



O PROCESSO PENAL NA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO*

Adilson de Oliveira Nascimento**

Resumo:

O presente artigo visa buscar uma adequação do Processo ao novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito, perquirindo sobre a sua natureza jurídica. As várias teorias que historicamente se debruçaram sobre a questão são elencadas e resumidas, inicialmente com o estudo da fase privatística, o processo concebido como contrato ou quase-contrato. Na fase publicista, é evidenciada a autonomia do processo do direito material, com a relação jurídica triangular descrita por Bülow, que no direito tupiniquim mereceu moderna teorização através da Escola Instrumentalista. A teoria do processo como situação jurídica, de Goldschmidt, e do processo como instituição, de Guasp, adotada inicialmente por Couture, antecede estudos mais recentes da ciência processual, em que Fazzalari distingue processo de procedimento. Com o advento da teoria constitucionalista do processo, de Andolina e Vignera e a teoria neo-institucionalista de Rosemiro Pereira Leal, complementada na seara penal com o garantismo de Ferrajoli, procura-se demonstrar a nascente do Processo na Carta Magna..

Palavras-chave: Processo Penal. Democracia. Teoria Constitucionalista. Teoria Neo-institucionalista.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O Estado Democrático de Direito como paradigma da ciência Jurídica – 3. O processo privatístico: contrato ou quase-contrato – 4. O processo como relação jurídica – 5. A Escola Instrumentalista do processo como relação jurídica – 6. O processo como situação jurídica – 7. O processo como instituição – 8. O processo como procedimento em contraditório – 9. Teoria constitucionalista do processo – 10. A Teoria do Garantismo e sua aplicação ao processo penal – 11. Conclusão – 12. Abstract – 13. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A perquirição acerca da natureza jurídica do processo, apesar de debatida historicamente pelos juristas, é objeto de polêmica até os dias de hoje. Sua importância é patente, visto que a concepção adotada direciona o modo-de-ser da ciência processual. Como anota COUTURE¹, o estudo da natureza jurídica do processo consiste em determinar se esse fenômeno faz parte de alguma das figuras conhecidas do direito ou se constitui, por si só, uma categoria especial.

No texto que ora se inicia, procede-se à avaliação de tais concepções, buscando a que melhor se ajuste ao paradigma do Estado Democrático de Direito, não sem antes procurar estabelecer em que bases se assentaria tal premissa como forma de superação do ideário jurídico do Estado de Bem Estar Social.

*Artigo premiado com *menção honrosa* no concurso *melhores artigos jurídicos*, promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, ano 2001.

** Promotor de Justiça de Minas Gerais. Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC/MG. Professor da PUC/MG.

¹COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 88.



Registra-se, que permeia todo o trabalho, a adoção de uma teoria geral e unitária do Processo, razão pela qual, embora o assunto específico seja afeto ao processo penal, não se prescinde da utilização de conceitos oriundos da processualística civil, quando correlatos ao tema tratado².

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PARADIGMA DA CIÊNCIA JURÍDICA

HABERMAS³ procura, em sua teoria discursiva do Estado Democrático de Direito, apresentar contornos nítidos desta tipologia. Concebe o mencionado autor uma idéia de autolegislação cidadã, para a qual os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito, desvinculada da autolegislação moral de pessoas singulares. Para tanto, HABERMAS elabora um princípio de discurso, que deve assumir, pela via da institucionalização jurídica, um princípio da democracia, passando a conferir força legitimadora ao processo de normatização⁴.

MOREIRA, em estudo conexo ao tema, assevera:

*O Direito é, ao mesmo tempo, criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos membros de uma dada comunidade jurídica. O processo legislativo vem a ser a instância que se constitui como síntese entre os direitos que cada cidadão tem de se atribuir e à sua autonomia política. Em uma palavra, através desse princípio do discurso, neutro do ponto de vista normativo, Habermas poderá fundamentar o Direito de modo a estabilizar a tensão entre autonomia privada e pública através do procedimento legislativo.*⁵

Portanto, para Habermas, em uma democracia a legitimidade das leis e normas é garantida por processos de validação discursiva, somente podendo ser assegurada no interior de processos argumentativos, que obedeçam ao princípio D (princípio Discursivo), compreendido, não como as práticas usuais nos parlamentos, na elaboração das Constituições, mas como processos argumentativos livres de coação, acessíveis a todos os afetados/interessados, tendo como princípio norteador *boas razões*, ou seja, razões convincentes que obtenham a aceitação de todos, com base no entendimento mútuo, contextualiza DIX SILVA⁶.

