

A adoção de uma teoria geral do processo penal e seus reflexos na jurisdição, ação e processo: em busca de um equilíbrio entre a necessidade de novas categorias e a desnecessidade de abandonar toda a construção teórica civilista

The adoption of a General Theory of Criminal Procedure and its reflections on jurisdiction, action and process: in search of a balance between the need for new categories and the unnecessary abandonment of all civilist theoretical construction

Rodrigo Régner Chemim Guimarães¹

Universidade Positivo

Sumário: 1. Introdução; 2. Francesco Carnelutti e a sua teoria geral do processo; 3. As críticas a Carnelutti e o seu abandono da teoria geral unitária; 4. A importação brasileira do discurso de uma teoria geral unitária; 5. A necessidade de se construir uma teoria geral do processo penal; 6. Jurisdição na teoria geral do processo penal; 7. Ação na teoria geral do processo penal; 8. Processo na teoria geral do processo penal; 9. Conclusões; 10. Referências.

Resumo: A discussão sobre a adoção de uma teoria geral específica para o processo penal e o abandono da teoria geral unitária desenvolvida por Francesco Carnelutti ainda é controversa. Enquanto alguns autores defendem a visão unitária, há justificativas para adotar uma teoria geral dualista no processo penal, levando em consideração suas particularidades e princípios específicos. Embora existam pontos de contato entre os processos penal e civil e certos fundamentos filosóficos possam ser aplicáveis a ambos os ramos processuais, é fundamental reconhecer as diferenças em seus objetos ("lide" versus "caso penal"). Ademais, no processo penal, a jurisdição desempenha uma dupla função: garantir os direitos do cidadão e julgar o caso penal. O papel do juiz difere do processo civil, pois ele deve considerar a presunção de inocência do acusado e, simultaneamente, proteger as vítimas de crimes. O equilíbrio desses interesses é essencial na atuação do juiz no processo penal no Estado Democrático de Direito que se orienta pela dupla funcionalidade de proibição de excessos e de proibição de proteção insuficiente. O artigo propõe avançar na discussão dos limites da criação de uma teoria geral para o processo penal em relação à jurisdição, à ação e ao processo, levando em conta a presunção de inocência, a ampla defesa e ressaltando a necessidade de proteger as vítimas de crimes por meio de medidas cautelares pessoais adequadas. Discute-se, em suma, a necessidade de se buscar um equilíbrio entre as abordagens do processo penal e civil, a fim de diferenciá-los e determinar quais inovações teóricas já propostas são relevantes e quais podem ser prejudiciais.

¹Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Processual Penal da graduação e do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo, em Curitiba, Paraná, Brasil.

Palavras-chave: Teoria geral do processo. Processo Penal. Jurisdição. Ação. Processo. Carnelutti.

Abstract: The discussion on the adoption of a specific general theory for the criminal process and the abandonment of a unitary general theory developed by Francesco Carnelutti is controversial. While some authors defend a unified view, there are justifications for adopting a general dualist theory in criminal proceedings, taking into account their particularities and specific principles. While there are points of contact between the criminal and civil trials and certain philosophical foundations can be applied to both the trial branches, it is fundamental to recognize the differences between these objects ("civil" versus "criminal case"). Furthermore, in the criminal trial, the jurisdiction performs a double function: guaranteeing the rights to the citizen and judging the criminal case. The role of judge differs from the civil process, since it must consider it the presumption of innocence of the accused and, simultaneously, protect the victims of crimes. The balance of interests is essential in the implementation of justice in the criminal process in the Democratic State of Law which is oriented towards the dual functions of the prohibition of excesses and the prohibition of insufficient protection. The article proposes to advance the discussion of the limits of the creation of a general theory for the criminal trial in relation to the jurisdiction, to the action and to the trial, lifting the count from the presumption of innocence, a broad defense and resalting the need to protect the victims of crimes through appropriate personal precautionary measures. It discusses, in short, the need to strike a balance between criminal and civil process approaches, in order to differentiate them and determine which theoretical innovations already proposed are relevant and which may be harmful.

Keywords: General process theory. Criminal process. Jurisdiction. Action. Process. Carnelutti.

1. INTRODUÇÃO

A discussão em torno da adoção de uma teoria geral especialmente voltada para o processo penal e o abandono de uma teoria geral unitária, pensada nos moldes desenvolvidos pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, na primeira metade do século XX, é tema ainda controvertido na doutrina nacional.

Não obstante o criador da teoria unitária já tenha admitido, há mais de oitenta anos, que não é possível seguir pensando o processo penal a partir do processo civil, dado que seus objetos são distintos, ainda há autores que insistem na visão unitária.

É certo, por outro lado, que não é possível abandonar completamente a trajetória de aperfeiçoamento científico que vem sendo desenvolvida primordialmente a partir do processo civil há cerca de duzentos anos. É certo, também, que é possível identificar fundamentos filosóficos que sirvam a ambos os ramos processuais. Assim, ainda que muitas categorias tenham sido pensadas para a realidade que envolve as discussões de natureza civil – e, portanto, não sirvam para o transporte puro e simples para o processo penal – não há como abandonar categorias, conceitos, princípios e fundamentos que hoje ainda desempenham papel científico relevante no âmbito penal. Assim, por exemplo, a distinção entre ação e pretensão (fruto da famosa discussão travada entre Windscheidt e Müther, no século XIX) ainda serve de base para pensar o mesmo tema no processo penal. O mesmo se diga, sempre a título de exemplo, a respeito do conceito de jurisdição como poder ou da distinção entre ação e processo, ou, ainda, da ideia do procedimento com contraditório ser característica marcante e definidora dele como um processo (como prega Elio Fazzalari).

Desta forma, na mesma toada de encontrar um equilíbrio entre novas categorias pensadas para o processo penal – e que são, sim, diferentes e necessárias dada as diversidades de objetos entre o processo penal e o civil – é preciso considerar

que nem sempre a inovação, por si só, é necessária e/ou pertinente para o processo penal, como se tudo que viesse do processo civil fosse, desde sempre, imprestável. E, noutro prisma, é preciso ter coerência quando se defende a ideia de que objetos distintos implicam em análises distintas. Ou seja, há casos nos quais a visão da razão de ser do processo penal transcende sua compreensão como mero instrumento de aplicação do direito penal material, ou como instrumento de garantia apenas do acusado contra possível abuso por parte do Estado, servindo, igualmente, a outros propósitos de natureza política que visam proteger cautelarmente a vítima.

O presente artigo, então, visa, inicialmente, resgatar a origem histórica da discussão entre se manter uma teoria geral unitária (que sirva para qualquer ramo processual) e criar uma teoria especialmente voltada para o processo penal. Discute, também, como esse tema chegou ao Brasil e quais as dificuldades que aqui ainda se enfrenta seja entre quem aceita a teoria unitária e quem prega a teoria dualista. E, uma vez compreendidos os limites da origem histórica da discussão, o artigo parte para a análise do que já se admite como necessariamente diferente entre o processo penal e o civil. Visa, assim, identificar as sugestões teóricas em grande parte já consolidadas, para, em seguida, explorar em quais campos de discussão no âmbito da jurisdição, da ação e do processo, é interessante seguir diferenciando o processo penal do civil e em quais temas a novidade teórica pode representar mais do que um avanço, um prejuízo hermenêutico e de política criminal.

2. FRANCESCO CARNELUTTI E A SUA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Na primeira metade do século XX, mais precisamente entre os anos de 1926 e 1941, o jurista italiano Francesco Carnelutti desenvolveu uma teoria geral do processo, sustentando a possibilidade de ela ser empregada tanto para o processo civil quanto para o processo penal².

Carnelutti partiu da noção central da "*lide*" como razão de ser da jurisdição. A palavra "*lide*", vem do latim "*litis*" ou "*lis*" e era empregada pelos romanos antigos como equivalente, ora à "*coisa deduzida em juízo*" (*res in iudicium deducta*), ora à "*ação*", como se vê referido no Digesto de Justiniano, em citação a Ulpiano, no livro 23, e na fórmula: "*D. 50.16.36: Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*" ("*Lide significa o nome dado a qualquer ação, seja real, seja pessoal*")³. Diante dessa disparidade conceitual, os autores do século XIX em diante, seguiram compreendendo a *lide* também sob a ótica de diferentes sentidos e, portanto, de forma não muito precisa, ora como equivalente de "*ação*", ora como equivalente ao "*processo*" (v.g. *litispêndêcia*, *in limine litis*, *litisaestimatio*, *litisconsortium*, *litiscontestatio* e *litisdenuntiatio*). No entanto, a "*ação*" deixou de ser considerada o mesmo que "*lide*", ganhando contornos mais precisos após a famosa polêmica entre Windscheidt e Mütther, ainda no século XIX⁴. A ação, então, passou a ser considerada, no âmbito do processo civil, como o direito de se invocar a tutela jurisdicional. Por sua vez, o "*processo*" também não se confunde com a "*lide*". Processo é o continente, o meio de se chegar à sentença, enquanto a *lide*, assim compreendida hoje, pode ser o conteúdo desse processo.

O certo é que, com Carnelutti, em 1926, o significado de "*lide*" ganhou uma definição mais precisa e técnica na doutrina de processo civil, sendo considerada

²Não foi o único a defender a ideia de uma teoria geral unitária. Outros autores já haviam se dedicado a isso, a exemplo de: Agostino Diana (DIANA, A. *L'unità del processo e della dottrina processuale*, Stab. Arti Grafiche Lazzari, Siena, 1914, p. 06), D'AGOSTINO, G. *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Tip. ed. Moderna Bevilacqua, Nicastro, 1920, *passim*), RENDE, D. *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale*, *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia.*, vol. I, Società ed. Libreria, Milano, 1921, pp. 372 ss).

³BUZAI, A. "Da Lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980)", Estudos e pareceres de direito processual civil, *Revista dos Tribunais*, pp. 72-132, São Paulo, 2002, pp. 76-77.

⁴WINDSCHEIDT, B. & MÜTHER, T. *Polêmica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Bbanzhaf), Ed. Juridicas Europa-america, Buenos Aires, 1974.

equivalente a um “*conflito de interesses qualificado por uma pretensão e por uma resistência a esta*”⁵. Esse conceito foi aprimorado ainda no mesmo ano, por ocasião da sugestão de redação dos artigos 86 e 87, do *Projeto de Código de Processo Civil para a Itália*, elaborado por Carnelutti. O Projeto se organizava em torno da lide, com regras que definiam o papel do juiz como sendo o de julgar a lide, como se vê no artigo 86, no qual Carnelutti estabeleceu a lide como conteúdo do processo e razão de ser do exercício do poder jurisdicional: “*Ninguém pode pedir ao juiz que se pronuncie sobre uma questão, se desta não dependa a decisão de uma lide*”⁶. E, no artigo 87, deu um conceito de lide: “*Dois pessoas estão em lide quando uma delas pretende que o direito tutele imediatamente o seu interesse em conflito com um interesse da outra e esta contrasta a pretensão, ou, mesmo não a contrastando, não a satisfaz*”⁷. Carnelutti ainda esclareceu que essa definição é “*mais complexa do que aquela que havia proposto nas Lezioni*”, dizendo que, “*mais exatamente*”, existe “*a lide quando alguém pretende que a tutela de um seu interesse em contraste com o interesse de outra pessoa e esta resiste a essa pretensão mediante a lesão do interesse ou mediante a contestação da pretensão*”⁸.

Assim, para Carnelutti, a lide é a razão de ser da jurisdição. Ou seja: enquanto houver uma lide a jurisdição opera, cessada a lide, cessa a atividade jurisdicional. E Carnelutti dizia que isso era assim tanto no processo civil quanto no processo penal, razão pela qual seria possível construir uma teoria geral unitária do processo, que servisse aos dois ramos processuais⁹. Nas palavras de Carnelutti: “*A função essencial do juiz é aquela de decidir uma lide. Esta, é para mim, tanto a função do juiz civil, como a do juiz penal*”¹⁰.

No entanto, ele sofreu duras críticas de seus colegas italianos.

3. AS CRÍTICAS A CARNELUTTI E O SEU ABANDONO DA TEORIA GERAL UNITÁRIA.

O primeiro a criticar a ideia de uma teoria geral unitária do processo, já em 1927, foi Eugenio Florian, com sua obra “*Principi di Diritto Processuale Penale*”¹¹. Ele entendia ser inadmissível a tese do uso de uma teoria geral para ambos os processos (civil e penal). Em suas palavras:

⁵Tradução livre de trecho em italiano: “*La lite è un conflitto di interessi qualificato da una pretesa e da una resistenza a questa*”. In: CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1, Cedam, Padova, 1926, p. 302.

⁶Tradução livre de trecho em italiano: “*Nessuno può domandare che il giudice pronunci intorno a una questione, se da questa non dipenda la decisione di una lite*” (...). In: CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione*, Cedam, Padova, 1926, p. 92.

⁷Tradução livre de trecho em italiano: “*Due persone sono in lite quando l’una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell’altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa*”. In: CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione* (...), Ob. Cit., p. 92.

⁸Tradução livre de trecho em italiano: “*più complessa di quella, che ho proposto nelle Lezioni; ora mi pare, che potrei dire, ancora più esattamente, esistere la lite quando taluno pretenda la tutela di un suo interesse in contrasto con l’interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell’interesse o mediante la contestazione della pretesa*”. In: CARNELUTTI, F. “*Lite e funzione processuale (postilla)*”, *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928, p. 29.

⁹CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Volume II (...), Ob. Cit., p. 148.

¹⁰Tradução livre de trecho em italiano: “*La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa è così la funzione del giudice civile come del giudice penale*”. In: CARNELUTTI, F. “*Sulla `reformatio in peius*”, *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1927, pp. 183-184.

¹¹O título da obra foi traduzido para edição espanhola em 1934: “*Elementos de Derecho Procesal Penal*”.

A nosso juízo, o processo penal e o civil são duas instituições distintas.

1. O objeto essencial do processo penal é, como vimos, uma relação de direito público, porque nele se desenvolve outra relação de direito penal.

Em troca, no processo civil o objeto é sempre ou quase sempre uma relação de direito privado, seja civil ou mercantil. A diferença apontada quanto ao objeto dos dois processos tem uma repercussão de grande transcendência sobre o conteúdo dos mesmos, como teremos a ocasião de demonstrar em seguida.

2. O processo penal, como já se disse, é o instrumento normalmente indispensável para a aplicação da lei penal em cada caso; o civil, ao contrário, não é sempre necessário para fazer atuar as relações de direito privado; até tal ponto que a diminuição das causas nos assuntos civis é um indicativo de civilização jurídica.

3. O poder dispositivo das partes é muito restrito no processo penal, enquanto é grande aquele do juiz; inversamente, no processo civil é grande das partes e mínimo o do juiz, como veremos em seguida, dada a diversidade de objeto.

4. No processo civil o juízo está regido exclusivamente por critérios jurídicos puros, com abstenção, quase sempre, da qualidade das pessoas e prescindindo de critérios e apreciações discricionais, de equidade e éticas; em sentido contrário, no processo penal o juiz deve julgar um homem e, por isso mesmo, deve inspirar-se em critérios ético sociais.

(...)

Mas há muito mais. O processo penal requer valorações de caráter técnico (psicológico, antropológico) e sociológico, como algo que tem cada vez mais que se desenvolver em torno à personalidade e à periculosidade do acusado.

(...)

De todos os modos, na questão assim colocada, oculta-se um equívoco, porque se toma em consideração o menos pelo mais, isto é, tomam-se em consideração algumas formas comuns de mínima importância, enquanto se descuidam de elementos diferenciais, que são os mais decisivos. (...)

De outra parte, o triunfo da tese contrária conduziria à absorção da ciência do processo penal pela do civil, com o que o primeiro perderia a sua autonomia, resultando profundamente alterado em sua concepção e estrutura¹².

