

Jurisdição, Ação e Processo. O Processo Penal como Relação Jurídica (Oskar von Bülow) ou como Situação Jurídica (James Goldschmidt)?

ALEXANDRE ARANALDE SALIM

Promotor de Justiça no RS
Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito de Ação; 3. A Natureza Jurídica do Processo Penal: 3.1 O Processo como Relação Jurídica; 3.2 O Processo como Situação Jurídica; 4. Conclusão; Bibliografia.

1 – INTRODUÇÃO

O fim das mais diversas formas de Justiça privada vem marcado pela criação de tribunais incumbidos de apreciação das pretensões dos interessados, solução dos seus litígios e execução de sentenças, chegando-se ao sistema contemporâneo de distribuição da Justiça que se tem hoje, embasado no trinômio jurisdição, ação e processo.

A atividade jurisdicional representa, ao lado das demais funções básicas do Estado – legislativa e executiva –, uma das expressões da soberania interna. A jurisdição¹ é atividade substitutiva, no sentido de que o ente estatal, com sua atuação coativa, substitui a vontade dos jurisdicionados, devendo ser desinteressada e provocada, características indispensáveis à manutenção da imparcialidade do juiz.

¹ Costuma-se distinguir entre JURISDIÇÃO CONTENCIOSA, ou jurisdição propriamente dita, em que existe um conflito de interesses deduzido em juízo e a produção da coisa julgada, e JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA, também chamada de jurisdição graciosa ou administrativa, em que, não obstante inexistir situação litigiosa, dada a natureza própria da matéria discutida, é indispensável a presença do juiz, havendo evidente administração pública (judicial) de interesses privados.

Mas é nos conceitos de AÇÃO e PROCESSO que se pretende centrar o objeto deste estudo. Ouve-se no linguajar comum a confusão entre as categorias: tanto vale dizer que “A” move uma ação contra “B” como referir que “A” está processando “B”. Ocorre que ação e processo não se identificam. A ação antecede o processo e dá causa ao seu nascimento. Além disso, mesmo que o processo reste fulminado por uma causa de nulidade, a ação subsistirá imprejudicada, podendo ser reproposta pelo interessado. Tecnicamente, portanto, cada uma dessas categorias representa significado autônomo. AÇÃO não é algo que exista no mundo dos fatos, mas um poder de índole constitucional por cujo exercício o autor efetivamente “aciona” (põe em movimento) o processo. Este, por sua vez, pode ser definido a partir de dois prismas: externamente, o PROCESSO manifesta-se fenomenologicamente pelo procedimento, sendo uma seqüência de atos, cada um dos quais ligado aos anteriores e aos subseqüentes como elos de uma corrente, em determinada ordem e para alcançar um fim também determinado; no âmbito interno, o processo é visto, segundo concepção majoritária, como relação de Direito público entre cada uma das partes e o juiz. É aqui que se objetiva centralizar a discussão do presente estudo, ultrapassando a visão do processo como *relação jurídica* e analisando-o sob o aspecto da Teoria da Situação Jurídica.

2 – O DIREITO DE AÇÃO

Ao longo das décadas passadas foram elaboradas diversas teorias que procuraram explicar a natureza jurídica do direito de ação, devendo ser destacadas a CIVILISTA ou da ESCOLA FRANCESA, a ABSTRATA, a CONCRETA e a ECLÉTICA.

O Direito Romano, precursor da Teoria Civilista, via a ação como o direito que cada um tinha de pleitear em juízo o que lhe era devido.² SAVIGNY, seu maior expoente, afirmava que o direito de ação nada mais era do que o próprio direito material em movimento, reagindo contra a violação ou a ameaça de violação. A influência da Teoria Civilista no direito pátrio foi de tal monta que o revogado Código Civil de 1916 dispôs, expressamente, que “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura” (artigo 75), consagrando, naquela oportunidade, a categoria da “ação de direito material”. Entre várias críticas enfrentadas, BOSCHI³ refere, com

² O jurista romano CELSO definia a *actio* da seguinte forma: “Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, indicium persequendi”, ou seja, “A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”, in SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil, Volume I*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996, p. 75.