Observa-se, pois, que, na teoria discursiva Habermasiana, o cidadão passa a ter outro *status*, inatingível no Estado Social de Direito: de uma posição filial, como receptor de benesses estatais, ele passa para uma posição ativa, atuante e participativa do processo político.

O Constituinte de 1988 fez inserir, no preâmbulo da Carta Magna brasileira e no seu Art. 1º, a constituição da República em Estado Democrático de Direito. A recepção a respeito da abrangência de tal conceito foi conservadora, na medida em que, imiscuída em idéias

²Embora debatida anteriormente, na atualidade, a grande maioria dos processualistas não impõe obstáculos à adoção de uma teoria geral e unitária que abranja o processo civil e o processo penal. Neste sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117-122.

³HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 163 e ss. *Apud*. SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 45-47.

⁴HABERMAS, Jürgen. *Op cit.*, p. 157-158.

⁵MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 157.

⁶SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000, p. 45-47.

liberais, como sói acontecer quando se apresenta um novo paradigma.

Não obstante, concebe a idéia de um novo modelo de forma estatal: o Estado Democrático de Direito. Nele, reúnem-se os princípios do Estado de Direito e os postulados da democracia, não a partir de uma visão formal da mera união de seus respectivos elementos, mas a partir da idéia de superação, na medida em que o Estado Democrático de Direito incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Com tal conceito novo, a Constituição está proclamando e fundando o Estado Democrático de Direito, declara SILVA⁷.

Observa-se, que o preâmbulo constitucional fala em *instituição de um Estado Democrático de Direito*. Se tal Estado deve ser instituído, é porque seus princípios são diferentes dos adotados em formas anteriores. Embora não faça parte da Constituição, ausente sua força coercitiva, é inegável que o preâmbulo auxilia a interpretação do texto, não sendo, pois, ato jurídico irrelevante, afirma BASTOS⁸. Ele tem, pois, força para definir o tipo de sociedade e em que bases os legisladores desejam que ela seja firmada. Sendo tais princípios acolhidos pelo texto, eles passam a ter força constitucional e, portanto, a serem de obediência obrigatória a todos os cidadãos, ressalta SYLLA⁹.

A Carta Magna de 1988 rompeu com todos os modelos de Estado, até então existentes, e criou um novo paradigma para os operadores do Direito: o Estado Democrático de Direito, procurando, pois, distanciar-se da concepção liberal e de seu aperfeiçoamento pela atuação social estatal, negando-as, por meio da busca de superação ideológica e paradigmática.

A crise do Estado Social leva à crise do Direito. Cada modelo de Estado açambarca um modelo de Direito para satisfazer as políticas a que se propõe, e não seria diferente no *Welfare State*. Muitos autores, das mais diversas perspectivas teóricas e ideológicas, compartilham o sentimento de esgotamento das potencialidades do Direito nos Estados intervencionistas, pela impotência da pretensão totalizante do direito estatal e pelo exaurimento das virtudes do processo reformador, planejador e redistribuidor de recursos a que se propunha, assevera CAMPILONGO¹⁰.

Assim, a tão comentada e reconhecida crise do Estado Social leva o constituinte brasileiro à elaboração de um novo paradigma, entendido este, na lição de HABERMAS¹¹, como a imagem ou a idéia implícita que determinada sociedade faz de si mesma, o que fornece uma perspectiva da prática legislativa e da prática de aplicação do direito em determinado momento histórico, orientando, assim, o projeto de realização de uma associação de cidadãos livres e iguais. Isto, porque um paradigma é estabelecido apenas em períodos de revolução, surgindo, tipicamente, em resposta à acumulação de anomalias e dificuldades, que não podem

⁷SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 113.