¹²Tradução livre do trecho em espanhol: "A nuestro juicio, el proceso penal y el civil son dos instituciones distintas. 1. Objeto esencial del proceso penal es, como vimos, una relación de derecho público, porque en él se desenvuelve otra relación de derecho penal. En cambio, en el proceso civil el objeto es siempre o casi siempre una relación de derecho privado, sea civil o mercantil. La diferencia apuntada en cuanto al objeto de los dos procesos tiene una repercusión de gran transcendencia sobre el contenido de los mismos, como tendremos ocasión de demostrar seguidamente. 2. El proceso penal, como se ha dicho, es el instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso; el civil, en cambio, no es siempre necesario para actuar las relaciones de derecho privado; hasta tal punto que es un índice de civilización jurídica la disminución de las causas en los asuntos civiles. 3. El poder dispositivo de las partes es muy restringido en el proceso penal, mientras es grande el del juez; inversamente, en el proceso civil es grande el de las partes y mínimo el del juez, como veremos en seguida, dada la diversidad de objeto. 4. En el proceso civil el juicio está regido exclusivamente por criterios jurídicos puros, con abstención casi siempre de la cualidad de las personas y prescindiendo de criterios y apreciaciones discrecionales, de equidad y éticas; por el contrario, en el proceso penal el juez ha de juzgar a un hombre y, por lo mismo, inspirarse en criterios éticosociales. (...) Pero aun hay más. El proceso penal requiere valoraciones de carácter técnico (psicológico, antropológico) y sociológico, como cosa que tiende cada vez más a desenvolverse en torno a la personalidad del justiciable y la peligrosidad. (...) De todos modos, en la cuestión así planteada se oculta un equívoco, porque se toma en consideración el menos por el más, esto es, se toman en consideración algunas formas comunes de mínima importancia, mientras se descuidan elementos diferenciales, que son los decisivos. (...) De

Florian ainda fez explícita crítica à tese de Carnelutti de querer adotar a lide como ponto comum entre os dois processos, dizendo que *"por ser o processo penal o instrumento normalmente necessário para a realização do direito penal, deve ter lugar sempre, inclusive nos casos em que não exista oposição e o contraste que seria o conteúdo da 'litis'"*¹³. Acrescentou, por fim, que o processo penal italiano da época seria diferente do civil dado que o juiz teria mais poderes instrutórios e, também, que no processo penal o interesse é sempre um só: *"a determinação da verdade, em torno da qual pode surgir, ou não, a controvérsia"*¹⁴.

Foi, no entanto, a partir da crítica de Piero Calamandrei, em texto intitulado *"Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti"* (*O conceito de "lide" no pensamento de Francesco Carnelutti*)¹⁵, publicado no ano seguinte, em 1928, que a postura contrária à tese de Carnelutti começou a ganhar maior repercussão. Como destaca Jacinto Coutinho, foi a partir das críticas de Calamandrei, que não era um professor de processo penal, que os penalistas passaram a se opor à tese de Carnelutti¹⁶.

Como referido acima, Carnelutti sustentava que a jurisdição depende de uma *"lide"*, e o fazia ao argumento de que, caso ela não exista, o juiz estaria operando no plano administrativo, de uma *"jurisdição voluntária"*, a exemplo do divórcio consensual. Assim, dizia ele, ou o processo tem lide e jurisdição, ou é caso de jurisdição voluntária.

Calamandrei, por sua vez, ponderou que a aplicação da pena não pode ser efetivada na esfera administrativa, criticando a ideia de que o juiz, ao condenar, possa estar atuando como se fosse uma jurisdição voluntária. Disse ele:

*E mais ainda, em seu bom senso prático, ficaria surpreso e desorientado o juiz criminal se lhe dissesse que quando ele, em um julgamento em que o M.P. concluiu pela absolvição do acusado, for em sentido oposto e o condenar, não julga, mas o faz, sem perceber - como aquele personagem de Molière, que sem perceber fazia prosa -, uma jurisdição voluntária*¹⁷!

Assim, Calamandrei apontou que, no processo penal, não há necessariamente uma lide como razão de ser da jurisdição. Exemplificou com a situação não admitida no processo penal italiano, de uma composição amigável entre o acusador e o acusado, dizendo que não há espaço para essa possibilidade pois *"a punição do culpado não pode ocorrer senão através do pronunciamento jurisdicional"*¹⁸. Sustentou, então, que no processo penal, *"o conceito de lide não é*

otra parte, el triunfo de la tesis contraria conduciría a la absorción de la ciencia del proceso penal por la del civil, con lo cual el primero perdería su autonomía, resultando profundamente alterado en su Concepción y estructura". In: FLORIAN, E. Elementos de Derecho Procesal Penal, (Tradução do italiano para o espanhol de L. Pietro Castro), Bosch, Barcelona, 1934, pp. 20-23.

¹³Tradução livre do trecho em espanhol: *"por ser el proceso penal el instrumento normalmente necesario para la realización del derecho penal, ha de tener lugar siempre, aun en los casos en que no exista la oposición y el contraste que sería el contenido de la 'litis'"*. In: FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. Cit., p. 24.

¹⁴FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. cit., p. 24.

¹⁵CALAMANDREI, P. *"Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti"*, *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, Cedam, Padova, 1928, pp. 03-22.

¹⁶COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Juruá, Curitiba, 1989, p. 40.

¹⁷Tradução livre de trecho em italiano: *"E più ancora resterebbe, nel suo buon senso pratico, sorpreso e disorientato il giudice penale, se gli dicesse che quando egli, in un processo in cui il P.M. abbia concluso per l'assoluzione dell'imputato, va in contrario avviso e lo condanna, egli non giudica, ma fa senza avvedersene - come quel personaggio di Molière, che senza avvedersene faceva della prosa - dalla giurisdizione volontaria!"* in: CALAMANDREI, P. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti* (...) Ob. Cit., p. 15.

¹⁸CALAMANDREI, P. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti* (...), Ob. Cit., p. 16.

*utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, ao regulamento dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis por aqueles que figuram como parte no processo*¹⁹. Em outro texto, argumentou, ainda, que, se a lide penal se desse no conflito de interesses entre o autor do delito, que quer manter seu *"status libertatis"*, e o Ministério Público, que quer exercer seu *"ius puniendi"*, bastaria que o réu confessasse o crime, por exemplo, para que o conflito de interesses deixasse de existir²⁰. E se a jurisdição, nesses casos, segue atuando (até porque não é o fato de que o réu confessou e de que o Ministério Público concorde com essa confissão, que, por si só, permita-se conduzir o caso à condenação), é porque ela não depende de uma *"lide"*. A *"lide"*, portanto, não pode ser considerada o conteúdo do processo penal.

Carnelutti resistiu a essa crítica (1928) argumentando que quando pensou na lide para o processo penal, não teria imaginado o conflito entre o Ministério Público e o autor do delito, mas entre este e a vítima. Diferenciou, assim, a lide e a contradição com o Ministério Público, a quem considerou ser não um *"sujeito da lide"*, mas um *"sujeito da ação"*²¹. Esse esclarecimento, no entanto, soou ainda pior aos críticos de Carnelutti. Se ele estava sustentando que o conflito de interesses se daria com a vítima e o autor do delito, como justificar a atuação jurisdicional nos crimes em que não há uma vítima direta? Quem seria a vítima de um crime de tráfico de drogas ou de porte ilegal de arma de fogo? Não há uma vítima direta. Costuma-se dizer: é a coletividade, ou é o Estado, em última análise. Porém, nesse caso, retorna-se ao modelo crítico anterior, isto é, ao fato de que a coletividade é representada pelo Estado-Ministério Público.

Nesse sentido, e incorporando as observações de Calamandrei, a proposta de Carnelutti, de introduzir um conceito de lide, na redação do artigo 87 do projeto de novo Código de Processo Penal italiano, foi criticada por Giulio Paoli, que considerou que *"a lide não serve para caracterizar a função jurisdicional penal"*, seja *"entre o M.P. e o imputado, seja entre o imputado a parte lesada"*²². Giulio Paoli anotou que Carnelutti não considerara que o Ministério Público não tem um interesse necessariamente conflitante, pois ele só se interessa em condenar *"o culpado"* e apenas caso ele exista, além do que há crimes sem vítima, como já destacado. Assim, se *"o acusado for inocente, o Ministério Público tem interesse em sua absolvição"*, diz Paoli²³.

Carnelutti respondeu insistindo que não há lide entre o Ministério Público e o imputado, pois o Ministério Público seria um sujeito da relação processual (*"sujeito da ação"*) e não da relação material protegida pelo tipo penal e vinculada à lide. A lide, segundo essa resposta de Carnelutti, *"não diz respeito à relação processual, mas, sim, à relação material; e digo 'tem relação' e não que ela 'é', porque a lide está tão distante da relação quanto da pretensão do direito"*.²⁴ Carnelutti ainda criticou o argumento de Paoli de que o Ministério Público teria uma pretensão de condenar *"o culpado"* e não *"o imputado"*, indagando: *"Mas que tipo de pretensão é essa? Uma pretensão não contra uma pessoa determinada, mas contra o culpado? Uma pretensão que não pode ser jamais infundada? Me faça o favor, então, o Prof."*

¹⁹Tradução livre de trecho em italiano: *"il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo"*. In: CALAMANDREI, P. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (...), Ob. Cit., p. 17.

²⁰CALAMANDREI, P. "Linee fondamentali del processo civile inquisitório", *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, 1966, p. 159.

²¹CARNELUTTI, F. Lite e funzione processuale (postilla) (...), Ob. Cit., p. 31.

²²PAOLI, G. La nozione di lite nel processo penale, *Rivista di diritto processuale civile*, vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 63-74, Padova, 1930, p. 65.

²³PAOLI, G. La nozione di lite nel processo penale (...), Ob. Cit., p. 67.

²⁴Tradução livre de trecho em italiano: *"la lite non riguardail rapporto processuale, sibbene il rapporto materiale; dico 'riguarda' e non 'è', perchè la lite dista dal rapporto quanto la pretesa del diritto"*. In: CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla), *Rivista di diritto processuale civile*, vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 74-77, Padova, 1930, p. 75.

Paoli, de me esclarecer as suas ideias sobre a pretensão?”²⁵ E ainda acrescentou que “o Ministério Público, como sujeito da ação e não da lide, personifica o Estado acusador e não o Estado lesado”, argumentando que sobre essa distinção reside “toda a teoria do processo, aliás, toda teoria do direito”²⁶.

Invocando a discussão que se travou entre Giulio Paoli e Carnelutti, Francesco Invrea investiu contra os dois. Disse que o “ponto fraco” da tese de Paoli seria invocar crimes sem parte lesada, endossando a crítica de Carnelutti nesse aspecto²⁷. Por outro lado, Invrea argumentou que a tese da lide como conteúdo do processo, proposta por Carnelutti, deve ser descartada no processo penal, por razões diversas daquelas apontadas por Paoli. Aduziu que no processo penal não há necessariamente uma pretensão da vítima que seja anterior ao processo. E deu o seguinte exemplo:

*Tizio (que eu nem conheço de vista) é acusado (por denúncia de um terceiro) de ter roubado alguns cachos de uvas à noite na minha vinha. Antes do furto eu nunca sustentei contra Tizio alguma pretensão à inviolabilidade da minha propriedade. Depois de ocorrido o furto, eu nunca sonhei em sustentar contra ele alguma pretensão, também porque (a partir de informações obtidas) estou convencido de que ele é inocente; na audiência declaro considerá-lo inocente; o pretor, endossando as conclusões consistentes do M.P., absolve Tizio por não ter cometido o crime. Encontrar neste processo alguma pretensão minha contra Tizio é, verdadeiramente, impossível*²⁸.

Esse exemplo veio em reforço a outro que ele havia dado em outro texto, do mendigo que não possui parentes e é morto quando está dormindo. Esse mendigo sequer tomou consciência de que estava sendo agredido. Não haveria, nesse caso do mendigo, uma lide como relação material²⁹. E, de resto, a pena tem caráter público, é monopólio do Estado, o que não permite ao particular (vítima) ser o titular da pretensão punitiva. Aliás, completou Invrea, no processo penal italiano da época, de matriz ainda inquisitória, era possível haver condenação mesmo quando o Ministério Público pedisse a absolvição, o que remete à ideia de que o conceito de lide seria absolutamente estranho ao processo penal³⁰.

Nesse debate, Carnelutti insistiu em dizer que a lide se preserva, pois o argumento de Invrea, de que a lide não existe necessariamente no processo penal, porque a vítima possa não ter pretensão alguma a ser assegurada, serviria também para alguns casos civis, a exemplo da dissolução do matrimônio proposta pelo

²⁵Tradução livre de trecho em italiano: “*Ma che razza di pretesa è mai questa? Una pretesa non contro una persona determinata, ma contro il colpevole? Una pretesa, che non può mai essere infondata? Mi vuol fare il piacere, allora, il prof. Paoli di mettermi in chiaro le sue idee sulla pretesa?*”. In: CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla) (...), Ob. Cit., p. 75.

²⁶Tradução livre de trecho em italiano: “*Il pubblico ministero è soggetto dell'azione, non della lite appunto perchè impersona lo Stato accusatore, non lo Stato lesa; e su questa distinzione gioca la intera teoria del processo, anzi la intera teoria del diritto*”. In: CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla) (...), Ob. Cit., p. 75.

²⁷INVREA, F. “La servitù del giudicato”, *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, pp. 223-244, Padova, 1930, p. 225.

²⁸INVREA, F. La servitù del giudicato (...), Ob. Cit., p. 226.

²⁹Tradução livre de trecho em italiano: “*Tizio (che io non conosco neppure di vista), è imputato (su denuncia di un terzo) di avermi rubato pochi grappoli d' uva di notte in una mia vigna. Io non ho mai contro Tizio elevato prima del furto alcuna pretesa all' inviolabilità della mia proprietà; dopo avvenuto il furto io non mi sono mai sognato di elevare contro di lui pretesa alcuna, anche perchè (da informazioni assunte) mi sono persuaso che egli è innocente; all'udienza dichiaro di ritenerlo innocente; il pretore, su conformi conclusioni del P. M., assolve Tizio per non avere commesso il reato. Trovare in questo processo una qualsiasi pretesa per parte mia contro Tizio è veramente impossibile*”. In: INVREA, F. Il torto e l'azione, *Rivista del diritto commerciale*, Fasc. 3-4, Parte I, Vallardi, pp. 153-183, Milano, 1930, p. 181.

³⁰INVREA, F. La servitù del giudicato (...) Ob. Cit., p. 227.

Ministério Público e que, assim, ou bem a lide existe também no processo penal, ou não existe nem mesmo no processo civil³¹. Seguiu dizendo que a afirmação do direito pode ser sustentada por quem não seja o seu titular e que, nesse caso, ele considerava o Ministério Público como substituto processual da vítima³². Assim, sustentou Carnelutti, no exemplo do furto das uvas, o Ministério Público somente pôde acusar o ladrão, porque sustentou que a propriedade era de outra pessoa, do contrário não haveria crime³³. Invrea, então, repetiu o argumento de que, no processo italiano da época, o Ministério Público podia se manifestar pela absolvição do acusado sem afastar a possibilidade de o juiz julgar condenando o acusado³⁴.

Todas essas críticas foram minando a resistência de Carnelutti, até porque eram de diversas ordens, ficando cada vez mais difícil sustentar a ideia de uma teoria geral unitária. Assim, a partir da publicação de sua obra "*Istituzioni del processo civile italiano*"³⁵, em 1941, Carnelutti finalmente compreendeu que não podia seguir sustentando sua ideia de uma teoria geral do processo para todos os ramos processuais. Disse que o conteúdo do processo penal não é uma lide, mas a verificação de uma pretensão (mesmo não resistida). E, daí em diante, em postura digna dos grandes juristas que sabem a importância de não se insistir em teorias ou teses que não se sustentam racionalmente, assumiu o equívoco e detalhou a diferença de conteúdo entre o processo penal e o civil:

Se nas primeiras tentativas de uma sistematização de uma Teoria Geral do Processo, desde o ponto de vista da função, pareceu-me que também o processo penal tem caráter contencioso, isto se deriva em primeiro lugar da falta de distinção de seu duplo conteúdo, penal e civil: ademais, como logo se verá, da confusão, em que eu mesmo caí, entre "lide" e "controvérsia". Meu ponto de vista era exato quanto a seu conteúdo civil, mas equivocado quanto a seu conteúdo penal³⁶.

O problema é que Carnelutti, a essa altura e não obstante as críticas já referidas, também contava com seguidores de seu pensamento em torno da ideia de uma teoria geral unitária do processo. E muitos não assimilaram a mudança de pensamento de Carnelutti, como se deu, por exemplo, com Enrico Tullio Liebman, professor mais jovem que Carnelutti e que, não obstante o criticasse em alguns aspectos, não era contrário à ideia de uma teoria geral unitária. Aliás, foi pelas mãos de Liebman que essa ideia foi acolhida no Brasil.

4. A IMPORTAÇÃO BRASILEIRA DO DISCURSO DE UMA TEORIA GERAL UNITÁRIA.

Como esclarece Jacinto Coutinho, foi com a chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, fugindo do regime fascista italiano, que a teoria geral do processo de Carnelutti foi difundida por aqui³⁷. Liebman saiu da Itália em 1938, portanto, ainda antes de Carnelutti mudar sua forma de pensar a teoria geral do processo. Liebman veio para a América Latina e fixou residência em São Paulo, onde lecionou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) entre os anos de 1940 e 1946. Durante sua estadia acabou colaborando para fundar aquilo que se usou denominar de "*Escola Paulista de Processo*", servindo de grande referência para o

³¹CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 245-248, Padova, 1930, p. 245.