³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *AÇÃO PENAL – Denúncia, Queixa e Aditamento*. Ed. AIDE, Rio de Janeiro, 1997, p. 18.

propriedade, que tal teoria “não permitia entender, por exemplo, o acontecimento jurídico da demanda improcedente, em que havia inegavelmente o direito de ação, embora sem entrega do ‘direito devido’ ou ‘reclamado’”.

Em 1856 os juristas WINDSCHEID e MUTHER⁴ comprometem a base da teoria civilista, ao referir que o direito assegurado ao romano de requerer a manifestação da jurisdição provinha dos poderes do pretor, a quem o interessado encaminhava suas pretensões e pedia providências, e não do próprio Direito material. O mérito dos aludidos doutrinadores foi dizer que a *actio* romana endereçava-se contra o Estado e não contra a pessoa do réu.

Mas é BÜLOW⁵ quem, em 1868, conclui que o processo é uma “relação jurídica de direito público”, desvinculada da relação de direito material, abrindo caminho para o alemão DEGENKOLB e para o húngaro PLOSZ concluírem que a ação era um “direito abstrato”, pois conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante que, para a sua existência, fosse o autor titular ou não do direito posto em causa perante o magistrado.

A Teoria do direito concreto de ação deve-se a ADOLF WACH.⁶ O eminente jurista alemão “demonstrou que o agir em juízo poderia ter como finalidade não a defesa, ou a perseguição, *daquilo que nos era devido*, mas simplesmente o exercício de uma pretensão de tutela para que o juiz declarasse a inexistência de uma suposta relação jurídica, o que corresponderia, em verdade, a usar-se o processo para declarar que nada nos era devido, ou que nada era devido pelo autor”.⁷ Além disso, WACH advogada a idéia de que, para o exercício do direito de ação, era necessário um direito material violado ou um interesse juridicamente protegido em perigo, concluindo que o direito de ação era um direito à sentença favorável: só havia direito de ação quando procedente o pedido do demandante.

À teoria de WACH aderiu GIUSEPPE CHIOVENDA, o qual, em sua famosa preleção realizada na Universidade de Bolonha em 1903, demons-

⁴ “Muther, combatendo algumas das idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercitável contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação”, in CINTRA et alii. *Teoria geral do processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 222.

⁵ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, tradução de Miguel Angel Rosas Luchtschein do original de 1868, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1964.

⁶ WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Estudo preliminar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 1.

⁷ SILVA, Ovídio Batista da. Ob. cit., p. 76.

trou ser a ação processual um “direito potestativo”, ou seja, um poder jurídico dirigido contra o adversário como condição para que a vontade da lei atuasse no caso concreto.

Tentando superar as duas posições extremas, o processualista italiano ENRICO TULLIO LIEBMAN elaborou o que chamou de “teoria eclética da ação”, afirmando que o exercício do direito de ação, como sustentam os abstrativistas, não está subordinado efetivamente ao êxito da demanda, pois há ação mesmo quando a sentença é improcedente. Entretanto, há certas “condições” (denominadas de possibilidade jurídica, interesse e legitimidade das partes) que, em exame prévio, precisam ser superadas pelo magistrado antes de se manifestar sobre o mérito da demanda. Portanto, não obstante o direito de ação seja outorgado indiferentemente ao litigante que tenha razão e ao que não a tenha (e neste sentido ser ele ABSTRATO), só existirá efetivamente ação processual quando existentes determinadas condições prévias indispensáveis para que o juiz possa decidir sobre o mérito da causa (sendo também CONCRETO). Além do mais, a decisão que impede o magistrado de julgar o mérito da causa, encerrando o processo por ausência de condições da ação, não será verdadeiramente jurisdicional, segundo OVIDIO BATISTA DA SILVA.⁸