⁸BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 409.

⁹SYLLA, Antonio Roberto. *O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal*. in *Direito penal e constituição*. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro & LIBERATI, Wilson Donizet (coordenadores). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

¹⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 56.

¹¹HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Pres, 1996, p. 176. *Apud* GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 79.

ser resolvidas no paradigma vigente, afirma NASSIF¹².

Faz-se, pois, necessária uma reestruturação ou releitura, sob a luz do novo paradigma e com novos meios de reflexão epistemológica, de tudo aquilo considerado e assentado no paradigma anterior, repensando a realidade a partir de novos pontos de reflexão, como forma de questionar as bases desta mesma realidade, sugere MARINHO¹³.

Neste diapasão, deve-se aferir a idéia de processo que melhor se adapte, epistemologicamente, conforme visão de LEAL¹⁴, ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme será visto na seqüência desta pesquisa jurídico-científica.

3. O PROCESSO PRIVATÍSTICO: CONTRATO OU QUASE-CONTRATO

As primeiras formulações acerca da natureza jurídica do processo estavam impregnadas de conceitos oriundos da civilização romana. Baseado na *litiscontestatio*, acordo celebrado pelas partes diante do Pretor, pelo qual pactuavam submeter-se à decisão proferida, o processo é concebido como um contrato, um negócio jurídico pelo qual as partes se submetem, voluntariamente, ao processo e a seus resultados, conforme CINTRA (*et al*)¹⁵. De origem francesa, teve como um de seus maiores defensores POTHIER¹⁶, que colocava a vontade individual como única fonte do direito e dever, cabendo ao Estado somente atender aos pactos advindos dos particulares. Para essa teoria, não estavam as partes obrigadas a comparecer em juízo, mas se a tanto fossem, comprometiam-se a cumprir a decisão proferida pelo juiz, esclarece LEAL¹⁷.

Por volta de 1850, ARNAULT DE GUÉNYVAU¹⁸ e SAVIGNY¹⁹, observando que o processo não tinha características de contrato, defenderam que deveria ser então um quase-

¹²NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001, p. 51, em comentário à obra de KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1998.

¹³ MARINHO, Guilherme. *Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios)*. in *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual*. LEAL, Rosemiro Pereira (coordenador). Vol. I, Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 89.

¹⁴ Adotamos aqui o conceito de epistemologia de LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 53: “Conjunto necessário de conhecimentos, ainda que provisórios, ao entendimento e esclarecimento das fases jurídicas da atividade e interação humanas empreendidas, até a construção das atuais bases histórico-científicas do processo no campo do direito.”

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.

¹⁶ POTHIER, Robert Joseph. 1699 - 1772 – Nota do Autor – Conselheiro do tribunal presidiário da cidade de Orléans, Pothier deixou obra considerável da qual se destacam *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre* (*Pandectas de Justiniano postas em nova ordem*) (1748) e tratados sobre o direito civil, que influenciaram o código civil francês. Em sua obra *Obligations* expõe a idéia de que a coisa julgada é consequência lógica de que as convenções afetam somente os contratantes, e que decorre pois de um contrato judicial, consoante COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Editora Saraiva, 1946, p. 91.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

¹⁸ GUÉNYVAU, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciaire*. Poitiers, 1859.

¹⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. (1779 – 1861) – Nota do Autor – Criou a escola histórica alemã, combatendo a teoria do direito natural e substituindo-a pelo estudo da evolução histórica do direito positivo. Acreditando nessa força evolutiva, combateu a codificação do direito. Sua obra pioneira, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (*História do direito romano na idade média*), 1815-1831, foi completada pelo *System des heutigen römischen Rechts* (*Sistema do direito romano atual*), 1840-1849. Foi profunda e duradoura a sua influência sobre o pensamento jurídico dos tempos modernos.

contrato, visto que à parte que ingressava em juízo consentia com a decisão judicial, favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre autor e juiz, independente da adesão espontânea do réu ao debate da lide, assevera LEAL²⁰. Partia tal premissa de erro metodológico fundamental, por se querer enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado, esclarece CINTRA (*et al*)²¹.