³²CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)" (...), Ob. Cit., p. 245.

³³CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)" (...), Ob. Cit., p. 246.

³⁴INVREA, F. "La sentenza e le azioni nel processo penale", *Rivista Penale*, Libreria del Littorio, Roma, 1931, p. 80.

³⁵CARNELUTTI, F. "*Istituzioni del processo civile italiano*", 5ª ed., Soc. Ed. del "Foro Italiano", Roma, 1956, p. 25.

³⁶CARNELUTTI, F. *Lições Sobre o Processo Penal - Volume 1*, (Tradução de Francisco José Galvão Bruno), Bookseller, Campinas, 2004, pp. 147-148.

³⁷COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal (...)*. Ob. Cit., p. XV.

aprimoramento do estudo do direito processual civil. Liebman também contribuiu para difundir, entre os professores brasileiros, o conceito de lide carneluttiano, compreendida como objeto do processo, ainda que tenha criticado o pensamento de Carnelutti para sustentar que o objeto do processo seria o “*pedido do autor*”³⁸. Relegou, então, a lide de Carnelutti a uma “*causa remota*”, antecedente ao processo³⁹. Seja como for, Liebman seguiu empregando a referência à lide, por ele compreendida como o “*conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir*”⁴⁰. Com esse conceito, Liebman, mesmo involuntariamente, contribuiu para a difusão de uma teoria geral unitária pensada a partir do processo civil, esclarecendo que, “*assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo*”⁴¹. Isso se deve ao fato de que o processo penal sempre ficou relegado a um segundo plano no estudo científico. O processo penal acaba sendo comparado àquela “*irmã pobre*”, que deve se contentar com as sobras das irmãs ricas (leia-se, particularmente, do processo civil), para usar a referência metafórica do clássico infantil “Cinderela” promovida pelo próprio Carnelutti:

Era uma vez três irmãs que tinham pelo menos um dos pais em comum: chamavam-se a 'ciência do direito penal', a 'ciência do processo penal', a 'ciência do processo civil'. Ora, aconteceu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram muito bonitas e prósperas, teve uma infância e adolescência infelizes. Com a primeira ela teve que dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela pegou o bom e o melhor para si mesma. (...)
Em uma palavra, a teoria do processo penal ainda está em uma fase de dependência líquida da teoria da processo civil (...)
O certo é que Cinderela se contentava com as roupas deixadas por suas irmãs mais afortunadas. (...)
Cinderela é uma boa irmã, a quem não lhe ocorre se levantar de seu canto para confinar as outras em seu lugar; portanto, não é uma pretensão de superioridade, que se opõe às ciências contíguas, mas apenas uma afirmação de paridade. (...)
*Se o estudo do processo penal contraiu certas dívidas perante a ciência processual civil, em breve poderá pagá-las com usura*⁴².

Esse “*contentar-se com as roupas das irmãs mais afortunadas*” foi reforçado, no Brasil, a partir dos professores paulistas que se reuniam aos finais de semana na casa de Liebman para discutir temas de processo civil, como destaca Ada Pellegrini Grinover:

Reunindo os jovens discípulos nas tardes de sábado na modesta residência da Alameda Rocha Azevedo, discutia os seus estudos,

³⁸LIEBMAN, E.T. “O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito”, *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, pp. 107-152, São Paulo, 1947, p. 132.

³⁹LIEBMAN, E.T. “O Despacho Saneador e o Julgamento (...)”, Ob. Cit., p. 131.

⁴⁰LIEBMAN, E.T. “O Despacho Saneador e o Julgamento (...)”, Ob. Cit., p. 137.

⁴¹LIEBMAN, E.T. “O Despacho Saneador e o Julgamento (...)”, Ob. Cit., p. 137.

⁴²Tradução livre de trecho em italiano: “*C'erano una volta tre sorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice. Con la prima le toccò dividere, per lungo tempo, la medesima stanza; e quella si prese il buono e il meglio per sè. (...) In una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile (...) Cenerentola, giusto, si contentava delle vestime dalle sue più fortunate sorelle (...) Cenerentola è una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi da suo cantuccio per confinar ele altre al posto suo; no è dunque una pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente. (...) Se lo studio del processo penale ha contratto certi debiti verso la scienza processuale civile, presto sarà in grado di pagarli ad usura*”. In: CARNELUTTI, F. “Cenerentola”, *Rivista di diritto processuale*, Vol. 1, Parte 1. Cedam, Padova, 1946, pp. 73-78.

*aprofundava as discussões e se prodigalizava em inigualáveis lições utilizando o método científico até aquele momento desconhecido do processualista brasileiro. Talvez nem o próprio Liebman soubesse com precisão quais seriam os resultados daqueles encontros. Talvez não o soubessem nem os discípulos dos sábados à tarde: Vidigal, o primeiro a conquistar a cátedra; Buzaid, com os seus escritos rigorosamente científicos e caracterizados por profundas considerações históricas e de direito comparado; José Frederico Marques, que se preparava para a cátedra na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bruno Afonso de André e Benvindo Aires, com sua inteligência penetrante e profundo preparo humanístico. Mas tais resultados estão vivos até hoje (...)*⁴³.

Repita-se a parte final da citação acima, para reforçar que, desses encontros, como disse Ada, "os resultados estão vivos até hoje". E isso decorre das obras de muitos processualistas que passaram a adotar uma postura de divulgação de uma teoria geral unitária, isto é, de pensar o processo penal a partir das categorias construídas para o processo civil. Vale, como exemplo, citar José Frederico Marques, que conseguiu, num lapso temporal de três anos de diferença, escrever tanto uma obra intitulada *Instituições de Direito Processual Civil*, em 4 volumes⁴⁴, quanto uma obra sobre os *Elementos de Direito Processual Penal*, também em 4 volumes⁴⁵. Já na primeira edição de suas *Instituições de Direito Processual Civil*, publicada em 1958, Frederico Marques defendeu uma teoria geral unitária:

O processo, como instrumento compositivo de litígios, é um só, quer quando tenha por pressuposto uma lide penal, quer quando focalize uma lide não-penal.

Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo da Ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o "processo", em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal. (...)

*Entre processo civil e processo penal, a diferença é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do Direito Processual em civil e penal, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum. Uno, portanto, é o Direito Processual, pelo que pode ser construída uma "teoria geral do processo" com os postulados e linhas mestras construídos segundo a metodologia da Dogmática do Direito*⁴⁶.

Três anos depois, por ocasião da publicação do manual de processo penal, em 1961, Frederico Marques abriu um capítulo para tratar especificamente da "lide penal"⁴⁷, citando Carnelutti e o fazendo para explicar a lide como conteúdo do processo penal⁴⁸. E seguiu considerando o processo penal e o processo civil como similares em diversos aspectos, adotando, em moldes muito similares à exposição feita nas *Instituições de Direito Processual Civil*, também aqui, expressamente, a teoria geral do processo:

⁴³GRINOVER, A.P. *O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil (...)*, Ob. Cit., p. 99.

⁴⁴FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil*, Volume 1, Forense, Rio de Janeiro, 1958.

⁴⁵FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1, 2ª ed., Millenium, Campinas, 2000.

⁴⁶FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil* – Vol. 1, (...), Ob. Cit., pp. 32-33.

⁴⁷FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal* - Vol. 1, (...), Ob. Cit., p. 06.

⁴⁸FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal* – Vol. 1, (...) Ob. Cit., pp. 09 e 15.

Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade⁴⁹.

Em caminho similar, também merecem destaque: Galeno Lacerda⁵⁰, Hélio Tornaghi⁵¹, Magalhães Noronha⁵², Tourinho Filho⁵³, Mirabete⁵⁴, dentre outros⁵⁵, que seguiram adotando a teoria geral unitária. É interessante a análise de Hélio Tornaghi, pois ele expressamente se referiu a Carnelutti, citando suas obras de 1920 e 1931, e dizendo que elas “*marcam o início de um novo período, o da Teoria Geral do Processo*”, mas não considerou a mudança de pensamento de Carnelutti, em 1941⁵⁶. Tourinho Filho, por sua vez, até esclareceu “*não ser pacífico falar em ‘lide’ no campo processual penal*”, apresentando as críticas de Giulio Paoli, mas optou, em seguida, por dizer: “*sem embargo, a doutrina majoritária fala de ‘lide penal’*”⁵⁷.

É certo que alguns poucos autores brasileiros arriscaram uma crítica à teoria geral do processo, antes mesmo da Constituição brasileira de 1988. Destaca-se o artigo pioneiro de Adhemar Raymundo da Silva, publicado em 1957⁵⁸. Adhemar Raymundo explorou a evolução do pensamento de Carnelutti, destacando, inclusive, sua mudança de entendimento em torno da lide penal. Ao final, firmou posição discordando de Carnelutti, pois, considerava “*coisas diversas o objeto do processo penal, que é a imputação de um fato tido como criminoso a determinada pessoa,*

⁴⁹FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal* – Vol. 1, (...), Ob. Cit., p. 11.

⁵⁰LACERDA, G. “Considerações Sobre a Reforma Processual”, *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, p. 13.

⁵¹TORNAGHI, H. *Instituições de Processo Penal, Vol. I*, Forense, Rio de Janeiro, 1959, pp. 54 e ss.

⁵²MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*, 28ª ed., (atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha), Saraiva, São Paulo, 2002, p. 07.

⁵³TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal – Vol. 1*, 33ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 21.

⁵⁴MIRABETE, J.F. *Processo Penal*, 16ª ed., Atlas, São Paulo, 2004, p. 27.

⁵⁵Alguns autores mais jovens, que publicaram seus manuais após a Constituição de 1988, seguem adotando a visão de teoria geral unitária, endossando a ideia de “lide penal”. Por exemplo: Renato Marcão (MARCÃO, R. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, p. 54), Fernando Capez (CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 02), José Lisboa da Gama Malcher (DA GAMA MALCHER, J.L. *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 07), Ana Flávia Messa (MESSA, A.F. *Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 49), Marcellus Polastri Lima (LIMA, M.P. *Curso de Processo Penal, Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002, p. 05), Edilson Mougenot Bonfin (BONFIN, E.M. *Curso de Processo Penal*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 47), Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 23), Hidejalma Muccio (MUCCIO, H. *Curso de Processo Penal – Vol. 1*, Edipro, Bauru, 2000, p. 44), Djalma Eutímio de Carvalho (DE CARVALHO, D.E. *Curso de Processo Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 01), André Nicolitt (NICOLITT, A. *Manual de Processo Penal*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 48), Leonardo Barreto Moreira Alves (MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal*, JusPodivm, São Paulo, 2021, pp. 69 e ss).

⁵⁶TORNAGHI, H. *A Relação Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1987, p. 84.

⁵⁷TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal – Vol. 1*, (...) Ob. Cit., p. 29-30.

⁵⁸SILVA, A.R. “O Processo Penal à Luz do Pensamento ‘Carneluttiano’”, *Estudos de Direito Processual Penal*, Progresso, Salvador, 1957, pp. 43-54.

para que se declare a procedência (condenação) ou improcedência daquele (absolvição), e os possíveis efeitos civis do ato jurisdicional condenatório".⁵⁹

Em 1970, também foi relevante a contribuição de Luciano Marques Leite, em texto no qual ele endossou a crítica de Calamandrei à Carnelutti⁶⁰. Luciano Marques Leite concluiu que a "lide, como conceito de 'teoria geral do processo', na forma inicial pretendida por Carnelutti, e isto procuramos ter demonstrado, é inaplicável ao processo penal". E complementou dizendo que Carnelutti pretendeu "fazer uma 'soldadura' entre 'lide' e 'controvérsia'", mas, "essa soldadura, ademais de não ser autógena, mas sim heterógena, não engendrou esses inseparáveis irmãos siameses que Carnelutti nos apresenta, mas sim, ao final, um irmão (litígio civil) e uma irmã (controvérsia penal), gêmeos, que podem caminhar separadamente, ainda que sua origem tenha sido comum"⁶¹. Ao final, Luciano Marques Leite, embasado em Giovanni Leone, sugeriu o abandono do conceito de "lide" propondo, em seu lugar, a expressão "conflito de direitos subjetivos" ('direito de punir' e 'direito de liberdade')", argumentando que este conflito seria "artificial, criado pelo próprio Estado para que o processo penal possa funcionar, como processo de partes"⁶². Assim, não obstante tenha acertado na crítica à ideia de lide para o conteúdo do processo penal, não conseguiu romper integralmente com essa mesma ideia, já que, ao falar em "conflito de direitos subjetivos artificial, criado pelo Estado", pareceu apenas repaginar o conceito carneluttiano de lide, que, agora com nova roupagem, seguiria sendo adotado no processo penal.

Seja como for, as críticas à ideia de uma teoria geral unitária para o processo não foram assimiladas pela *Escola Paulista de Processo*, a tal ponto que, em 1973, a Universidade de São Paulo acabou instituindo uma nova disciplina intitulada, não à toa, *Teoria Geral do Processo*. A professora Ada Pellegrini Grinover foi convidada para lecionar à turma matutina, ao passo que o professor Antônio Carlos de Araújo Cintra foi convidado para a turma da noite⁶³. Logo que as aulas tiveram início, os alunos reclamaram da ausência de uma obra que fizesse a abordagem de uma teoria geral unitária do processo. Atendendo ao reclamo, Ada e Antônio Carlos elaboraram apostilas manuscritas para que os alunos pudessem acompanhar a matéria. Essas apostilas foram um "sucesso" entre os alunos. Ada e Antônio Carlos, então, convidaram seu colega Cândido Rangel Dinamarco para que, os três em conjunto, transformassem as apostilas num livro, mais aprimorado em seu conteúdo⁶⁴. Lançaram, assim, em 1974, o primeiro livro de "*Teoria Geral do Processo*", no Brasil⁶⁵. Era uma obra que ainda considerava a teoria geral unitária proposta por Carnelutti e difundida no Brasil por Enrico Tullio Liebman e por João Mendes de Almeida Júnior⁶⁶. O prefácio da obra foi escrito por Luís Eulálio de Bueno Vidigal, também ele professor da USP e mestre dos três autores. Ada Pellegrini conta que Luís Eulálio não era grande adepto da teoria geral do processo, tendo escrito o prefácio "não muito convicto do acerto metodológico, diante das perplexidades geradas, por exemplo, pela busca de uma lide penal..."⁶⁷. Mesmo assim, os três autores justificaram a opção, seja pela inspiração pioneira de João Mendes de

⁵⁹SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'" (...), Ob. Cit., pp. 53-54.

⁶⁰LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal - um tema de teoria geral do processo", *Revista Justitia*, vol. 70, São Paulo, 1970, pp. 181-195.

⁶¹LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal (...)", Ob. Cit., p. 192.

⁶²LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal (...)", Ob. Cit., p. 194.

⁶³ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil - Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 16.

⁶⁴ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...)*, Ob. Cit., p. 16.

⁶⁵DE ARAUJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

⁶⁶DE ARAUJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do (...)*, Ob. Cit., p. 108.

⁶⁷ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...)*, Ob. Cit., p. 16.

Almeida Júnior, seja pela contribuição decisiva da passagem de Liebman por São Paulo:

João Mendes Júnior, certamente o mais genial de todos, tratou do processo penal e do processo civil à luz de regras comuns a ambos, numa verdadeira teoria geral do processo, ciência que principiou a despontar entre nós, com real pujança, há menos de vinte anos.

(...)

Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência europeia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento de seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti.

(...)

*A "Escola Processual de São Paulo" caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in iudicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo"⁶⁸.*

Importante destacar que a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP sempre foi uma referência no Brasil, dado o seu pioneirismo no ensino jurídico. Assim, quando a USP instituiu essa nova disciplina, boa parte das demais faculdades de Direito no país, não querendo ficar para trás, acabaram copiando a USP e criaram suas respectivas disciplinas com igual conteúdo⁶⁹. No entanto, como explica Luciano Marques Leite, em texto de 1979, não havia professores em número suficiente e com o domínio dos diferentes ramos do processo (civil e penal) para lecionar:

A literatura especializada sobre o assunto é quase inexistente; poucas Faculdades mantêm um curso de Teoria Geral do Processo; faltam professores que dominem o conjunto dos diversos ramos do processo, "a fim de que possam captar bem as identidades, afinidades e divergências entre os mesmos"; ainda não foi fixado o seu conteúdo e nem há unanimidade na determinação dos seus conceitos fundamentais"⁷⁰.