Duas são as principais críticas à Teoria Eclética: primeiramente, haveria o disparate de o autor, após movimentar a jurisdição, poder ser declarado “carecedor de ação” dentro da própria ação; em segundo lugar, em face da ausência de cunho jurisdicional à aludida decisão extintiva do processo. Como bem refere BOSCHI, “Se levarmos às últimas conseqüências as conclusões de LIEBMAN, forçosamente teríamos que concluir, por exemplo, que a decisão que na fase inicial da persecução penal rejeitasse a denúncia por atipicidade do fato ou por ausência de punibilidade concreta pela prescrição ou qualquer outra causa (CPP, art. 43, incisos I e II), não sendo jurisdicional nem produzindo os efeitos da coisa julgada, não teria força para impedir a renovação da inicial acusatória pela mesma parte e com base na mesma *causa petendi*”.⁹

A propriedade das críticas não impediu a doutrina de LIEBMAN de ter larga aceitação no Brasil, a ponto de ser consagrada pelo próprio Código de Processo Civil de 1973. Lecionando na Universidade de São Paulo, o processualista italiano acabou por influenciar enormemente diversos juristas ligados à chamada Escola Paulista, entre eles Alfredo Buzaid, autor do projeto que viria a se transformar no atual CPC.

⁸ Ob. cit., páginas 80 a 90.

⁹ Ob. cit., p. 24.

Preferimos buscar um conceito de ação a partir do seu fundamento jurídico-constitucional. Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, seguindo a linha do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando reza que “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Não se desconhece que o legislador constitucional se equivoca ao dizer que a todos é assegurado o direito de acesso aos tribunais em caso de violação ou ameaça de violação de direitos, uma vez que a quem não sofreu qualquer lesão ou ameaça é igualmente conferida igual prerrogativa. No entanto, depreende-se da regra constitucional que ação é verdadeiro *poder* – poder político e não direito subjetivo – que precede o processo e se constitui na *exigência* ao exercício da atividade jurisdicional. Observe-se: uma coisa é o direito de acesso aos tribunais; outra, o exercício desse direito. A ação, destarte, não se confunde com o direito, mas com o exercício deste.

3 – A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

Não obstante sejam várias as teorias que procuram explicar a natureza jurídica do processo,¹⁰ o certo é que, no âmbito penal, destacam-se duas: a Teoria do processo como relação jurídica, principalmente, e a Teoria do processo como situação jurídica. Passemos à sua análise.

3.1 – O Processo como Relação Jurídica

A afirmação categórica de que o processo é relação jurídica exclusivamente de Direito público foi feita pela primeira vez por OSKAR VON BÜLOW.¹¹ Esta teoria, desenvolvida em 1868, foi o marco da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material. O autor alemão trabalhou com pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação *juiz, autor e réu* em que, para sua validade e legítima constituição, seriam necessários requisitos que as partes e o magistrado deveriam cumprir conforme disposto em lei processual. O direito disputado e alegado

¹⁰ Citam-se, por exemplo, a Teoria do processo como contrato (Pothier), a Teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau), a Teoria do processo como instituição (Jaime Guasp), a Teoria do processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari) e a Teoria constitucionalista do processo (José Alfredo de Oliveira Baracho e Ítalo Augusto Andolina).

¹¹ Ob. cit., nota 5.

pelos interessados, por sua vez, situava-se em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito.

BÜLOW – que para a construção dessa teoria valeu-se da máxima *iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei* (o processo é ato de três personagens: juiz, autor e réu), de Búlgaro de Sassoferrato, formulada ainda no século XII – dizia que o processo podia ser visto como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência. Tal relação processual não se confundia com a relação pré-processual que pudesse existir entre as partes; independia dela e era de Direito público, ainda quando aquela pertencesse ao Direito privado.