As críticas lançadas às duas idéias são similares: partes ou autor estão submetidos, coercitivamente, a decisão proferida pelo juiz, que não necessita de prévio assentimento de qualquer daqueles para impor a sentença. Ademais, permanecia o processo no plano do direito material, sem qualquer tratamento científico e confundido com o procedimento, interessando apenas o seu aspecto evolutivo, na seqüência de atos coordenados até a sentença, esclarece FERNANDES²².

4. O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Deve-se, a OSKAR VON BÜLOW, a autonomia do processo frente ao direito material, em face da publicação, em 1868, do clássico: *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*. Inspirado em BULGARO, para quem o processo seria ato de três personagens – juiz, autor e réu – BÜLOW estabeleceu pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo por meio da relação entre tais atores, visto que, para a validade e legítima constituição do mesmo, deveriam aqueles cumprir o disposto em lei processual, remetendo o direito disputado para a matéria de mérito. Afirmou o autor, que:

*El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica processal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común.*²³

Sistematizando a relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, BÜLOW deu realce a duas situações distintas: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. A relação jurídico-processual se distinguiria da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), pelo objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (pressupostos processuais), conforme registro de CINTRA (*et al*)²⁴.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 76.

²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 278.

²² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

²³ BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964, p. 1-3.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 278.

Distingue, ainda, BÜLOW²⁵, os conceitos de processo e procedimento. Observa que a relação jurídica processual, que considera de natureza pública, está em constante movimento e transformação, fato a que a ciência processual de então dava extrema importância, destacando, unicamente, aquele aspecto que saltava à vista da maioria: sua marcha ou andamento gradual, ou seja, o procedimento, descuidando-se de mostrar a relação processual, como a outra parte do conceito.

Muito ainda se debateu acerca das maneiras de se considerar esta relação processual. WACH²⁶ entendia a relação processual entre o juiz e as partes como de direito público, e das partes entre si como de direito privado, graficamente representada como triangular, assevera TORNAGHI²⁷. KOHLER²⁸ afirmou que a relação seria de natureza privada, estabelecendo-se somente entre as partes, sendo o juiz mero colaborador e não partícipe, numa perspectiva linear (autor-réu), registra ARAÚJO²⁹. O sistema concebido por PLANCK³⁰ e HELLWIG³¹ demonstrava que as partes não estavam vinculadas uma à outra, mas ligadas ao juiz, sendo, pois, uma relação exclusivamente de direito público e angular, explica TORNAGHI³². A idéia linear foi, de plano, descartada, visto que o interesse do juiz no processo é prestar a jurisdição, solucionando a pendenga, e sua participação o insere na relação processual, transformando-a em pública. Em nosso meio jurídico, os tratadistas de processo penal manifestam sua predileção, ora pela teoria angular, conforme TORNAGHI³³, ora pela teoria triangular, conforme TOURINHO FILHO³⁴.

Com o acréscimo do conceito de direito subjetivo feito através do debate entre WINDSCHEID e MUTHER³⁵ à teoria da relação jurídica, com importantes reflexos também para a conceituação do direito de ação, esta se aperfeiçoa, sendo conceituada como o vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos – passivo e ativo – atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta, e impondo a este o dever de prestá-la, conforme assevera GONÇALVES³⁶.

Hodiernamente, os juristas não discrepam da idéia primeva, vislumbrando, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e, igualmente, pelo aspecto das relações entre os sujeitos. Procedimento, seria o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e se conclui o processo; é a manifestação extrínseca do processo, sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é teleológica, pois se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder, como

²⁵ BÜLOW, Oskar von. *Op cit.*, p. 03-04.

²⁶ WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Lipsia, 1885.

²⁷ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17.

²⁸ KOHLER, Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Mannheim, 1888.

²⁹ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 51.