Diante da carência de publicações sobre o tema, o livro de Ada, Antônio Carlos e Dinamarco, foi amplamente difundido no Brasil, levando o discurso de uma teoria geral unitária a ser uma referência nas academias brasileiras. Chegou-se a publicar uma "edição comemorativa" do livro, após quarenta anos e trinta edições da teoria geral do processo no Brasil⁷¹.

O interessante é que no mesmo ano em que Ada, Antônio Carlos e Dinamarco publicaram a primeira edição de sua "*Teoria Geral do Processo*", ou seja, em 1974, Antônio Acir Breda fez críticas à adoção da palavra "*lide*" no projeto de novo Código

⁶⁸DE ARAUJO CINTRA, A.C.; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do (...)*, Ob. Cit., pp. 109-111.

⁶⁹ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...)*, Ob. Cit., p. 18.

⁷⁰LEITE, L.M. "A Teoria Geral e o Processo Penal", *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 3, nº 01, Taubaté, 1979, pp. 27-39.

⁷¹ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...)*, Ob. Cit.

de Processo Penal brasileiro. Citando Xavier de Albuquerque⁷² e Adhemar Raymundo da Silva⁷³, Breda disse que “o conceito carneluttiano, na doutrina processual penal, via de regra, ou é ignorado ou é repelido”⁷⁴. Suas críticas contribuíram para a retirada das referências à “lide” que constavam do projeto, propondo que ela fosse substituída pela palavra “causa”. Jacinto Coutinho, ao comentar essa proposta, disse ter sido um avanço para o direito brasileiro, mas ainda não era uma palavra ideal para explicar o conteúdo do processo, dado que é controversa em seu significado. Disse Jacinto que “o importante, além de uma substituição das palavras, é identificar a relação semântica, de modo a, da melhor forma possível (segura não há nenhuma, tratando-se de lei), garantir ao acusado seus direitos no processo penal”⁷⁵.

Quase dez anos depois, em 1983, destacou-se a contribuição crítica de Fábio Luiz Gomes, com o texto *Teoria Unitária e Dualista do Direito Processual*⁷⁶. As críticas, como se vê, eram feitas em artigos esparsos, sem conseguir convencer a grande maioria dos doutrinadores de manual. Como já destacado, a doutrina de processo penal seguia, majoritariamente, adotando e difundindo a ideia da teoria geral unitária. As críticas passaram a ganhar maior adesão doutrinária a partir da publicação dos livros de Rogério Lauria Tucci (*Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*⁷⁷), em 1984, e de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*⁷⁸), em 1989.

Rogério Lauria Tucci propôs o que denominou de uma “Teoria do Direito Processual Penal”, visando “conferir ao Direito Processual Penal a exigível dignidade científica, mostrando-o (como, na realidade, se apresenta) de todo despregado do Direito Processual Civil”⁷⁹.

Jacinto Coutinho contribuiu de maneira bastante significativa para que a doutrina mais moderna de processo penal passasse a repensar a ideia de uma teoria geral unitária e começasse a se preocupar com a construção de uma teoria geral para o processo penal, desvinculada do pensamento civilista. Ele ainda propôs a adoção da expressão “caso penal”⁸⁰ no lugar de “lide”, a qual, seguramente, é melhor do que a insistência de querer enxergar, necessariamente, uma lide no processo penal como conteúdo do processo.

Seguindo as lições de Jacinto Coutinho, Aury Lopes Júnior, em 2007⁸¹, e Alexandre Morais da Rosa, em 2013⁸², incorporaram a crítica à teoria geral unitária em seus manuais, consolidando a necessidade de se construir uma teoria geral do processo penal. Também em 2007, Gustavo Badaró apresentou crítica à ideia de “lide penal” e, assim, da adoção de uma teoria geral do processo^{83 84}. Já Eugênio Pacelli de Oliveira publicou a primeira edição de seu manual em 2002, ainda sem enfrentar uma crítica mais direta à ideia de uma teoria geral do processo, não obstante já

⁷²XAVIER DE ALBUQUERQUE, F.M. “Conceito de Mérito no Direito Processual Penal”, *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, pp. 302-314, Rio de Janeiro, 1962, p. 306.

⁷³DA SILVA, A.R. “O Processo Penal à Luz do Pensamento ‘Carneluttiano’” (...), Ob. Cit.

⁷⁴BREDA, A.A. “Sugestões ao novo Código de Processo Penal”, *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 04, Curitiba, 1974, p. 107.

⁷⁵COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Ob. Cit., p. 128.

⁷⁶GOMES, F.L. “Teoria unitária e dualista do direito processual”, *Teoria Geral do Processo Civil*, Lejur, Porto Alegre, 1983.

⁷⁷TUCCI, R.L. *Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*, Cejup, Belém, 1984.

⁷⁸COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...), Ob. Cit.

⁷⁹TUCCI, R.L. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 11.

⁸⁰COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...), Ob. Cit., pp. 134 e ss.

⁸¹LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. 1, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 33 e ss.

⁸²DA ROSA, A.M. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2013.

⁸³BADARÓ, G.H. *Direito Processual Penal - Tomo 1*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.

⁸⁴BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 565 e ss.

dissesse que a noção carneluttiana da "lide" para o processo penal não servia⁸⁵. Em artigo publicado em 2009, para comentar sua participação na Comissão de Notáveis que elaborou o anteprojeto de novo Código de Processo Penal (da qual também participou Jacinto Coutinho), voltou a anotar a "*mea culpa* feita por Carnelutti (1971), em manifestação em que reconheceu o equívoco de seu entendimento anterior, via do qual afirmava ser possível adaptar-se o conceito de pretensão, como exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, ao âmbito do processo penal"⁸⁶. E explorou a necessidade de se pensar o processo penal a partir de uma estrutura dialética, mas ponderou que ainda o fazia "sem adentrar o movediço campo da possibilidade de adequação das categorias essenciais do processo penal a uma teoria geral do processo"⁸⁷. Em edições posteriores de seu manual, ao menos a partir de 2013, a crítica foi sendo encorpada⁸⁸, embora ele ainda não dispense a teoria geral do processo para algumas questões⁸⁹. E seguiu reforçando a necessidade de se pensar uma teoria para o processo penal que leve em conta a "estrutura dialética do processo", com a "potencialização da ampla defesa"⁹⁰.

5. A NECESSIDADE DE SE CONSTRUIR UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Por conta de toda essa influência que o discurso da teoria geral do processo teve na doutrina brasileira, ainda é controvertida a ideia de que se deva construir uma teoria geral especificamente voltada para o processo penal. Mas a controvérsia não é exclusividade nossa. Na doutrina estrangeira há quem siga insistindo no discurso de uma teoria geral unitária, ainda que sob novas premissas, a exemplo do que faz, na Itália, Elio Fazzalari, ao identificar o contraditório como ponto comum entre os dois processos (civil e penal)⁹¹.

Elio Fazzalari analisa inúmeros ramos processuais procurando traçar uma teoria que sirva para todos, não necessariamente na linha de Carnelutti (com a lide como razão de ser da jurisdição), mas num percurso no qual o contraditório é a "peça-chave" da identificação do processo, permitindo se construir, a seu modo, uma teoria unitária. Diz o autor:

As informações detalhadas fornecidas até agora valem, talvez, para esclarecer melhor a nossa tarefa. Esta consiste – como anunciado – na identificação, reconhecimento e sistematização das "normas" que disciplinam os "processos", bem como "atos" e as "posições subjetivas" que se derivam: as quais resultam, em abstrato, em nosso ordenamento. E aqui está o plano da exposição. Vamos tentar, primeiro, aprofundar a noção de "processo" do ponto de vista formal, isto é, isolado como um "esquema" (ou "tipo") da teoria geral. (...) Como anunciado anteriormente, essas "instituições" cobrem um setor de conhecimento – regras fundamentais dos vários tipos de processo e noções relacionadas –, que pode ser especificado como "direito processual geral" (ou "direito processual" tout court: como está no título deste livro)⁹².

⁸⁵PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

⁸⁶PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética da incerteza", *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, v. 183, pp. 67-75, Brasília, 2009, p. 69.

⁸⁷PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética (...)" *Ob. Cit.*, p. 68.

⁸⁸PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, 17ª ed., Atlas, São Paulo, 2013, pp. 100 e ss.

⁸⁹PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal (...)*, *Ob. Cit.*, p. 99.

⁹⁰PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 95 e ss.

⁹¹Outro exemplo é encontrado na doutrina mexicana de: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. & LEVENE HIJO, R. *Derecho Procesal Penal - Volume 1*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, pp. 46-47.

⁹²Tradução livre de trecho em italiano: "I ragguagli fin qui forniti valgono, forse, a chiarire meglio il nostro compito. Il quale consiste – come enunciato – nella individuazione, ricognizione e sistemazione delle 'norme' che disciplinano i 'processi', nonché degli 'atti' e delle 'posizioni

Já em Portugal prevalece a posição de Jorge de Figueiredo Dias, contrária à ideia de uma teoria geral unitária:

No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização.

(...)

*A conclusão pessimista a que acaba de chegar-se quanto à viabilidade de uma teoria geral do processo não deve, porém, obstar a que se reconheça o altíssimo valor de uma consideração comparatista dos diversos tipos de processo, levada a cabo ou como hipótese geral de investigação, ou a propósito de singulares problemas processuais. Ela mostra com inexcusável clareza como os diferentes tipos de processo são, no fundo, determinados pela especificidade do objecto processual e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo*⁹³.

No Brasil há autores que fazem um esforço retórico para seguir justificando a adoção de uma teoria geral unitária. Fredie Didier Jr., por exemplo, argumenta que as críticas à teoria geral do processo seriam infundadas, considerando que essa disciplina teria uma pretensão filosófica, epistemológica, aproximando-se da teoria geral do direito⁹⁴. Didier Jr. argumenta que “*essas críticas partem do equívoco metodológico de confundir o produto da Filosofia do Processo (especificamente, da Teoria Geral do Processo) com o conjunto de normas jurídicas processuais, elas mesmas objeto de investigação pela Ciência Dogmática do Processo*”⁹⁵. Leonardo Barreto Moreira Alves segue esse entendimento de Didier Jr. e acrescenta que seriam “*exemplos desses conceitos comuns, a competência, a demanda, legitimidade, prova, decisão, etc., sendo o processo o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo*”⁹⁶.

A discussão ganhou a dimensão de polêmica em 2014, quando Afrânio Silva Jardim resolveu rebater um artigo escrito por Aury Lopes Jr. e recebeu o apoio, em forma de “*comentário*”, de Ada Pellegrini Grinover⁹⁷.

No dia 27 de junho de 2014, Aury publicou, em sua coluna “*Limite Penal*”, no site Consultor Jurídico - Conjur, o artigo intitulado “*Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do processo penal*”⁹⁸. Nesse artigo Aury elencou os

*soggettive' che ne derivano: quali risultano, in astratto, nel nostro ordinamento. Ed ecco il piano dell'esposizione. Cercheremo, innanzitutto, di approfondire la nozione di 'processo' dal punto di vista formale, cioè isolato quale 'schema' (o 'tipo') di teoria generale. (...) Come preannunciato, queste 'istituzioni' coprono un settore di conoscenza - regole fondamentali dei vari tipi di processo e relative nozioni - il quale può indicarsi come 'diritto processuale generale' (o 'diritto processuale' tout court: così nel titolo di questo libro)". In: FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto Processuale, Settima Edizione*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 67 e 69.*

⁹³FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Processual Penal* (...), Ob. Cit., pp. 54-55.

⁹⁴DIDIER JR., F. “Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual e Direito Processual: aproximações e distinções necessárias”. In: ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*, Malheiros, pp. 334-355, São Paulo, 2013, p. 349.

⁹⁵DIDIER JR., F. “Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo (...), Ob. Cit., pp. 349-350.

⁹⁶MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal* (...), Ob. Cit., p. 71.

⁹⁷LOPES JR., A; JARDIM, A.S. & GRINOVER, A.P. *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf>, acesso em: 23 mai. 2022.

⁹⁸LOPES JR., A. “Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal”, *Consultor Jurídico - Conjur*, publicado em: 27 jun. 2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>, acesso em: 23 mai. 2022.

institutos que considera mereçam ser compreendidos de forma diversa, quando pensados para o processo penal em comparação ao civil. Referiu, assim, à não adoção da instrumentalidade das formas no processo penal; à necessidade de se abandonar a compreensão da “ação” e adotar uma “teoria da acusação”; ao fato de que as condições da ação no processo penal são diferentes; à dificuldade de se falar em lide no processo penal; à compreensão da jurisdição como limite de poder; à necessidade de se interpretar as regras de competência sempre em termos absolutos; à ideia de que o juiz penal não pode ir em busca de provas; à compreensão de que o ônus da prova é integral da acusação; à presença do “*in dubio pro reo*” como regra de tratamento; à não compatibilidade das máximas latinas “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” para a questão das cautelares pessoais no processo penal; ao fato de que o juiz não deve ter poder geral de cautela no processo penal; à indevida adoção do termo revelia no processo penal, pois não se consideram provados os fatos pela ausência de contestação; à necessidade de empregar efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário; e à ideia de que toda nulidade no processo penal seria absoluta, sem a necessidade de demonstração de prejuízo pela parte interessada.

Uma semana depois, em 04 de julho de 2014, Afrânio Silva Jardim publicou no mesmo *site* Conjur, o artigo intitulado “*Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*”⁹⁹. Afrânio criticou o texto de Aury, ponderando que não há como abandonar o caráter instrumental do processo penal, pois este só existe para permitir a aplicação democrática do Direito Penal; que se pode até não gostar da Teoria Geral do Processo mas ela existe espelhada em inúmeros livros escritos a respeito; que o direito penal também pode ser obedecido sem o processo, pois as pessoas geralmente não matam, não roubam e não estupram da mesma forma que pagam suas dívidas, respeitam a posse e propriedade dos outros; que o princípio da necessidade também pode reger o processo civil, como ocorre nas “ações constitutivas necessárias”, isto é, anulação de casamento, interdição e hipóteses de jurisdição voluntárias; que o direito processual penal abriga também ações penais não condenatórias, a exemplo do *Habeas Corpus*, da Revisão Criminal, do Mandado de Segurança e da reabilitação na execução penal; que, assim como ocorre no processo penal, também no processo civil e trabalhista a legalidade das formas dos atos e procedimentos processuais são maneiras de limitar o poder do Estado-juiz; que não vê como possível uma “teoria da acusação” no *Habeas Corpus*, na ação de Revisão Criminal, na reabilitação e no Mandado de Segurança em matéria penal; que é possível seguir adotando as condições da ação construídas no processo civil, pois a possibilidade jurídica do pedido deve ser observada, haja vista que não se admitiria que um pedido de pena de açoite ou de morte seria juridicamente possível, o interesse de agir pode deixar de existir quando se pensa em prescrição retroativa em perspectiva; que a exigência de suporte probatório mínimo para o exercício da ação não guarda relação com a possibilidade jurídica do pedido, mas sim, deve ser lido como uma quarta condição da ação; que a originalidade deve ser uma quinta condição da ação; que o essencial para que exista o processo (como categoria autônoma) é a pretensão e não a lide, o que vale tanto para o processo civil, quanto penal e trabalhista; que a existência de um poder-dever de prestar a jurisdição em nada seria incompatível com a garantia do juiz natural; que a maior ou menor atuação do juiz no campo probatório no processo penal, civil ou trabalhista não infirma a existência de um conceito unitário de processo; que a circunstância do ônus da prova ser distribuído diversamente no processo penal não nega a Teoria Geral do Processo e que esse ônus pode ser similar à distribuição entre as partes nas ações penais não condenatórias; que juiz natural e imparcial são temas comuns a vários ramos do processo; que as expressões “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” podem ser usadas sim nas medidas cautelares penais, pois são expressões

⁹⁹JARDIM, A.S. “*Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*”, *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 04 de julho de 2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>, acesso em: 23 mai. 2022.

tradicionais no Direito há anos e não caberia uma tradução literal; que a existência ou não do poder geral de cautela no processo penal não infirma a Teoria Geral do Processo; que o fato de a revelia não autorizar a presunção de veracidade dos fatos alegados na denúncia em nada prejudica a Teoria Geral do Processo, inclusive porque, no processo civil, a revelia não conduz a tal presunção quando o direito for indisponível, quando a parte for incapaz e quando um litisconsorte unitário contestar; que a não adoção de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário em nada colide com a Teoria Geral do Processo e que a existência desses recursos para todos os ramos, confirma a Teoria Geral; e que, a existência, ou não, de nulidades relativas no processo é um tema da Teoria Geral do Processo e gostar delas ou não, não seria culpa da Teoria Geral do Processo.