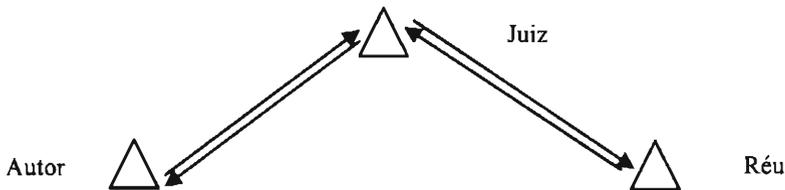
Para conhecer a natureza peculiar da relação processual é preciso colocar no primeiro plano o poder jurisdicional do magistrado. A atividade das partes somente tem importância à medida que estimula o desenvolvimento do poder de decidir. O juiz está colocado como órgão mais alto do Estado e isso interessa às partes, que lhe estão submetidas: estas têm direito a exigir do juiz tal manejo; o julgador, por sua vez, tem o dever de submeter ao contraditório as alegações de cada um dos litigantes.

A relação processual, por sua vez, é encarada sob três prismas. Em BÜLOW, posteriormente secundada por WACH, é vista como *triangular*:¹² existe entre as partes e o juiz e entre as duas partes. HELLWIG, por sua vez, defendia que as partes não têm uma contra a outra nenhum direito. Todo o pedido das partes e toda atividade processual preparatória da decisão deve ser dirigida ao juiz. A ele tem que ser apresentada a prova e é a ele – e não ao adversário – que cada uma das partes deve convencer da verdade acerca do fato controverso. Tal teoria é conhecida como *angular*. Finalmente, a teoria de KOHLER, chamada de *linear*, sustentava que a relação processual é de direito privado, pois se estabelece somente entre as partes, ou seja, não há interesse estatal. O juiz, para o ilustre professor da Universidade de Berlim, é mero colaborador e não partícipe.

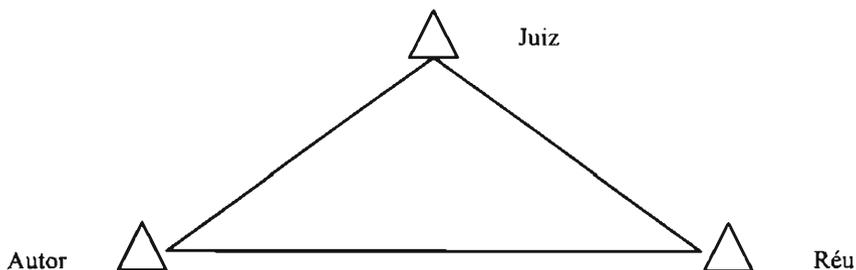
Os gráficos a seguir ilustram a discussão:

¹² HÉLIO TORNAGHI [in Instituições de Processo Penal, 1ª volume, 2ª edição, revista e atualizada, Ed. Saraiva, 1977, p. 349] refere que “Hellwig cita Bülow como defensor da concepção triangular. Mas esse autor, em seus últimos trabalhos, inclinou-se para a concepção angular (*Zivilprozessualische Fiktionem und Wahrheiten*, págs. 61 e segs.; *Neuprozessrechtswissenschaft*, págs. 231 e segs.)”.

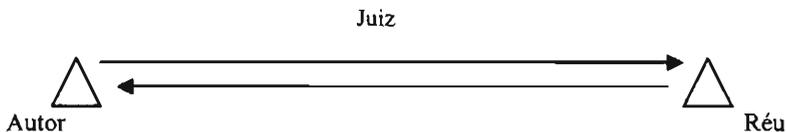
Teoria de Hellwig:



Teoria de Wach:



Teoria de Kohler:



Depreende-se que os pontos marcantes da relação jurídica são, de um lado, a *autonomia*, vez que independe da relação jurídica substancial deduzida em juízo, e, de outro, a *publicidade*, pela interferência obrigatória do Estado, que tem, sim, interesse na solução do litígio.¹³

¹³ A afirmativa de que o magistrado não tem interesse no processo, como defendia KOHLER, é falsa. Se há alguém que tenha interesse no processo é o Estado, de que o juiz é órgão, porque é por meio do processo que ele evita a ação direta, a autodefesa, a vingança, a justiça pelas próprias mãos, as quais trazem consigo intranquilidade e desassossego. O juiz, como órgão do Estado, não tem interesse no litígio, não é parte no conflito entre autor e réu. Mas tem interesse em solver o litígio por meio do processo. A intervenção

Rompendo com a escola privatística e ortodoxa da relação jurídica, onde se põem as partes em vínculos subjetivos de subordinação, possuindo o juiz poderes e faculdades na condução do processo, GOLDSCHMIDT lança a sua Teoria do processo como situação jurídica.