³⁰ PLANCK. Julius Wilhelm von *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Nördlingen, 1887.

³¹ HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Lipsia, 1903/1909. 3 v.

³² TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 23.

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18.

³⁵ WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

instrumento da jurisdição para eliminar conflitos, e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei, prossegue GONÇALVES ³⁷.

A teoria da relação jurídica é encampada pela maioria dos processualistas brasileiros, inspirando o dígito e a processualística civil por obra de LIEBMAN. Também os penalistas a adotam, pois retira o acusado da condição de mero objeto do processo e o transforma em sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz. As relações entre acusado, acusador e juiz são relações jurídicas com direitos, faculdades, encargos e obrigações específicas, defende TORNAGHI ³⁸.

Observa-se, que em uma concepção democrática, o processo não é instrumento da jurisdição, mas seu validador e disciplinador, mormente, quando o direito de ação instaura o procedimento, e não, a jurisdição. Esta concepção peca, ainda, por não conseguir distinguir o procedimento do processo, além do conceito de direito subjetivo ser ultrapassado, na medida em que o autor não pode, à margem da lei, exigir uma contraprestação do réu, registra LEAL ³⁹.

5. A ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Notadamente, no Direito Brasileiro, a concepção da relação jurídica vem sofrendo constante evolução, através do movimento conhecido como Escola Instrumentalista do Processo, nascido no Estado Bandeirante. Em obra clássica, DINAMARCO⁴⁰ eleva os ensinamentos da escola do processo como relação jurídica, impondo argutas observações. Concebe, o doutrinador, a jurisdição como poder do Estado e centro da teoria processual, numa perspectiva publicista, onde o processo é concebido como instrumento de exercício daquele poder, para cumprimento de seus objetivos. Advém a sua instrumentalidade, por não ser um fim em si mesmo, mas um meio para a consecução dos fins jurisdicionais.

Por estar destituído de uma maior expressão substancial dentro do sistema que integra, uma vez marcado pelo formalismo (aspecto negativo da instrumentalidade), é que o processo não merece ser colocado como fonte substancial de emanção e alvo de convergência de idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Portanto, deve ser extraído dele o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos, os escopos do sistema e a efetividade processual (aspecto positivo da instrumentalidade).

O exercício da jurisdição, através do processo, deve observar o devido processo legal, mediante o qual é imposta, ao juiz, uma estrutura de oportunidades e respeito a faculdades e poderes processuais, pela Constituição e pela lei. Portanto, a jurisdição não pode ser vista apenas no seu aspecto jurídico, pois sendo expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Está inserida em um contexto de poder, e não como um poder, devendo ser descortinado o panorama sócio-político em que inserida sua real função. Passa a ter *escopos* jurídicos e extrajurídicos (sociais e políticos).

Sendo assim, o principal escopo jurídico do processo seria a atuação da vontade concreta do direito, não pela composição das lides ou o estabelecimento da regra que as disciplina e soluciona, no caso concreto, mas pela efetividade à regra, no caso concreto, que

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ TORNAGHI, Hélio. *Op cit.*, p. 13.

³⁹ LEAL, Rosemíro Pereira. *Op cit.*, p. 77.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

lhes pré-existia.

Muitas são as críticas formuladas a tal concepção, visto que permanece o senso do exercício da jurisdição pelos vínculos de subordinação, comando, autoridade e ordenação, que na prática forense se degeneram em vínculos de autoritarismo. Sendo o juiz colocado como órgão *suprapartes* ou *superpartes*, as partes, verdadeiros interessados, sofrerão os efeitos do provimento final, pois são desprezadas, amesquinhas, convertendo-se em súditos, pois sujeitos a atos de império emanados do juiz, conclui ARAÚJO⁴¹.

6. O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Imputa-se a GOLDSCHMIDT⁴² a formulação da teoria do processo como situação jurídica, por volta de 1925, em obra publicada na Alemanha, teoria esta, alavancada por BONNECASE⁴³ e ROBIER⁴⁴.