Após o texto de Afrânio, a professora Ada Pellegrini Grinover, em "comentário" à polêmica entre ele e Aury Lopes Jr., reforçou os argumentos de Afrânio e, inclusive, defendeu a ideia, lançada por ele, de se criar uma "neo-teoria geral do processo". Ada sustentou que a Teoria Geral do Processo seria mais um método para a análise do processo e não uma disciplina autônoma. Para ela, "não há mais qualquer sentido na controvérsia (Chiovenda-Carnelutti) sobre a teoria dualista ou monista do processo O importante é não perder de vista sua instrumentalidade pois o processo deve ser concebido como instrumento para a realização do direito material"¹⁰⁰. Disse, ainda, que "o conceito de lide não se aplica ao processo penal, assim como não se aplica ao processo civil utilizado no tratamento de direitos indisponíveis, nem à justiça conciliativa"¹⁰¹. Por fim, Ada invocou a doutrina de Elio Fazzalari para explicar o processo como procedimento em contraditório e que, assim, deveria haver contraditório também nos inquéritos civis e penais.

Afrânio e Ada, portanto, tentaram promover aproximações entre o processo civil e o penal, sustentando a necessidade de se seguir adotando uma Teoria Geral unitária, para todos os ramos processuais.

Os argumentos de Fredie Didier Jr., Afrânio Silva Jardim e Ada Pellegrini Grinover, em defesa de uma teoria geral unitária, são importantes, pois promovem um olhar a partir de uma visão epistêmica e filosófica e indicam pontos de contato entre os dois processos (civil e penal) que não podem ser desconsiderados. Porém, a justificativa para se adotar uma teoria geral dualista e não unitária se relaciona com a necessidade se ter presente que o processo penal não pode ser pensado, invariavelmente, a partir das categorias próprias do processo civil. E isso se deve tanto à divergência de objetos ("lide" para o processo civil, e "caso penal" para o processo penal¹⁰²), quanto a diferentes outros fatores diferenciais em suas premissas principiológicas que impactam nos três pilares de sustentação da teoria geral do processo: jurisdição, ação e processo. E isso não significa dizer que em vários pontos os dois ramos processuais se toquem, tendo institutos e conceitos em comum, mas, sim, apenas reforça a ideia de que se considerem as estruturas do processo penal

¹⁰⁰GRINOVER, A.P. "Comentário", in: *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf>, acesso em: 23 mai. 2022, p. 12.

¹⁰¹GRINOVER, A.P. "Comentário" (...), Ob. Cit., p. 12.

¹⁰²Adota-se, aqui, a sugestão teórica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao cunhar a expressão "caso penal" como sendo o conteúdo do processo penal. Em suas palavras: "Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –, e tem importância prática já na primeira fase da persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: caso penal, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento. Com ele estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo autoexecutável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal". In: COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...), Ob. Cit., pp. 134-135.

como orientadas por balizas de princípios que operam em alcances diferentes num e noutro.

Desta forma, mesmo que se considerem os conceitos de jurisdição – como poder de aplicação da lei ao caso concreto –, de ação – como direito de invocar a tutela da jurisdição –, e de processo – como meio ou instrumento através do qual se fará o acerto do caso penal, como inerentes tanto ao processo civil quanto ao penal, ainda assim, não é recomendável seguir pensando a partir de uma teoria geral unitária, pois esses três pilares ganham tons diferentes quando se avalia um processo que é voltado prioritariamente para o “*ter*” (processo civil) em comparação ao processo que é voltado para o “*ser*” (processo penal)¹⁰³.

6. JURISDIÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Tome-se, inicialmente, o caso da jurisdição, que é unitária, e que espelha uma dupla função no papel do juiz: atuar como garante dos direitos do cidadão e julgar o caso penal. Numa leitura apressada do que se acabou de expor, essas referências poderiam dar a entender que o papel do juiz seria absolutamente equivalente no processo penal e no civil. No entanto, o juiz civilista, no exercício do poder jurisdicional, não precisa se preocupar com a “presunção de inocência” de uma das partes, que deve ser levada em conta como norma de comportamento do juiz e de tratamento apenas de uma das partes no processo: o acusado. O juiz civilista também não precisa se preocupar em tomar decisões, quando provocado, que visam proteger terceiros pessoas na relação jurídica processual, ou seja, as vítimas de potenciais reiterações de comportamentos delitivos. Nesse ponto, os interesses em jogo no processo penal transcendem aqueles do caso concreto e a atuação jurisdicional cautelar pró-vítima pode evitar crimes anunciados (fácil de visualizar em casos de violência doméstica contra a mulher e em casos de violência sexual reiterada¹⁰⁴). Como, para além da atuação da jurisdição, ela também impacta no processo, mais à frente se retomará essa discussão com abordagem mais detalhada.

Assim, a atuação do juiz com jurisdição penal deve observar essa natural disparidade entre as partes, até porque a preservação da presunção de inocência é condição de validade do exercício do poder e as vítimas de crimes também merecem tratamento de proteção do Estado-juiz. A presunção de inocência e evitação de revitimização, portanto, mudam todo o olhar que se deve ter em relação à jurisdição penal e, assim, ao grau de imparcialidade do juiz (a equidistância das partes, aqui, não é a mesma que se tem no processo civil) e exige uma análise dos limites do poder que deve ser orientada para os propósitos do processo penal.

De resto, como já dito, há pontos em comum, claro. Tanto no processo penal quanto no processo civil, a jurisdição deve ser exercida observando a ideia fundante da República Federativa do Brasil, isto é, o Estado Democrático, compreendido em sua dupla funcionalidade: de proibição de excessos e proibição de proteção insuficiente. Seguindo a trilha do que já foi dito, no âmbito do processo penal se deve proibir excessos no exercício do poder punitivo contra o acusado, sem olvidar da necessidade de se atentar à proibição de proteção insuficiente das vítimas de crimes. O juiz que atua no processo penal, portanto, deve se portar como quem assegura a efetivação das garantias processuais que visam proteger os direitos fundamentais do acusado e da vítima.

¹⁰³Essa, claro, é uma visão reducionista, pois no processo penal posso ter discussões patrimoniais (v.g. medidas cautelares reais e a questão do valor de indenização à vítima fixado na sentença penal) e no processo civil posso ter discussões em torno do ser humano (v.g. ações que envolvem direitos personalíssimos), mas serve, aqui, para ilustrar a essência predominante num e noutro.

¹⁰⁴Sobre esse aspecto, recomendo a leitura de uma crônica que escrevi explicando como é o drama real da necessidade de evitação de novos delitos no cotidiano dos casos criminais. In: CHEMIM GUIMARÃES, R.R. “Crônica de Estupros e Mortes Anunciadas e a Tese de que a ‘Prisão Preventiva para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional’”, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 4, nº 7, Curitiba, Dez. 2017, pp. 109-122.

7. AÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Feitas essas considerações em relação à jurisdição, passa-se, agora, à análise de uma teoria geral dualista em relação a ação. No âmbito da ação penal não é possível seguir a conceituação construída a partir do processo civil, de que ação seria um direito público, subjetivo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do Estado.

De regra, no processo penal, nos crimes de ação penal pública, a ação é mais um poder-dever do que um direito. A distinção que Afrânio faz, seguindo a lição de Frederico Marques, por exemplo, entre direito e exercício do direito de ação, não parece fazer muito sentido¹⁰⁵. O que se quer discutir com a ação é saber se é possível invocar a tutela do Estado-juiz. A tutela da jurisdição somente pode ser feita com o exercício da ação. E, no processo penal orientado tanto pelo princípio da necessidade, quanto pelo princípio da igualdade, do qual decorre a obrigatoriedade da ação, a ação deve ser exercitada todas as vezes em que estejam preenchidas suas condições. Portanto ela é um dever, como regra. Se fosse um direito poderia ser exercitada apenas se o seu titular quisesse. Seria discricionária. O dever, como dito, é algo do qual não se pode abdicar.

A ação penal também não é subjetiva, isto é, não é inerente a qualquer cidadão, como se dá com a ação civil. No direito processual civil qualquer pessoa que queira discutir a propriedade de um determinado objeto, pode, querendo, exercitar a ação. No direito processual penal, não é assim. Não é possível, por exemplo, que uma pessoa assista à notícia de um crime na televisão e resolva ela mesma exercitar a ação penal. Não terá legitimidade jurídica para tanto, já que a Constituição de 1988 estabelece que o exercício da ação penal pública é privativo do Ministério Público (art. 129, I).

Também não é possível afirmar que a ação penal seja abstrata em relação ao direito material, como se prega no processo civil a partir da contribuição das chamadas "*teorias abstratas da ação*", originadas com a polêmica Windscheidt *versus* Muther¹⁰⁶, entre 1856 e 1857, e aperfeiçoadas por Degenkolb (1877) e Plòsz (1876)¹⁰⁷. Se, no processo civil, é possível exercer a ação e informar ao juiz que depois se provará o direito material (daí porque ela se diz abstrata, isto é, não dependente de prévia demonstração da materialidade), no processo penal o cenário é diferente. Para o exercício da ação penal é necessário investigar e colher elementos de convicção preliminares que apresentem, pelo menos, indícios mínimos de autoria e prova da materialidade do crime. É o que Afrânio Silva Jardim denominou de "*justa causa*", como uma "*quarta condição para o regular exercício da ação penal condenatória*"¹⁰⁸, isto é, uma necessidade de se ter um lastro probatório mínimo que dê suporte ao fato narrado na petição inicial.

Tudo isso, no entanto, não significa dizer que não seja importante considerar o conceito civilista de ação também para algumas situações anômalas no processo penal, como se dá com a ação penal privada (exercida pela vítima, como um direito) e com as ações autônomas de impugnação: *Habeas Corpus*, Revisão Criminal e Mandado de Segurança criminal.

A ideia de pretensão, igualmente, não pode ser considerada como o conteúdo da ação penal, caso se leve em conta sua conceituação elaborada a partir da compreensão civilista com as contribuições de Carnelutti sobre a lide¹⁰⁹.

¹⁰⁵JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 94.

¹⁰⁶WINDSCHEIDT, B. & MUTHER, T. *Polemica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Banzhaf), EJE, Buenos Aires, 1974.

¹⁰⁷Esclarece Chiovenda, que o livro do húngaro Alexander Plòsz foi publicado originalmente na Hungria, em 1876, antes do livro de Heinrich Degenkolb ser publicado na Alemanha, em 1877. Em 1880, o livro de Plòsz foi traduzido para o alemão. In: CHIOVENDA, G. *A Ação no Sistema dos Direitos*, (Tradução de Hiltomar Martins Oliveira), Líder, Belo Horizonte, 2003, p. 87.

¹⁰⁸JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*. 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 100.

¹⁰⁹CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Vol. 1*, (Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo), Libreria "El Foro", Buenos Aires, 2002, p. 191.

Carnelutti, pensando a pretensão no contexto da lide, sustentava que ela seria a "exigência de subordinação de um interesse a outro interesse superior"¹¹⁰. E, com o olhar voltado para o processo penal, Carnelutti definiu que, na análise da "pretensão penal" (...), "não se trata de verificar a suspeita do delito, mas de exigir seu castigo". Para ele, então, a pretensão é de "exigência de submissão de alguém à pena"¹¹¹. Porém, esse raciocínio, que parte do direito civil, como refere Franco Cordero, estaria vinculado a "velhas fórmulas" que "evocavam um 'direito de punir' ou a 'pretensão punitiva', assimilando o fenômeno do direito penal ao crédito"¹¹².

Na já referida polêmica Windscheidt versus Muther, na Alemanha, ficou bem definida, por Muther, a diferença entre "ação" e "pretensão". Sempre com o olhar voltado para os textos romanos antigos, Muther ponderou que o termo "actio", em latim, não é equivalente a "Anspruch", em alemão (pretensão, em português^{113 114}):

É lógico que o pretor só faça essa promessa se concorrem certos pressupostos que são entendidos por si mesmos. Um deles é que o gestor solicite a fórmula; mas outro é, com igual segurança, que o dono dos "negotia" se recuse a cumprir o que o "negotiorum manager" exige dele. Porque se A.A. leva a N.N. na presença do pretor, e N.N. declara que quer pagar a A.A. tudo o que ele pede, o pretor negará a fórmula. É, portanto, uma condição prévia para a concessão da fórmula, ou da "actio", que o requerido não tenha satisfeito previamente, sem julgamento, o pedido do requerente. Portanto, deve haver uma pretensão antes da "actio". O pretor não confere, então, através da "actio", uma pretensão, mas a pretensão preexiste à "actio", o que também decorre do fato de que se o requerido paga voluntariamente e sem ser acionado, é certo que ele não poderá repetir o que foi pago por meio de uma "conditio indebiti". Assim, o pretor, ao conferir "ações", não cria pretensões, mas dá "ações" para tutelar as pretensões das quais já antecipou reconhecer sua legitimidade. Essas pretensões se baseiam, sim, na "tuitio Praetoris", ou seja, na promessa do pretor de que as protegeria, mas não passam a existir apenas quando as medidas protetivas são efetivamente aplicadas: a pretensão é o "prius", a "actio" o "posterius", a pretensão é o gerador, o "actio" o gerado¹¹⁵.

¹¹⁰CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Volumen 1 (...)*, Ob. Cit., p. 191.

¹¹¹CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Volumen 1 (...)*, Ob. Cit., p. 191.

¹¹²Tradução livre de trecho em italiano: "vecchie formule evocavano un 'diritto di punire' o una 'pretesa punitiva', assimilando il fenomeno penalistico al credito". In: CORDERO, F. *Procedura Penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 14.

¹¹³Importante anotar que, na "Introdução" a essa Polêmica entre Windscheidt e Muther, Giovanni Pugliese destacou a necessidade de se "aclarar o conceito de 'Anspruch', que se traduz aproximadamente em nossa linguagem jurídica por "pretensão" (melhor do que por "razão", como alguém já propôs no passado)". In: PUGLIESE, G. "Introducción". In: WINDSCHEIDT, B. & MUTHER, T. *Polemica sobre la "actio" (...)*, Ob. Cit., p. XXVI.

¹¹⁴Tradução livre de trecho em espanhol: "...aclarar el concepto de 'Anspruch', que se traduce aproximativamente en nuestro lenguaje jurídico por 'pretensión' (mejor que por 'razón', como alguien había propuesto en el pasado)". In: PUGLIESE, G. "Introducción" (...), *Idem*.

¹¹⁵Tradução livre de trecho em espanhol: "Es lógico que el pretor sólo haga esa promesa si concurren ciertos presupuestos que se entienden por sí solos. Uno de ellos es que el gestor solicite la fórmula; pero otro es, con igual seguridad, que el dueño de los 'negotia' se niegue a cumplir lo que el 'negotiorum gestor' le reclama. Porque si A. A. lleva a N. N. en presencia del pretor, y N. N. declara querer pagar a A. A. todo lo que pide, el pretor denegará la fórmula. Es pues condición previa para que se otorgue la fórmula, o la 'actio', que el requerido no haya satisfecho antes, sin proceso, la pretensión del postulante. Por lo tanto, deberá haber una pretensión antes de la 'actio'. El pretor no confiere pues, mediante la 'actio', una pretensión, sino que la pretensión preexiste a la 'actio', lo que se desprende también del hecho de que si el requerido paga voluntariamente y sin ser accionado, es seguro que no podrá repetir lo pagado mediante una 'conditio indebiti'. Así, pues, el pretor, al conferir 'acciones', no crea pretensiones, sino que da 'acciones' para tutelar las pretensiones de las que ya anticipó que reconocería su legitimidad. Esas pretensiones se fundan, sí, en la 'tuitio Praetoris', o sea en la promesa del pretor de que las tutelaría, mas no adquieren su existencia sólo cuando las

Assim, a palavra alemã “*Anspruch*” costuma ser traduzida na doutrina italiana de direito penal como “*pretesa punitiva*”¹¹⁶ e, em português, é traduzida como “*pretensão punitiva*”¹¹⁷. A construção de uma “*pretensão punitiva*”, como vinculada à ideia de que o Estado teria o “*direito de punir*” quem comete um delito, costuma ser atribuída a Karl Binding¹¹⁸, em livro de 1872, no qual ele desenvolve uma diferenciação entre a indenização pelo ato ilícito (devida à vítima) e o direito de punir por esse mesmo ilícito, vinculado ao Estado:

O fato de a indenização não ser de forma alguma uma punição explica como a lei pode aplicar tranquilamente o fato de que, no caso de crimes relativamente menores, como furto e fraude, o perpetrador tem que pagar regularmente uma indenização além da punição (...). Seria injusto e implacável se a lei permitisse dupla punição nesses casos, uma das quais seria determinada pela gravidade do ato culposo e a outra pela extensão do dano à propriedade do assaltado. De acordo com o entendimento correto, no entanto, a pena não deve levar em conta essa obrigação de indenização, que supostamente decorre da infração como tal, nem de obrigações contratuais que o ladrão ainda tem que cumprir com a pessoa roubada no momento da sentença.