3.2 – O Processo como Situação Jurídica

JAMES GOLDSCHMIDT, que em seu “Direito Judiciário Material”,¹⁴ de 1905, falava de uma relação processual entre o juiz, de um lado, e as partes, de outro, passou a fazer objeções à teoria da relação jurídica e a sustentar que o processo é, na verdade, uma situação jurídica.¹⁵

Ao estudar os chamados deveres processuais, o autor começou pelos do juiz, dizendo que o dever do magistrado de conhecer a demanda não se funda no Direito processual, mas no Direito público (constitucional e administrativo), que impõe ao Estado a obrigação de distribuir justiça e ao juiz de praticar os atos próprios do seu cargo. Considera depois os deveres das partes, quer os de fazer, quer os de omitir, especialmente o dever de cooperar no processo e o de não omitir a verdade. Afirma que não incumbem às partes obrigações processuais, e que o dever de submeter-se à jurisdição não enseja o aparecimento de uma relação jurídica nova entre os demandantes, mas apenas afasta o obstáculo que impedia ao Estado dirigir os litígios dos cidadãos de maneira pacífica e racional.

No processo moderno já não existe uma obrigação do demandado de submeter-se à jurisdição estadual, mas um estado de submissão a ela. Por isso, o não-comparecimento daquele no processo não implica qualquer consequência, a não ser o prosseguimento do pleito sem a sua presença, ou seja, o procedimento à revelia. A obrigação do demandado de cooperar foi substituída pelo “encargo” (ou “carga processual”) de comparecer e replicar a demanda, que é colocado ao demandado em seu próprio interesse. Dos chamados deveres processuais, os que não são puros “encargos” derivam do estado de sujeição das partes ou da situação funcional do juiz: não são deveres processuais, mas deveres cívicos. O dever de pagar as custas é tributário; o suposto dever de lealdade processual é meramente moral.

Segundo GOLDSCHMIDT, há uma dupla ordenação jurídica que conduz a uma dúplice maneira de encarar o Direito. As normas jurídicas, que

do juiz não o faz partícipe do vínculo de Direito material que une autor e réu, mas coloca-o em relação com cada um deles.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

¹⁵ O doutrinador alemão, vinte anos mais tarde, muda de opinião e lança *Der Prozess als Rechtslage* (“O Processo como Situação Jurídica”), um substancioso livro de 602 páginas.

representam imperativos para os cidadãos, sob outro aspecto são padrões para o julgamento do juiz. A primeira qualidade convém às normas, enquanto se referem à sua função extrajudicial. Por isso, é a base da consideração estática ou material do Direito. Da segunda há de partir a consideração dinâmica ou processual, sendo necessário estabelecer as categorias adequadas para compreender os nexos processuais. Sob o primeiro aspecto o direito é considerado na sua feição estática (como norma de conduta), e, sob o segundo, na sua feição dinâmica (como regra de julgamento). Quando o direito subjetivo material, sob o aspecto estático, não logrou satisfação pela atuação dos sujeitos, cuida-se de atuá-lo dinamicamente através do processo.

No momento em que os direitos são atuados processualmente (sob o aspecto dinâmico), aquilo que, numa visão estática, era direito subjetivo, degrada-se em meras “chances”, pois as normas jurídicas passam a ser medidas de julgamento do juiz, representando para as partes (enquanto sujeitos do processo) promessas (ou ameaças) de um determinado comportamento do julgador ou de sentença de determinado conteúdo. Isso ocorre porque o processo, considerado no seu estado dinâmico, constitui uma verdadeira SITUAÇÃO JURÍDICA, que se concretiza, para as partes, em expectativas, perspectivas, possibilidades, encargos e dispensas (de encargos), dependendo de como se comportem diante destas situações.