Utilizando um paralelo entre a guerra e o processo, GOLDSCHMIDT ensina que o vencedor da batalha desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, tendo ou não direito anterior. O processo seria o direito numa condição dinâmica, mudando estruturalmente: o que era direito subjetivo, transforma-se em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter o reconhecimento do direito), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável), conforme registro em CINTRA (*et al*)⁴⁵.

Significou o rompimento com a idéia de relação jurídica. Constituída, a situação jurídica passa a ser o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, vistos concretamente na perspectiva de determinado sujeito, esclarece GONÇALVES⁴⁶. Logo, o fato ou ato jurídico produzido pela norma determinaria a situação do sujeito no processo, conferindo-lhe um complexo de direitos e deveres. A situação jurídica de filho é que daria, ao sujeito, o direito de pleitear alimentos dos ascendentes, exemplifica o mesmo autor.

Mal comparando, o processo como situação jurídica assemelha-se a uma luta de boxe, em que o juiz apenas afere qual dos boxeadores foi melhor na contenda, na utilização dos meios lícitos postos a seu dispor. Daí, advêm as maiores críticas à teoria, visto que o direito subjetivo migrou para a atividade jurisdicional do juiz, esclarece LEAL⁴⁷. Também argumenta pela exceção, utilizando-se como regras as deformações do processo, sendo este um complexo de situações jurídicas, que seriam os compostos da relação jurídica. Ademais, o que é posto em dúvida, não é o processo, mas o direito subjetivo material.

Embora pouco adotada pelos doutrinadores, esclareceu tal doutrina as idéias de ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o Estado, acredita CINTRA (*et al*)⁴⁸.

⁴¹ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

⁴² GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, 1936.

⁴³ BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. Paris: Sirey, 2ª ed., 1931.

⁴⁴ ROBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 279.

⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 88.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 78.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 280.

7. O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO

Essa teoria não tem inspiração jurídica, mas sociológica, sendo desenvolvida pelo espanhol GUASP 49, por volta de 1940, e tem seu relevo e citação nos manuais jurídicos em razão de sua adoção por COUTURE⁵⁰, que logo a abandonou, para integrar a escola do processo como relação jurídica.

No dizer de GUASP, instituição seria:

[...] um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva, à qual surgem ligadas, seja ou não aquela a sua finalidade específica, as diversas vontades individuais dos sujeitos, dos quais procede a referida atividade. ⁵¹

Assim, a instituição se compõe de uma idéia objetiva, fora da vontade dos sujeitos e acima dela, e do conjunto das vontades que se vinculam àquela idéia. Aplicando o conceito ao processo, a idéia objetiva comum que nele aparece é a afirmação ou a negação da pretensão, as vontades ligadas a essa idéia são as dos diversos sujeitos que figuram no processo, entre os quais, a idéia comum cria uma série de vínculos de caráter jurídico. Ao encampar tal teoria, COUTURE conceitua o processo como *uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regula a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição* ⁵², considerando que da mesma forma que a família, a associação, a comuna, entram pela multiplicidade de suas relações na categoria de instituições, também é acertado incluir, no gênero, o processo.

Essa teoria concebe o processo como uma instituição histórico-cultural (e portanto, existente na realidade sociológica), um complexo de atos, um método, um modo de ação unitário que é regulado pelo direito, para obter um fim, esclarece LEAL⁵³. Porém, por seu fundo sociológico e sua concepção primária, ela foi afastada por COUTURE, com a ressalva de que o fazia, até o dia que a concepção institucional do direito projetasse suas idéias em planos mais rigorosos, explica ASSIS ⁵⁴.

8. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

A diferenciação entre processo e procedimento sempre representou uma árdua tarefa para os processualistas. Para os adeptos da escola da relação jurídica, um permanecia no campo metafísico, e outro, no campo naturalístico, o que representava, muitas vezes, conceitos antinômicos. Coube a FAZZALARI⁵⁵ a correta individuação dos conceitos, criticando o inadequado “clichê” pandetístico da relação jurídica processual, e amparando-se em estudos de administrativistas, gravar o contraditório como característica própria do processo, explica NASSIF⁵⁶, representando marco evolutivo daquela ideação, como se pode constatar na obra GONÇALVES ⁵⁷.