*Se a pena substitutiva fosse imposta, não seria o Estado, mas a parte lesada que teria o direito de reclamar do delito. A punição é sempre um direito do Estado: ele sempre tem direito à punição*¹¹⁹.

E essa ideia do “*direito de punir*” decorre ainda mais primitivamente da contribuição de Feuerbach, em 1847, no sentido de que as normas penais integram um direito subjetivo, do particular ou do Estado¹²⁰. Então, na visão de Feuerbach, o Estado ou o particular (nas ações penais privadas, mas agindo “em nome do Estado”), atuam no sentido de fazer cumprir essa pretensão de punir o autor do delito¹²¹.

No entanto, como esclarece James Goldschmidt, amparado em Schoetensack, “*no processo penal nenhum direito se 'outorga' ao acusador. A parte*

medidas tutelares efectivamente se aplican: la pretensión es el 'prius', la 'actio' el 'posterius', la pretensión lo generador, la 'actio' lo generado”. In: MUTHER, T. “Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones” (...) Ob. Cit., p. 223.

¹¹⁶v.g. FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. Cit., nota 3, p. 175,

¹¹⁷v.g. ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro - Vol. 1*, 6ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1965, p. 322.

¹¹⁸v.g. LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 49-50.

¹¹⁹Tradução livre de trecho em alemão: “*Nur darans, dass die Ersatzleistung in keiner Beziehung Strafe ist, erklärt sich, wie das Recht ruhig zusehen kann, dass bei relativ leichten Verbrechen, wie Diebstahl und Betrug, der Thäter regelmässig neben der Strafe noch Ersatz zu leisten hat (...). Es wäre eine ungerechte Rücksichtslosigkeit, wollte in diesen Fällen das Recht eine Doppelbetrafung zulassen, deren Eine sich bestimmte nach der Schwere der schuldhaften That, für deren Andere die Grösse der Vermögensbeschädigung des Bestohlenen maassgebend wäre. Nach der richtigen Auffassung aber darf die Strafe auf diese Ersatzverbindlichkeit, die angeblich aus dem Delikt als solchem fliesst, ebenso wenig Rücksicht nehmen, als auf Vertragsverbindlichkeiten, die der Dieb zur Zeit des Strafurtheils etwa dem Bestohlenen noch zu erfüllen hat. Aus dem Delikt würde, wäre der Ersatz Strafe, nicht der Staat, sondern der Geschädigte forderungsberechtigt. Die Strafe ist stets ein Recht des Staates: er hat immer einen Anspruch auf die Strafleistung*”. In: BINDING, K. *Die Normen und Ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, pp. 218-219.

¹²⁰FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, (Tradução para o espanhol de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 58-59, pp. 64-65, e pp. 315 e ss.

¹²¹FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común* (...), Ob. Cit., pp. 325-326.

*acusadora não reclama nenhum direito. Somente solicita que a justiça estatal aplique o Direito Penal ou, melhor ainda, que cumpra com seu dever de impor penas*¹²².

Ademais, a vinculação do conceito de pretensão à ideia de lide e, assim, à ideia de exigência de um direito material, já nos moldes carneluttianos, também impede que ele seja emprestado, pronto, para o processo penal, no qual, como já dito, a lide não é, necessariamente, o seu conteúdo. Soma-se a isso, o fato de que o Ministério Público, no processo penal, não tem interesse ou direito próprio capaz de ser imposto a alguém. Muito menos quer a condenação a qualquer custo. Aliás, não interessa ao Ministério Público a punição de inocentes. A pretensão, no processo penal, então, deve ser lida não como uma “*pretensão punitiva*”, ou seja, uma exigência contra o réu, mas sim uma pretensão em relação ao juiz, isto é, uma “*pretensão ao acerto do caso*”. Pretender, então, no processo penal, se desvincula de seu sentido formal de exigência do direito, para se ligar apenas à ideia de querer, almejar, ter a intenção de algo. Então, o que o Ministério Público quer quando exercita a ação penal? Ele não quer, como já destacado, exigir do réu uma submissão ao seu interesse ou à uma pena, até porque, sendo o Ministério Público fiscal da lei, não lhe interessa uma submissão a quem não tenha culpa e esta somente será definida após a instrução probatória, ao final do processo.

Diante disso, Aury Lopes Jr., por exemplo, quando discute essa questão fazendo-o a partir do que considera ser o “*objeto do processo*”, afasta a concepção de “*pretensão punitiva*” e sugere que a pretensão seja “*acusatória, isto é o poder de proceder contra alguém*”¹²³. É possível concordar que o Ministério Público, ao exercitar a ação, tem a intenção de proceder contra alguém, mas também é possível dizer que essa intenção vai mais além, ou seja, alcança a intenção de obtenção de uma resposta à imputação fática formulada na petição inicial e imputada ao acusado (seja ela a condenação, absolvição ou desclassificação). Não há uma “*pretensão de proceder*” por proceder. É preciso identificar a ligação com o que esse proceder visa: no caso, o que os italianos costumam chamar de “*accertamento*” do caso penal. E por “*accertamento*” eles compreendem o esforço para eliminar a incerteza objetiva presente no momento do exercício da ação e demonstrar uma possível correspondência entre o fato imputado ao acusado e o que possa ter ocorrido no passado. É nesse sentido a lição de Calamandrei quando critica a ideia carneluttiana de lide como centro do processo:

Para isso veio a doutrina, colocando a finalidade da fase de cognição não na resolução de um litígio, mas na eliminação do estado de incerteza (isto é, como dizem, no accertamento) em que existe uma relação jurídica entre pessoas que não o juiz.

*Esse objetivo de acertar, ou seja, de fixar a regulação jurídica de uma dada relação de maneira não mais controversa, encontra-se invariavelmente em todos os processos de cognição: e a apuração é o efeito essencial de todas as sentenças, ainda que com ela, em certos tipos especiais de sentenças, podem ser cumulados outros efeitos acessórios, cuja verificação é, em todo o caso, a premissa necessária*¹²⁴.

¹²²Tradução livre de trecho em espanhol: “*Puedo coincidir con Schoetensack en que, en el proceso penal, ningún derecho se concede, se ‘otorga’ al acusador. La parte acusadora no reclama ningún derecho, sólo solicita que la justicia estatal aplique el Derecho penal o, más bien que cumpla con su deber de imponer penas*”. In: GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso. III - El Proceso como Situación Jurídica - Una crítica al pensamiento procesal*, (Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, p. 269.

¹²³LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., (...), Ob. Cit., pp. 49-50.

¹²⁴Tradução livre de trecho em italiano: “*A ciò la dottrina è giunta, ponendo lo scopo della fase di cognizione non già nella risoluzione di una lite, ma nella remozione dello stato di incertezza (cioè, come si dice, nell'accertamento) in cui si trova un rapporto giuridico vertente tra persone diverse dal giudice. Questo scopo di accertare, cioè di fissare in modo non più legalmente controvertibile, il regolamento giuridico di un determinato rapporto, si riscontra*

Em sentido aproximado, ainda que criticando a ideia de Calamandrei, Carnelutti indaga e responde: “*Acertamento, o que significa? Eliminação da incerteza. Agora, quando há incerteza? Quando alguém está em dúvida (sobre a existência de uma relação jurídica)*”¹²⁵. Assim, é possível dizer que o “acertamento” é uma aposta na verificação ou falsificação das hipóteses imputadas ao acusado na denúncia¹²⁶. Ainda que não exista uma palavra equivalente em sentido na língua portuguesa¹²⁷, é possível adotar uma tradução literal e emprestar o sentido italiano, para dizer que a pretensão que se tem com o exercício da ação – e que se projeta no processo – é de acertamento do caso penal. Tudo isso demonstra, que a teoria geral unitária realmente apresenta problemas e não merece ser empregada cegamente.

As condições da ação são igualmente reveladoras de como é necessário buscar uma teoria geral para o processo penal que não se organize a partir das categorias do processo civil. No processo civil as condições da ação “clássicas” são frutos da contribuição de Liebman. Elas restaram positivadas no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil de 1973, e se resumiam à “*possibilidade jurídica do pedido*” (lida em seu sentido negativo, isto é, será juridicamente possível tudo o que não for vedado pelo ordenamento jurídico¹²⁸), ao “*interesse de agir*” (necessidade e utilidade do exercício da ação, ou seja, não possibilidade de solução da “lide” de forma extrajudicial) e à “*legitimidade de parte*”, (no novo Código de Processo Civil, de 2015, em seu art. 330, ficaram circunscritas apenas às duas últimas). Já no processo penal incorporar essas condições da ação, com as correspondentes construções conceituais de como se compreende cada uma delas, mais atrapalha do que ajuda. Assim, a doutrina “mais moderna” de processo penal tem sustentado, a partir da leitura às avessas do hoje revogado art. 43, do Código de Processo Penal¹²⁹, que as condições

immancabilmente in tutti i processi di cognizione: e l'accertamento è effetto esesiale di tutte le sentenze, anche se con esso, in certi speciali tipi di sentenze, possono andar cumulati altri effetti accessori, dei quali l'accertamento è in ogni caso la necessaria premessa”. In: CALAMANDREI, P. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti (...), Ob. Cit., pp. 19-20.

¹²⁵Tradução livre de trecho em italiano: “*Accertamento, cosa vuol dire? Eliminazione della incerteza. Or quando si ha incerteza? Quando taluno è in dubbio (intorno alla esistenza di un rapporto giuridico)*”. In: CARNELUTTI, F. Lite e funzione processuale (postilla) (...), Ob. Cit., p. 24.

¹²⁶*In verbis*: “*O sistema de acertamento visa a formação de uma disposição incontroversa, destinada a dirimir a questão relativa à culpa e, se for o caso, sobre a pena a ser executada*”. Tradução nossa. No original, em italiano: “*Il sistema d'accertamento mira alla formazione di un provvedimento incontrovertibile, destinato a risolvere il quesito riguardante la colpevolezza e, se del caso, circa la pena da eseguire*”. In: MANCUSO, E.M. *Il giudicato nel processo penale. Trattato di Procedura Penale, XLI.1*, (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Giuffrè, Milano, 2012, p. 22.

¹²⁷Aproximadamente se poderia falar em “apuração” ou “verificação”.

¹²⁸MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo II*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 521 e ss.

¹²⁹A redação original do art. 43, do Código de Processo Penal estava assim posta: “*Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.*” Do inciso I se extrai a ideia de tipicidade (ou criminosidade) aparente. Do inciso II a ideia de punibilidade concreta. E do inciso III a exigência de legitimidade da parte somada à eventuais condições específicas da ação que possam ser definidas em lei para casos específicos. Na definição das condições da ação, esse artigo se completava com o art. 18 do mesmo Código (ainda vigente), do qual se extraiu o conceito de “justa causa” como quarta condição da ação. Diz o art. 18 na parte que interessa: “*Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia...*”. A “base” probatória mínima exigida para a denúncia é a “justa causa”. Em 2008, o legislador brasileiro revogou o art. 43 e não colocou nada no lugar. Fez mais: criou uma confusão legislativa com a nova redação do art. 395, que até refere à necessidade de se observar as condições da ação, mas não diz quais sejam... A questão, hoje, é resolvida apenas no plano doutrinário e jurisprudencial.

da ação penal seriam: tipicidade (ou criminalidade) aparente, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa¹³⁰.

De resto, o "pedido" é fundamental no processo civil. Sem um pedido preciso, o juiz deve indeferir a petição inicial (art. 330, §1º, I, do CPC). É o pedido que baliza tanto a discussão processual, quanto o exercício da jurisdição. O juiz deve julgar nos limites do pedido formulado na denúncia. Já no processo penal, o pedido em si não muda. Ainda que alguns promotores peçam a "condenação" na petição inicial, o mais indicado é que o Ministério Público peça que o juiz profira uma decisão de mérito, faça o "acertamento" do caso, como já destacado. A condenação do acusado não é um pedido que aqui se exige, até porque, no processo penal, o Ministério Público é, ao mesmo tempo, parte autora e fiscal da lei. E, repita-se: não pretende punir a qualquer custo. Assim, frise-se: não interessa ao Ministério Público que um inocente seja condenado, razão pela qual o pedido mais detalhado deve vir ao final da instrução probatória, em sede de alegações finais, ocasião em que, o Ministério Público pode também pedir a absolvição do acusado. E se, para usar o exemplo de Afrânio, na crítica a Aury, acima destacado, um promotor de Justiça resolver pedir a pena de açoite ou de morte, o juiz, por força de lei, deve ignorar tal pedido e não está a ele vinculado. A correlação no exercício da jurisdição penal não é com o pedido do autor, mas, para usar uma expressão construída no processo civil, com sua "causa de pedir", no caso, aqui, com o fato imputado ao acusado.

8. PROCESSO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Feitas as análises quanto à jurisdição e à ação, passa-se à discussão em torno do processo. No âmbito do processo, como instrumento de verificação do "caso penal", é preciso considerar que o direito penal material somente se realiza através dele. Isso é diferente do que, em regra, costuma ocorrer no direito civil e no processo civil. Quem é proprietário de uma coisa não precisa, necessariamente, do processo para exercer seu direito material de propriedade. O direito civil material não depende do processo para se efetivar. Já a pena prevista no direito penal material somente pode ser aplicada ao final de um processo, pressupondo o exercício da ação e o atuar da jurisdição. É o que se costuma chamar de princípio da necessidade do processo, ou da inafastabilidade ou da indefectibilidade da jurisdição. Mais uma vez cabe observar que a crítica de Afrânio, nesse ponto, ao dizer que o direito penal também é respeitado independentemente do processo, por todos que não matam, não roubam

¹³⁰Essa construção teórica teve início com Fernando N. Bittencourt Fowler (FOWLER, F.N. B. "Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 7, Curitiba, 1977). E ganhou corpo com a contribuição de Antônio Acir Breda (BREDA, A.A. "Efeitos da declaração de nulidade no processo penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, ano 9, nº 9, Curitiba, 1980, pp. 171-189). Depois foi adotada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* [...], Ob. cit., pp. 148-149), seguido de Denilson Feitosa Pacheco (PACHECO, D.F. *Direito Processual Penal: crítica e práxis*. Belo Horizonte: Delta Fenix, 1997). Depois por João Gualberto Garcez Ramos (RAMOS, J.G.G. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, pp. 258 e ss.), e por João Pedro Gebran Neto (GEBRAN NETO, J.P. *Inquérito Policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, Juruá, Curitiba, 2001, p. 41). Ainda, Vladimir Stasiak (STASIAK, V. *As Condições da Ação Penal: perspectiva crítica*, Sérgio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 2004, pp. 181 e ss.), e Marco Aurélio Nunes da Silveira (NUNES DA SILVEIRA, M.A. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 55 e ss.), depois Aury Lopes Júnior (LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 351 e ss.) e Alexandre Morais da Rosa (MORAIS DA ROSA, A. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, 4ª ed., Empório do Direito, Florianópolis, 2017, pp. 643 e ss).

e não estupram, não é uma crítica adequada. O que se quer dizer com necessidade do processo é que a pena prevista na Lei Penal material para quem mata, rouba ou estupra, não pode ser imposta fora do processo.

Outro aspecto que destaca a diferença do processo penal com o civil é que, no processo penal, a presunção de inocência impacta em diferentes campos, a exemplo do que já se disse em torno do ônus da prova, que, no processo penal, é integral de uma das partes (de quem acusa). O réu não tem ônus de provar sua inocência, pois isso é presumido constitucionalmente. Assim, ainda que o art. 156, do Código de Processo Penal diga que *"a prova da alegação incumbirá a quem a fizer"*, essa regra não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não sendo admissível que se imponha ao réu o ônus de provar sua inocência. Portanto, não opera aqui, a possibilidade de distribuição do ônus da prova entre as partes. Assim, a máxima latina *onus probandi alegandi incubit* (o ônus da prova incumbe a quem alega), que também vigora no art. 373, do Código de Processo Civil, aplica-se ao processo civil, mas não ao penal.

Ainda em sede de desdobramento da ideia de presunção de inocência e de seu impacto no processo penal, outras garantias se apresentam ao acusado no processo penal que não necessitam ser observadas no processo civil. Havendo dúvida razoável a respeito da interpretação da prova ou do fato, deve-se favorecer o réu e ele não pode ser constrangido a produzir provas contra si.