As “expectativas” de uma sentença favorável (expectativas de vitória) dependem *regularmente* de um ato processual anterior da parte interessada; as “perspectivas” de uma sentença desfavorável (perspectivas de derrota) dependem, *sempre*, da omissão de um ato processual da parte interessada. Se a parte encontra-se numa situação de poder proporcionar-se, com a prática de um ato processual, uma vantagem processual (uma sentença favorável), dispõe de uma “possibilidade”, como, por exemplo, a de negar os fatos alegados como fundamento da demanda, apresentar um documento, replicar, propor exceções. Quando a parte deve praticar um ato para evitar (prevenir) um prejuízo processual (uma sentença desfavorável), incumbe-lhe uma “carga processual” (encargo), como, por exemplo, comparecer para evitar a revelia, contestar, produzir provas. Se a lei desobriga uma das partes de determinado encargo, numa situação em que normalmente deveria suportá-lo, ter-se-á uma situação de “dispensa”, como, por exemplo, quando a parte é favorecida por uma presunção legal, ficando desincumbida da prova.

Ensina GOLDSCHMIDT que “Todas las categorías procesales establecidas anteriormente representan *situaciones* jurídicas, lo que quiere decir *estado de una persona con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes*”.¹⁶

¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Barcelona, EJE, 1936, p. 78.

Quando os direitos subjetivos deixam o seu estado estático, postando-se no seu estado dinâmico, acontece aquilo que sucede numa guerra: sairá vencedor aquele que tirar melhor proveito das “chances”; vencida a guerra, o seu resultado proporciona ao vencedor o gozo de um bem que (provavelmente) não tinha, mas, pelo só fato da vitória, não se questiona mais se ele tinha ou não direito a esse bem anteriormente.

4 – CONCLUSÃO

A importância da *Teoria do processo como situação jurídica* para o processo penal contemporâneo é indiscutível, pois até então não se havia individualizado conceitos (expectativas, perspectivas, encargos, ônus etc.) hoje amplamente utilizados. Mas, como bem indaga TORNAGHI,¹⁷ “Que laço invisível, que harmonia preestabelecida ligaria essas situações” preconizadas por GOLDSCHMIDT? Além disso, não se discute que o juiz, como pessoa física, tem realmente um dever para com o Estado. Ocorre que o dever para com o cidadão nasce com a demanda, dentro do processo. O mesmo se pode dizer em relação aos chamados deveres cívicos, que só existem dentro do processo, a demonstrar que este é uma relação entre os sujeitos. E mais: como explicar o Processo de Execução a partir da situação jurídica, em que não há a “guerra” referida por GOLDSCHMIDT, em face da constituição, certa, de um direito a ser executado?

Mas a *Teoria do processo como relação jurídica* também encontra imperfeições. Os chamados pressupostos processuais deveriam ter outro nome, vez que são conhecidos quando já existe o processo. Ademais, a dificuldade de considerar-se o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica.¹⁸ Admitindo-se tal relação, na acepção tradicional do termo, teríamos igualmente que aceitar a concepção de ser ele um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro determinada prestação. Nessa mesma esteira, haveria direitos das partes sobre a conduta do juiz, o qual poderia, em determinada hipótese, ser considerado sujeito passivo de uma obrigação em que aquelas fossem credoras. Além do mais, a parte, durante o processo, mesmo que se admita o exercício de faculdades ou poderes, dirige-se ao juiz da causa, e não ao outro litigante. E, do julgador, as partes não exigem conduta ou atos: não há relação, mas subordinação.

¹⁷ Ob. cit., p. 394.

¹⁸ Veja-se que os “deveres” de agir com boa-fé, lealdade ou cooperação processual não têm vínculo de exigibilidade, ou seja, decorrem apenas da *situação jurídica* que confere à pessoa a posição de parte no processo.

