reedita um conceito estático, ou seja, pressupõe que uma das partes tem um direito que não foi atendido. Essa “certeza” jurídica, não subsiste ante a incerteza que paira em todos os processos, incerteza essa desvelada pela teoria da situação jurídica. A teoria da situação jurídica, ao incorporar o princípio da incerteza, rompe em definitivo com a da relação jurídica, separando,

de vez, o direito material sobre o qual se pede a tutela do direito processual que há de julgar sobre esse requerimento. Reconhecer essa característica no processo acaba por afastar o objeto de observação de sujeito observador: o direito material apenas é incorporado ao direito processual pela narrativa feita pelas partes ao juiz, de modo que não se julgará sobre os fatos, mas sim sobre a breve história dos fatos trazida ao processo (a historicidade do processo). Chances e cargas processuais são aproveitadas, liberadas ou assumidas diante do jogo processual, abrindo-se, à cada parte, de acordo com cada movimento da parte adversa, uma nova gama de possibilidades no processo.

Nesse momento, o juiz, na medida em que se mantém equidistante das partes, sem participar ativamente da formação do provimento, tem o dever de garantir às partes igualdade de participação, proporcionando, dessa forma, no processo penal, ao réu a efetiva

oportunidade de defesa. Pensar o processo como procedimento em contraditório, nessa esteira é adequado ao processo penal, na medida em que, em se falando de um *efetivo* contraditório, dá-se ao réu o verdadeiro dever de tratamento processual-constitucional para que possa se movimentar em igualdade com relação ao Estado-Acusação o qual, quer por princípio, quer por constatação empírica, terá melhores condições de conhecer o que até então se desenvolveu no processo, cabendo, dessa forma, ao juiz se esmerar para que o réu atinja esse conhecimento, podendo escolher sua melhor estratégia na tentativa de convencimento do julgador e de influência na sentença. Deve-se atribuir o mérito a Elio Fazzalari ao descentralizar a experiência jurídica, reconhecendo-a em suas mais variadas formas de realização. Na dimensão do processo, pode-se observar a possibilidade de as partes, pelo manejo da norma positiva, construírem com o juiz o provimento final (sentença). Daí que a peça chave do processo (espécie) seja o contraditório, responsável por distingui-lo dos demais procedimentos (gênero). A garantia de efetiva participação em contraditório que se dá no processo serve como uma efetivação técnica de controle objetivo da decisão.

A par disso, a teoria formulada não está imune a críticas, destacando, o extremo apego à lei que nela se encerra. Embora o contraditório como método seja um bom instrumento para balizar e controlar as decisões judiciais, o apego à norma que exsurge da teoria, desnatura a própria decisão. Que o direito deva estar inserido na sentença, isso é indubitável. Acreditar, contudo, que somente este elemento emoldurará a sentença, é insuficiente, para não dizer ingênuo. A racionalidade proposta para o *iter* processual se coaduna com o controle racional das decisões, mas é preciso reconhecer que a decisão somente pode ser racional na medida em que a subjetividade se faz presente. O ato de decidir é precedido pelo ato de escolher (as teses, os fatos, as provas, as normas) e o ato de escolher é influenciado pelo emocional, pela

subjetividade. Deve-se, a partir da situação jurídica em contraditório, reconhecer a complexidade do processo e do ato de julgar, coadunando a experiência racional à subjetividade, o pensar e o sentir. Nesse *iter*, a decisão do julgador começará a ser tomada no início (ou mesmo antes) do processo, cabendo às partes, valendo-se dos seus argumentos e do seu material probatório, tentar capturar o convencimento do juiz.

Essa captura, contudo, não será referenciada em um fato, um caso penal (fatispécie penal), mas sim no discurso que se desenvolve sobre esse fato. O processo não olha – nem pode olhar – para o fato pretérito, senão lhe cabe somente analisar o fato presentificado no processo. A crença em que o caso penal possa ser dominado e apreendido é um resquício da filosofia da consciência e um ranço inquisitivo. O juiz não é observador neutro (ou bondoso) que dissecará o objeto para alcançar a verdade; não existe objeto palpável no processo, o que existe é somente um discurso ordenado sobre a possibilidade de existência desse objeto. A pretensão acusatória submete ao processo uma afirmação que descola da realidade (inapreensível) sua interpretação; o réu, desse enlace argumentativo, se defende; e, sobre esse material dialético, decide o juiz. O processo reordena o caos operado pelo suposto fato criminoso, reconstruindo-o no processo. Essa reconstrução não é material, mas linguística, as partes tentam incutir no juiz suas convicções, sua opinião sobre a suposta fatispécie penal.

Evidentemente que a sentença, por ser ato do juiz, não é exclusivamente formada pela narrativa das partes no processo, senão é informada por sua subjetividade. O que é importante frisar é que pelo contraditório, à voz do juiz será acrescida as vozes da acusação e da defesa. Ora, a linguagem não é um ato solipsista, ao contrário, é social. Desenvolve-se no processo verdadeira enunciação, mais especificamente, dialogismo. O interlocutor (juiz) carrega no seu discurso (sentença) a sua subjetividade, mas também a subjetividade apreendida de seus receptores (as partes) e o fragmento ideológico que se desprende da historicidade do caso. Em última análise, o decidir não é um ato que simplesmente brota de uma mente privilegiada, senão é construído aos poucos. Toda essa fenomenologia só pode ser observada no processo através do reconhecimento que este se desenvolve como situação jurídica dinâmica e em efetivo contraditório.

Por fim, a principal conclusão que se extrai do presente trabalho é que ele não é um fim em si mesmo. Existem outros aspectos jurídicos que influenciam na natureza jurídica do processo, em especial as teorias acerca da ação e da jurisdição. Da mesma forma, uma compreensão maior da psicanálise e da linguística da enunciação são imprescindíveis para que se possa formular uma teoria processual no mínimo honesta. Esse trabalho, portanto não termina aqui, sendo passível de complementação, ao menos nessas bases expostas. O que se

pode afirmar, da reflexão provisoriamente encerrada, é que concebido o processo como situação jurídica, no léxico *goldschmidtiano*, não só adequada, mas também aconselhada é a aproximação dessa teoria com a *fazzalariana*, reconhecendo-se o processo como procedimento em contraditório de modo a permitir a maior participação das partes na construção final da sentença, observada a enunciação e dialogismo inerentes ao processo.