No processo penal também não se considera provado um fato pela simples ausência de contestação, como se dá com o processo civil. Costuma-se adotar a mesma palavra *"revelia"* para explicar, tanto no processo civil, quanto no penal, o desatendimento à uma citação ou intimação formalizada, mas, no processo penal, a revelia não produz o efeito de se presumirem verdadeiras as alegações formuladas pelo autor, como o faz o art. 344, do Código de Processo Civil.

É interessante anotar que, no processo penal brasileiro, as redações originais dos arts. 366 e 369, do Código de 1941 referiam expressamente à revelia, seguindo uma tradição que já vinha dos Códigos estaduais¹³¹ e até mesmo do *Code d'instruction criminelle* de Napoleão, de 1808¹³². Dizia o art. 366: *"O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado"*. E a ideia se complementava com a redação do art. 369: *"Ressalvado o disposto no art. 328, o réu, depois de citado, não poderá, sob pena de prosseguir o processo à sua revelia, mudar de residência ou dela ausentar-se, por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade processante o lugar onde passará a ser encontrado"*.

Com a reforma de 1996, a palavra deixou de ser usada para referir às situações que até então eram chamadas de *"revelia"* e elas foram aglutinadas na redação do novo artigo 367, do Código de Processo Penal, que estabelece que o processo seguirá *"sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo"*.

O termo *"revelia"*, portanto, não guarda o mesmo significado no processo civil e no penal e, até no plano das reformas legislativas recentes, vem sendo abandonado. Aliás, é bom que se deixe de adotar o termo no processo penal, em primeiro lugar porque a palavra, em si, etimologicamente, comunica uma situação de *"resistência"*, de *"rebeldia"*, dando a entender que *"revel"* é aquele que não se

¹³¹O Código do Processo Criminal do Estado do Paraná, por exemplo, de 1920, já usava a referência à revelia em seu artigo 75, conforme explica Rodrigo Régner Chemim Guimarães em *"Código do Processo Criminal do Estado do Paraná (Leis nº 1916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2012 de 21 de março de 1921): texto legal e breves apontamentos históricos"*, Ed. Thoth, Londrina, 2021, p. 68.

¹³²No original, em francês: *Article 149 - Si la personne citée ne comparait pas au jour et à l'heure fixés par la citation, elle sera jugée par défaut*. Tradução livre do artigo francês: *"Se a pessoa citada não comparecer no dia e hora fixados pela citação, ela será julgada à revelia"*. In: ANDRADE, M.F., (Organizador). *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*, Jurua, Curitiba, 2008, p. 54.

submete, que não acata ordens. Não faz sentido, num processo penal democrático e orientado pelas garantias da autodefesa (que é renunciável) e da não autoincriminação, considerar a citação e/ou a intimação do acusado como uma "ordem" de comparecer ao processo. Assim, o termo não é o mais adequado para expressar o que se passa no processo penal, dado que o réu não pode ser constrangido a comparecer aos atos processuais. Essa, aliás, foi a posição da Suprema Corte brasileira, em 2018, ao julgar as ADPFs 395 e 444, e considerar não recepcionada a expressão "*para o interrogatório*", constante do art. 260 do Código de Processo Penal, e "*declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*"¹³³. E, em segundo lugar, porque o uso da palavra "revelia" no processo penal, pode comunicar uma leitura equivalente àquela empregada no processo civil, formando na cabeça do juiz uma equivocada ideia de presunção de veracidade dos fatos narrados na denúncia ou na queixa¹³⁴.

Assim, melhor seria se fosse empregada uma palavra diversa da hoje consagrada "revelia". Seria melhor falar em "ausência", pois o réu, ciente da existência do processo, não se apresenta para acompanhar os atos processuais, estando apenas ausente. Assim, "réu ausente" poderia ser adotado, aqui, em substituição à ideia de "réu revel". E, para não confundir com a figura criada com a reforma do art. 366, do Código de Processo Penal, que trata da suspensão do processo na hipótese do acusado não ter sido citado pessoalmente porque não foi localizado, esta situação poderia ser chamada de "réu não localizado"¹³⁵.

A ampla defesa também difere quando se analisa o processo penal em comparação ao processo civil. No processo penal a ampla defesa engloba, necessariamente, oportunidades de autodefesa e de defesa técnica e, no júri, ainda é alargada para se exigir uma defesa técnica completa, que conjugue conhecimento técnico jurídico com a capacidade de oratória e de didática, dado que o diálogo se dará entre um técnico (o advogado) e um grupo de leigos (os jurados). Assegura-se, assim, a garantia da plenitude de defesa no júri. A ampla defesa também exige que o processo seja suspenso, caso o acusado não seja localizado para ser citado pessoalmente. Portanto, também aqui não faz sentido importar a ideia de uma citação ficta, decorrente da não localização do acusado e de seu não comparecimento

¹³³STF. ADPF nº 395 e ADPF nº 444 – Plenário, (Relator ministro Gilmar Mendes, Julgado em: 14 jun. 2018, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>, acesso em: 17 jun. 2022.

¹³⁴É preciso considerar, aqui, a sistemática da carreira na magistratura, que, em seu início, em Comarcas com vara única, exige que o juiz atue, simultaneamente, em processos civis e criminais. Ademais, ao longo da carreira, possibilita-se a promoção ou remoção do mesmo magistrado, de uma vara cível para outra criminal. E, ainda, é de se considerar que possa um juiz que estava, por exemplo, há anos atuando numa vara cível em primeiro grau, ter sido promovido a desembargador e, agora, venha a atuar numa câmara criminal em segundo grau de jurisdição. Nesses casos todos, a possibilidade de a influência das categorias do processo civil operarem no modo de pensar desse julgador quando está julgando casos criminais é algo a ser considerado. Daí porque, melhor seria não falar em "revelia" no processo penal, mas sim, em "ausência".

¹³⁵Vale anotar que a doutrina vem empregando o termo "réu ausente" para essa situação do art. 366, do CPP, fazendo uma distinção, justamente, com o "réu revel". Porém, o termo "ausência" é melhor empregado como substituto do termo "revelia", devendo ser adotada nova terminologia para o réu não localizado para ser citado. São temas diferentes: uma coisa é o réu ter ciência de que existe um processo contra si e não querer acompanhar os atos processuais (réu ausente); outra, é ele não ter sido localizado para ser citado e, assim, ignorar a existência do processo (réu não localizado). Na primeira situação a consequência é que o juiz não mais se preocupará em intimá-los dos demais atos processuais (sem que isso impeça o réu de, querendo, novamente se fazer presente nos demais atos). Na segunda situação a consequência é a suspensão do trâmite processual até que o réu seja localizado e informado da existência do processo contra si.

após citação por edital. Aliás, falar em "citação por edital" deveria representar tão somente uma forma de se tentar citar o acusado e não uma efetivação da citação pela inércia do acusado, dado que é muito improvável que ele fique sabendo da existência do processo através de um edital afixado na porta do Fórum.

E no plano das medidas cautelares pessoais também é imperioso promover uma distinção com o processo civil. No contexto civilista se costuma apontar que as medidas cautelares visam acautelar o processo. Humberto Theodoro Júnior, seguindo a posição de Carnelutti¹³⁶, bem esclarece a visão do processo cautelar no processo civil:

Trata-se de processo contencioso, como o de cognição e o de execução, pois seu pressuposto é também a lide. Mas ao invés de preocupar-se com a tutela do direito (composição da lide) – função principal da jurisdição –, o processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.

A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição¹³⁷.

Assim, nessa linha, somente fazem sentido as medidas cautelares que, de alguma forma, se relacionam com a tramitação processual propriamente dita.

Aury Lopes Jr. vê essa construção civilista como capaz de orientar também o processo penal, trabalhando, aqui, à luz da teoria geral do processo (não obstante ele seja defensor de uma teoria geral própria para o processo penal). Para Aury, portanto, a prisão em flagrante não seria uma "medida cautelar", já que ela "não está dirigida a garantir o resultado final do processo"¹³⁸. Seguindo esse raciocínio, para Aury somente as modalidades de prisão preventiva, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro, que se prestem a "servir ao processo de conhecimento", tal como se fosse um "instrumento a serviço do instrumento processo", é que seriam legítimas¹³⁹. Assim, ele considera que as prisões para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica, seriam indevidas, não apenas pela vagueza conceitual¹⁴⁰, mas pelo fato de que não se relacionam com o resultado do processo e sim com a proteção da vítima e com o interesse social de evitar reiteração de comportamentos delitivos.

Como se vê, ele raciocina o processo penal a partir de uma categoria pensada para a realidade do processo civil. Ainda que não diga, acaba sendo adepto de uma teoria geral unitária nesse ponto. Sucede que não é possível pensar o processo penal como exclusivamente um fim em si mesmo. E, até mesmo na doutrina de processo civil, é possível enxergar fins diversos do acautelamento do processo principal, como se vê nos processos cautelares que visam proteger as pessoas, a exemplo do afastamento cautelar do lar conjugal, da guarda provisória de crianças ou adolescentes, da regulamentação de visitas e dos alimentos provisionais. Como

¹³⁶CARNELUTTI, F. *Diritto e Processo*, Morano Editore, Napoli, 1958, pp. 353 e ss,

¹³⁷THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar*, 2ª ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1976, pp. 41-42.

¹³⁸LOPES JR., A. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, p. 214.

¹³⁹LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 20ª ed., (...) Ob. Cit., p. 774.

¹⁴⁰A esse respeito já escrevemos que a expressão "ordem pública" é muito vaga e mereceria ser substituída pela ideia de reiteração de comportamento delitivo, que é o conteúdo interpretativo predominantemente aceito na jurisprudência. Enquanto isso não for feito no plano legislativo, vale a exigência de interpretação restritiva para não se admitir argumentos vazios de sentido na decretação de uma prisão cautelar. Para compreensão da necessidade de se ter regra nestes termos, vide: CHEMIM GUIMARÃES, R.R. *Crônica de estupros e mortes anunciadas e a tese de que a prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional*, (...) Ob. Cit.

destaca Humberto Theodoro Júnior, “quanto às medidas cautelares sobre pessoas, o perigo que se intenta evitar refere-se à própria pessoa, dizendo respeito à sua segurança e tranquilidade”¹⁴¹. Os interesses sociais e das vítimas devem igualmente ser considerados no âmbito do processo penal, à luz de um dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito: a proibição de proteção insuficiente.

Em decorrência das inúmeras situações evidenciadas no cotidiano dos processos criminais, é necessário compreender que as vítimas de crimes nem sempre podem ficar aguardando o trânsito em julgado de futura condenação, que normalmente leva anos para se verificar dada a generosa quantidade de recursos previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para, só então, serem efetivamente protegidas com a prisão-pena de seu agressor. Em determinados casos, é muito provável que as vítimas não estejam mais vivas quando se der o trânsito em julgado. E elas não podem ficar à mercê do acusado que responde o processo em liberdade e se aproveite disso para ainda ameaçá-las, externalizando a vontade de seguir praticando crimes contra elas. O Estado não pode dar às costas às vítimas de crimes, desprotegendo-as a tal ponto que a própria notícia do delito dada pela vítima passe a ser um fator de risco de sua própria vida (como é comum de observar em casos de violência doméstica ou em crimes de natureza sexual).

Em que pese soe como “heresia” aos ouvidos de alguns doutrinados, a segurança pública é um direito fundamental previsto no “*caput*” do artigo 5º, da Constituição Federal (no sentido individual) e no “*caput*” do art. 6º, da mesma Constituição (no sentido coletivo). E o direito penal e o processo penal são instrumentos que o Estado possui também para essa finalidade de assegurar o direito à segurança pública. Do contrário deixa de fazer sentido dizer que matar alguém, estuprar alguém e roubar alguém, por exemplo, sejam crimes e que o Estado possa processar criminalmente alguém e puni-lo. Deixa de fazer sentido pensar em punir como forma de prevenção geral. Processo sem direito penal é um ritual para o nada. Não é possível pensar as funções da pena e do direito penal dissociadas do processo e vice-versa. Há, como já referido por Figueiredo Dias, uma relação mútua de complementaridade entre ambos. Daí porque a categoria civilista de uma medida cautelar que vise apenas garantir o resultado do processo, não serve para o processo penal. Porque, aqui, para além de se poder pensar uma medida cautelar com esse propósito, é imprescindível que se pense, também, em medidas que visem acautelar os direitos das vítimas, evitando a revitimização que se dá, por exemplo, quando existem elementos concretos capazes de aferir, com ampla probabilidade, que o acusado em liberdade tenda a reiterar o comportamento delitivo¹⁴².

¹⁴¹THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar (...)*, Ob. Cit., p. 47.

¹⁴²Nesse ponto, Aury chega a ser irônico ao dizer que o risco de reiteração de delitos seria “*um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal)*” (LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 20ª ed., [...] Ob. Cit., p. 780). Essa afirmação, para além de uma ironia despicienda, é falaciosa, bastando estar atento ao cotidiano do que se noticia de casos nos quais o acusado – presumidamente inocente e tecnicamente primário – mesmo após sua prisão em flagrante, anuncia, de público ou ao juiz, que ao ser solto seguirá matando, roubando ou estuprando. Ou, ainda, dos milhares de casos nos quais o histórico de reiteração de comportamento delitivo denota que, em liberdade, o acusado encontra os mesmos estímulos que o levaram a delinquir para seguir praticando crimes. Para ilustrar um pouco, é interessante lembrar alguns casos famosos que se deram nos últimos tempos. O caso do atirador de Oslo, na Noruega, em 22 de julho de 2011, é bem elucidativo do problema e, não obstante tenha ocorrido na Noruega, poderia, facilmente, ter ocorrido no Brasil. O ultradireitista Anders Behring Breivik, após elaborar um plano de extermínio de um grupo de pessoas por razões ideológicas, e publicar um “*manifesto*” de 1.500 páginas detalhando sua ideologia anti-muçulmana, deu início ao seu intento homicida. Deixou uma caminhonete com quase uma tonelada de explosivos em frente à torre de 17 andares que abrigava o escritório do primeiro-ministro da Noruega e explodiu o prédio, matando oito pessoas e deixando dezenas de feridos. Em seguida, disfarçado de policial e munido de um fuzil e uma pistola, dirigiu-se à ilha de Utoeya, na qual estava ocorrendo um encontro de jovens adolescentes da “*juventude trabalhista*”, e, ao longo de 72 minutos de ação e disparando mais de 180 vezes, matou outras 69 pessoas, totalizando 77 mortos. No curso dessa ação, por duas vezes ele