Não obstante a *Teoria do processo como situação jurídica* pareça representar a idéia de processo que se tem hoje, quando a “possibilidade de vitória” efetivamente se aproxima da parte que melhor aproveita suas “chances processuais”, ou daquela que se idealiza, caracterizada por um sistema efetivamente acusatório, em que estejam bem definidas as tarefas de acusar e julgar,¹⁹ o certo é que a Teoria de BÜLOW ganhou espaço e vem amparada por grande parcela doutrinária.²⁰

Parece possível, no entanto, conciliar as duas posições. Ainda quando as partes não tenham obrigações no processo, mas apenas encargos, isso não significa que ele não possa ser compreendido como relação jurídica. Como bem refere o processualista alemão ROSEMBERG,²¹ “Também o cunhadio é uma relação jurídica e não contém direitos nem deveres”. Se por um lado mostra-se restrito o entendimento da relação jurídica apenas como sendo a reunião de direitos e deveres das partes e do magistrado, por outro a concepção do processo exclusivamente como relação jurídica leva a que se atribua aos atos processuais a natureza de negócios jurídicos, que, deve ser dito, eles não têm.²²

O certo é que, com a Teoria da Relação Jurídica, o acusado deixou de ser considerado objeto do processo, surgindo como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do julgador. A segurança jurídica e as garantias que daí decorrem são inegáveis. Mas é também inegável que a concepção moderna que se tem hoje de processo penal, como instrumento realizado em contraditório entre as partes, não se coaduna com vínculos de sujeição, próprios dessa *relação jurídica*. O contraditório assegura participação paritária que afasta a idéia de subordinação: as partes se submetem ao provimento judicial de cuja preparação participam e não ao juiz propriamente dito.

O processo, portanto, no seu todo, caracteriza-se como uma relação jurídica, cujas várias fases são constituídas por situações jurídicas distintas, verificáveis sob o prisma da decisão de mérito.

¹⁹ Embora o Ministério Público formule a acusação, o juiz, ao longo do procedimento, pode assumir papel absolutamente ativo na busca da prova, quando, de ofício, tem a possibilidade de decretar prisões cautelares, expedir mandados de busca e apreensão, determinar diligências, reconhecer agravantes não suscitadas pelas partes ou mesmo alterar a classificação jurídica do fato, a demonstrar o ranço inquisitorial do Código de Processo Penal pátrio.

²⁰ Não são muitas as filiações exclusivas à Teoria do Processo como Situação Jurídica, como, por exemplo, em GUARNIERI, *Sulla Teoria Generale Del Proceso Penale*, págs. 76 e segs.; FOSCHINI, *Sistema Lehrkommentar*, págs. 41 e segs.; ROBERTO GOLDSCHMIDT (filho de JAMES), *Derecho Justicial Material Civil*; WERNER GOLDSCHMIDT, *Explicación de la teoría de la situación jurídica*, in *Revista de Derecho Procesal Española*, 1953, págs. 353 e segs.

²¹ *Apud* TORNAGHI, Hélio. Ob. cit., p. 396.

²² A relação jurídica pode ser fundamentada, também, pelos atos materiais ou pelos atos ilícitos, assim como pode ser transformada pela mora ou pela quebra dos contratos.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2. ed. Madri, Edersa, 1997;
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte, Mandamentos, 1999;
- BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, Volume I. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996;
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 1997;
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein do original de 1868. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964;
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et alii. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990;
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003;
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1951;
- DINAMARCO, Cândido R., GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1999;
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Justicial Material*. Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959;
- . *Principios Generales del Proceso*. Barcelona, EJE, 1936;
- . *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona, Bosch, 1935;
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 1992;
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Editora Síntese, 2004;
- LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005;
- . “(Re)Discutindo o objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt”, publicado na *Revista do IBCCrim* nº 39. Também na *Revista de Estudos*;
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, Vol. 1. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1977;
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;
- . *Jurisdição, Ação e Processo Penal*. Belém: CEJUP, 1984;
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Estudio preliminar de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1997, v. 1.