ligou para a polícia dizendo que já tinha cessado sua missão e que queria se entregar. Porém, logo em seguida a essas ligações, seguiu matando mais pessoas. Só cessou sua sanha homicida quando foi preso em flagrante. Pois, mesmo preso, seguiu dizendo que precisaria terminar o que começou, explicando que seu objetivo era matar todos os integrantes do governo norueguês e todas as 564 pessoas que estavam na ilha e não “apenas” as 69 lá vitimadas. No Brasil, um dos casos mais marcantes quanto à ampla probabilidade de reiteração de comportamento delitivo, foi o famoso caso do “*maníaco do Parque*”, em 1998. Ele estuprou e matou diversas mulheres e foi condenado pela morte de 11 delas. Algumas conseguiram escapar da morte e o reconheceram. Depois de preso, confessou a morte de nove delas e, quando indagado como matava as pessoas, disse: “*Com o cadarço dos sapatos ou com uma cordinha que às vezes eu levava na pochete (...) Eu tenho um lado ruim dentro de mim. É uma coisa feia, perversa, que eu não consigo controlar. Tenho pesadelos, sonho com coisas terríveis. Acordo todo suado*”. Outro caso cristalino: em dezembro de 2008 foi divulgado um vídeo no qual o acusado estava sendo interrogado durante um júri, pelo juiz no Fórum de Limeira, interior de São Paulo, e disse ser integrante do PCC, tendo ameaçado todos que estavam na audiência: da vítima, ao promotor, chegando ao juiz e aos jurados. Em 2014, Francisco das Chagas, no caso conhecido como “*Caso dos meninos emasculados*”, foi condenado pela morte de três crianças. Ele foi acusado de ter matado e mutilado 42 meninos entre os anos de 1989 e 2004, somente cessando seus crimes quando foi preso. Soma-se a esses, o caso de Pedro Rodrigues Filho, conhecido por “*Pedrinho Matador*”, que revelou ter iniciado sua vida de homicida ainda aos 13 anos de idade. Chegou a ser condenado pela morte de 71 pessoas, mas confessava orgulhoso que teriam sido mais de cem as suas vítimas, inclusive o próprio pai, quando já cumpria pena. Outro caso famoso é o do “*maníaco da corrente*”. Nos anos 1990 ele foi preso e condenado por matar cinco prostitutas e travestis estranguladas com correntes. Foragido do sistema matou seis outras pessoas e tentou matar outras duas. Em 2008 foi preso novamente. Outro caso que ganhou notoriedade, mais recente, é de 2021, envolvendo um sujeito que, no Paraná e em Santa Catarina, por razões homofóbicas, matou três pessoas. A quarta vítima conseguiu fugir, tão logo ouviu de seu algoz: “*Eu sou o serial killer da TV. Eu sou como o Coringa, eu gosto de matar*”. Nesse mesmo ano de 2021, outro caso de repercussão foi o de Lázaro Barbosa. Ele ficou muito conhecido pela mobilização da polícia – acompanhada pela mídia – que promoveu uma verdadeira “caçada” na tentativa de prendê-lo. Ele já tinha histórico de crimes sexuais e após a chacina de três pessoas de uma mesma família, sequestrou a mulher dessa mesma família, estuprou-a, cortou-lhe a orelha ainda viva e depois a matou. Em seguida empreendeu fuga e, nesse contexto, roubou um veículo, incendiou-o, atirou em quatro pessoas, incendiou uma casa, e obrigou um refém a se drogar. Só cessou sua sequência de delitos quando foi morto em confronto com a polícia. Casos assim abundam Brasil afora. E olha que nem chegamos no contexto dos inúmeros casos de integrantes de notórias organizações criminosas, de estilo aproximado ao mafioso, que fazem do crime, inclusive do crime violento, sua rotina (em Curitiba, por exemplo, com dados oficiais colhidos na DHPP, 78% dos homicídios são relacionados ao tráfico de drogas). Enfim, exemplos de casos concretos não faltam. Em todos esses casos o ponto em comum é que antes de serem presos eram todos tecnicamente primários e inocentes no sentido técnico de não ter contra eles uma sentença condenatória transitada em julgado. Teria sido adequado deixá-los todos responder aos processos em liberdade? Seria “*impossível*” prever que, uma vez soltos, dariam sequência aos estupros, homicídios e feminicídios anunciados? São perguntas retóricas, claro. Desconsiderar esses abundantes elementos concretos evidenciados em inúmeros casos no dia a dia para lançar a falácia de que seria “*absolutamente impossível*” fazer um “*diagnóstico*” que antecipe a ampla probabilidade de reiteração delitiva, é atuar como uma espécie de “*Pilatos jurídico*”, parafraseando a expressão adotada por Nilo Barros de Brum (DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 82). E dizer que evitar a reiteração de comportamentos delitivos seria uma “*função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal*” (LOPES JR., A. [...] Ob. Cit., p. 780) é desconsiderar que a polícia não é onipresente, não tem – nunca teve e nunca terá – estrutura suficiente para policiar preventivamente todas as inúmeras vítimas de crimes que se encontrem em potencial risco de serem alcançadas, além de desconsiderar o papel complementar do sistema de justiça criminal, no caso, através do processo penal e operando à luz da prisão preventiva como *garantia* dos *direitos* fundamentais à segurança pública, à vida e à propriedade, nos termos do art. 5º, *caput* e incisos LXI e LXVI. De resto, não se trata de discutir se o sujeito cometeria realmente o delito amanhã ou depois (até porque, assim como referia David Hume, ainda que seja impossível ter a certeza de que o sol nascerá amanhã, a probabilidade dele seguir nascendo amanhã é elevadíssima...), mas de levar em conta as

Se a ideia de que a medida cautelar somente possa ser adotada quando for para acautelar o próprio processo, todas as medidas cautelares protetivas da mulher nos casos de violência doméstica¹⁴³ seriam igualmente indevidas. Assim como seriam indevidas, também, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal¹⁴⁴.

Por fim, no caso do flagrante, é evidente a sua necessidade para acautelar a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, enfim, os bens jurídicos cujo titular é a vítima e que estão sendo violados no "calor" do momento.

Todas essas diferenças de estrutura na compreensão da jurisdição, da ação e do processo, revelam que é melhor pensar o processo penal a partir dele mesmo e não simplesmente importando categorias pensadas para o processo civil. É nesse sentido que falar numa teoria geral para o processo penal é adequado.

No entanto, é preciso considerar que essa necessidade de ter um olhar do processo penal para pensar sua teoria geral, não significa dizer que se deva, necessariamente, abandonar toda e qualquer construção teórica vinda do processo civil. E não significa que se deva ficar inventando categorias que não façam sentido no processo penal apenas para seguir a trilha de uma teoria geral autônoma para o

circunstâncias do caso concreto já conhecidas e que permitem antever, com ampla margem de probabilidade, que essa reiteração delitiva possa acontecer. Os milhares de casos de violência doméstica cotidianos também servem para ilustrar e compreender como não é difícil antever que um reiterado agressor possa chegar no feminicídio caso não seja cautelarmente contido. Ciente disso, o Estado deve agir para proteger a vítima. A inércia estatal, aqui, revela a violação da proibição de proteção insuficiente. Assim, para evitar que aconteçam novos crimes anunciados é que se toma a medida cautelar da prisão preventiva no curso de um processo concreto. Ela, como o nome diz, visa prevenir, isto é, antecipar o que possa acontecer de modo que se evite o delito que se desenha pelo histórico e pelo comportamento externalizado e já documentado nos autos.

¹⁴³Art. 22 – Lei nº 11.340/2006: *Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.*

¹⁴⁴Art. 319 - Código de Processo Penal: *São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.*

processo penal. É preciso, pois, cuidado para não cair em armadilhas de se pensar uma categoria nova, apenas para diferenciá-la do processo civil.

9. CONCLUSÕES

Considerando o que se expôs ao longo do texto e visando retomar as perguntas iniciais no intuito de explorar em quais campos de discussão no âmbito da jurisdição, da ação e do processo, é interessante seguir diferenciando o processo penal do civil e em quais temas a novidade teórica pode representar mais do que um avanço, um prejuízo hermenêutico e de política criminal, é possível elencar algumas conclusões a respeito de como se deve pensar a construção de uma teoria geral para o processo penal. São elas:

Primeira conclusão: Ainda que a discussão sobre a adoção de uma teoria geral específica para o processo penal seja controversa, trata-se de tema urgente que merece ser enfrentado, pois existem diferenças fundamentais nos objetos, em estruturas e em alguns fundamentos entre os processos penal e civil.

Segunda conclusão: Mesmo que seja defensável a criação de uma teoria geral para o processo penal, certos fundamentos filosóficos podem ser aplicáveis a ambos os ramos processuais, o que implica em dizer que nem tudo que vem do processo civil deva ser, necessariamente, abandonado no processo penal.

Terceira conclusão: No processo penal brasileiro, fundado na ideia do Estado Democrático de Direito, que se organiza pela dupla funcionalidade de proibição de excessos e de proibição de proteção insuficiente, o exercício da jurisdição deve equilibrar a presunção de inocência do acusado e a proteção das vítimas de crimes.

Quarta conclusão: Levando em conta o princípio da igualdade no exercício do poder, a ação penal deve ser lida não como um mero direito facultativo, mas como um poder-dever exercido pelo Ministério Público, exigindo elementos de convicção preliminares, já que a pretensão penal busca a aplicação correta do direito penal e não a condenação a qualquer custo.

Quinta conclusão: A pretensão, no processo penal deve ser lida não como uma "pretensão punitiva", ou seja, uma exigência contra o réu, mas sim uma pretensão em relação ao juiz, isto é, uma "pretensão ao acerto do caso". Essa pretensão ao acerto visa promover o esforço para eliminar a incerteza objetiva presente no momento do exercício da ação e demonstrar uma possível correspondência entre o fato imputado ao acusado e o que possa ter ocorrido no passado.

Sexta conclusão: O direito penal material, que prevê penas para as condutas que seleciona como crimes, depende de uma sentença penal condenatória transitada em julgado no curso de um devido processo legal para se realizar, ao contrário do direito civil material que pode ser exercitado independentemente de um processo.

Sétima conclusão: A presunção de inocência no processo penal coloca o ônus da prova sobre quem acusa, não sobre o réu, sendo inadequado o transporte do brocardo "ônus probandi alegandi incubit" que orienta a distribuição equitativa da carga probatória no processo civil.

Oitava conclusão: A revelia no processo penal não implica na presunção de veracidade das alegações como ocorre no processo civil. Assim, o termo "revelia" deve ser substituído por "ausência" no processo penal, para evitar o tratamento civilista e a má-compreensão das consequências que da ausência do réu advém no processo penal.

Nona conclusão: A ampla defesa no processo penal inclui a autodefesa e a defesa técnica, o que a torna mais ampla do que a defesa empregada no processo civil.

Décima conclusão: As medidas cautelares pessoais no processo penal não devem ser pensadas a partir da visão reducionista própria do processo civil, de considerá-las apenas uma forma de acautelamento do processo em si. Elas devem ser pensadas também como necessárias para a proteção das vítimas de crimes no curso do processo penal.

10. REFERÊNCIAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. & LEVENE HIJO, R. *Derecho Procesal Penal - Volume 1*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.
- ANDRADE, M. F. (Organizador). *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*, Juruá Curitiba, 2008.
- BADARÓ, G.H. *Direito Processual Penal - Tomo 1*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.
- BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- BINDING, K. *Die Normen und Ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872.
- BONFIN, E.M. *Curso de Processo Penal*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- BREDA, A.A. "Sugestões ao novo Código de Processo Penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 04, Curitiba, 1974.
- BREDA, A.A. "Efeitos da declaração de nulidade no processo penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, ano 9, nº 9, Curitiba, 1980.
- DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BUZUID, A. "Da Lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980)", Estudos e pareceres de direito processual civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002.
- CALAMANDREI, P. "Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti", *Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, Cedam, Padova, 1928.
- CALAMANDREI, P. "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, 1966.
- CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000.
- CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1, Cedam, Padova, 1926.
- CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione*, Cedam, Padova, 1926.
- CARNELUTTI, F. "Lite e funzione processuale (postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928.
- CARNELUTTI, F. "Sulla 'reformatio in peius'", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1927.
- CARNELUTTI, F. "La nozione di lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.
- CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.
- CARNELUTTI, F. *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Soc. Ed. del "Foro Italiano", Roma, 1956.
- CARNELUTTI, F. *Diritto e Processo*, Morano, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI, F. *Lições Sobre o Processo Penal - Vol. 1*, (Tradução de Francisco José Galvão Bruno), Bookseller, Campinas, 2004.
- CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Vol. 1*, (Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo), Libreria "El Foro", Buenos Aires, 2002.
- CARNELUTTI, F. "Cenerentola", *Rivista di diritto processuale*, Vol. 1, Parte 1, Cedam, Padova, 1946.
- CHEMIM GUIMARÃES, R.R. "Crônica de Estupros e Mortes Anunciadas e a Tese de que a 'Prisão Preventiva para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional'", *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 4, nº 7, Curitiba, dez. 2017.
- CHEMIM GUIMARÃES, R.R. "Código do Processo Criminal do Estado do Paraná (Leis nº 1916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2012 de 21 de março de 1921): texto legal e breves apontamentos históricos", In: RIBEIRO, D.G. & ANDRADE, M.F., (organizadores). *Coleção Códigos Estaduais*, Ed. Thoth, Londrina, 2021.

- CHIOVENDA, G. *A Ação no Sistema dos Direitos*, (Tradução de Hiltomar Martins Oliveira), Líder, Belo Horizonte, 2003.
- DE ARAÚJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- CORDERO, F. *Procedura Penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Juruá, Curitiba, 1989.
- DA GAMA MALCHER, J.L. *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- D'AGOSTINO, G. *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Tip. ed. Moderna Bevilacqua, Nicastro, 1920.
- DA COSTA TOURINHO FILHO, F. *Processo Penal – Vol. 1*, 33ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- DA ROSA, A.M. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2013.
- DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- DE CARVALHO, D.E. *Curso de Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- DE FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
- DIANA, A. *L'unità del processo e della dottrina processuale*, Stab, Arti Grafiche Lazzari, Siena, 1914.
- DIDIER JR., F. "Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual e Direito Processual: aproximações e distinções necessárias", In: ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013.
- ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro – Vol. 1*, 6ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.
- FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto Processuale - Settima Edizione*, CEDAM, Padova, 1994.
- FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, (Tradução para o espanhol de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (Tradução do italiano para o espanhol de L. Pietro Castro), Bosch, Barcelona, 1934.
- FOWLER, F.N.B. "Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 7, Curitiba, 1977.
- FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. 1*, Forense, Rio de Janeiro, 1958.
- FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal – Vol. 1*, 2ª ed., Millenium, Campinas, 2000.
- GEBRAN NETO, J.P. *Inquérito Policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, Juruá, Curitiba, 2001.
- GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El Proceso como Situación Jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, (Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015.
- GOMES, F.L. "Teoria unitária e dualista do direito processual", In: *Teoria Geral do Processo Civil*, Lejur, Porto Alegre, 1983.
- GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- GRINOVER, A.P. "O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil", *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981.
- GRINOVER, A.P. "Comentário", *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf>, acesso em: 23 mai. 2022.

- INVREA, F. "La servitù del giudicato", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1930.
- INVREA, F. "Il torto e l'azione", *Rivista del diritto commerciale*, Fasc. 3-4, Parte I, Vallardi, Milano, 1930.
- INVREA, F. "La sentenza e le azioni nel processo penale", *Rivista Penale*, Libreria del Littorio, Roma, 1931.
- JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- JARDIM, A.S. "Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 04 jul. 2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>, acesso em: 23 mai. 2022.
- LACERDA, G. "Considerações Sobre a Reforma Processual", *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.
- LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal - um tema de teoria geral do processo", *Revista Justitia*, vol. 70, São Paulo, 1970.
- LEITE, L.M. "A Teoria Geral e o Processo Penal", *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 3, nº 01, Taubaté, 1979.
- LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito", *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1947.
- LIMA, M.P. *Curso de Processo Penal – Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002.
- LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007.
- LOPES JR., A. *Direito Processual Penal - 20ª ed.*, Saraiva, São Paulo, 2023.
- LOPES JR., A. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004.
- LOPES JR., A. "Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 27 jun. 2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>, acesso em: 23 mai. 2022.
- LOPES JR., A; JARDIM, A.S. & GRINOVER, A.P. "Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini", disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf>, acesso em: 23 mai. 2022.
- MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*, 28ª ed., (atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha), Saraiva, São Paulo, 2002.
- MANCUSO, E.M. *Il giudicato nel processo penale - Trattato di Procedura Penale, XLI.1*, (diretto da UBERTIS, Giulio e VOENA, Giovanni Paolo), Giuffrè, Milano, 2012.
- MARCÃO, R. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016.
- MESSA, A.F. *Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.
- MIRABETE, J.F. *Processo Penal*, 16ª ed., Atlas, São Paulo, 2004.
- MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo II*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal*, JusPodivm, São Paulo, 2021.
- MUCCIO, H. *Curso de Processo Penal – Vol. 1*, Edipro, Bauru, 2000.
- NICOLITT, A. *Manual de Processo Penal*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- NUNES DA SILVEIRA, M.A. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2005.
- PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética da incerteza", *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, v. 183, Brasília, 2009.
- PACHECO, D.F. *Direito Processual Penal: crítica e práxis*, Delta Fenix, Belo Horizonte, 1997.
- PAOLI, G. "La nozione di lite nel processo penale", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.

- RAMOS, J.G.G. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998.
- RENDE, D. "L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale", *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia.*, vol. I, Società ed. Libreria, Milano, 1921.
- SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'", *Estudos de Direito Processual Penal*, Progresso, Salvador, 1957.
- STASIAK, V. *As Condições da Ação Penal: perspectiva crítica*, Sérgio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 2004.
- STF. *ADPF nº 395 e ADPF nº 444* – Plenário (Relator ministro Gilmar Mendes, Julgada em: 14 jun. 2018), disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>, acesso em: 17 jun. 2022.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar*, 2ª ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1976.
- TORNAGHI, H. *Instituições de Processo Penal – Vol. I*, Forense, Rio de Janeiro, 1959.
- TORNAGHI, H. *A Relação Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1987.
- TUCCI, R.L. *Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*, Cejup, Belém, 1984.
- TUCCI, R.L. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L. (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013.
- WINDSCHEIDT, B. & MÜTHER, T. *Polémica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Bbanzhaf), Ed. Juridicas Europa-america, Buenos Aires, 1974.
- XAVIER DE ALBUQUERQUE, F.M. "Conceito de Mérito no Direito Processual Penal", *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, Rio de Janeiro, 1962.