⁴⁹ GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.

⁵⁰ COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

⁵¹ GUASP, Jaime. *Op cit.*, p. 22. *Apud.* COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 101.

⁵² COUTURE, Eduardo José. *Op cit.*, p. 103.

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

⁵⁴ ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959. *Apud.* LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 79.

⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996, p. 75-76.

⁵⁶ NASSIF, Elaine Noronha. *Op cit.*, p. 111.

⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p.102-132.

Concebida FAZZALARI o procedimento como uma série de atos normatizados, que levariam a um provimento final dotado de imperatividade. Em tal sequência normativa, o ato só é validado, se baseado na norma, ou seja, se atendido seu pressuposto, que é um ato anterior válido. O provimento, ato final do procedimento, só é válido se amparado neste, pois este é o meio de sua preparação. A noção de processo começa a ser construída com a participação dos interessados na preparação do provimento, considerados estes, como aqueles em cuja esfera particular o provimento interferirá. Mas tal participação deve ser em contraditório entre as partes, com simétrica paridade. Parte, pois, da noção de procedimento como gênero, e do processo como espécie daquele, gravado pela característica do contraditório. Logo, o processo é um procedimento.

Com tal definição, pode haver processo administrativo, legislativo e judicial, como também procedimentos em tais esferas. O pedido de licença de porte de arma ou o pleito de jurisdição voluntária se incluem nesta última exegese. Mas, se porventura, surgir o contraditório em um pedido de tutela, por exemplo, instalar-se-á o processo (nesta hipótese, a matéria administrativa deve estar submetida à jurisdição). Assim, o processo é um procedimento, no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: *em contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa obliterar a atividade deles*, enfatiza FAZZALARI⁵⁸.

Melhor explicitando, o procedimento equivale a uma estrutura técnica normativa, sendo construído pelas partes, em contraditório, com vistas a uma sentença – consequência e expressão jurídica racionalizada e conclusiva dos atos realizados, explica LEAL⁵⁹. A preocupação atual atendida por tal teoria, que a dota de extraordinária legitimidade, é que a sociedade não quer apenas que as decisões sejam justas, mas que também haja justiça no processo, enfatiza ARAÚJO⁶⁰. A relação jurídica processual é retirada do conceito de processo, inserindo-se o módulo processual representado pelo procedimento realizado em contraditório, conclui CINTRA (*et al*)⁶¹.

Tal argumentação vem merecendo aquiescência dos adeptos da idéia do processo como relação jurídica, que, não se afastando desta, adotam o conceito de procedimento aqui explicitado como um modo distinto de se ver a mesma realidade, enfatiza FERNANDES⁶². Isto porque, na opinião de DINAMARCO⁶³, a introdução do contraditório seria uma exigência política para a instrumentação jurídica da relação processual.

9. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Hodiernamente, a estreita vinculação entre Processo e Constituição vem sendo observada por vários juristas, visto determinar muitos dos institutos básicos processuais, originando o ramo do Direito Processual Constitucional, com detença no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas nos dispositivos da Constituição,

⁵⁸FAZZALARI, Elio. *Op cit.*, p. 82. *Apud*. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998, p. 143.

⁵⁹LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 81.

⁶⁰ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Op cit.*, p. 124.

⁶¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.*, p. 283.

⁶²FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 42.

⁶³DINAMARCO, Cândido Rangel, *Op cit.*, p. 314.

considerada como fundamento de validade das normas processuais, informa BARACHO⁶⁴. Tal imbricação é explícita no tocante ao Processo Penal, em face da estruturação das garantias processuais do acusado.

Culmina, tal corrente, nos estudos de ANDOLINA & VIGNERA, idealizadores de um modelo constitucional do processo, estruturado em normas e princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se considerados na sua complexidade, permitindo ao intérprete a determinação de um verdadeiro e próprio esquema geral do processo⁶⁵. Assentam as características gerais de tal sistemática:

a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes), para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo;

b) na variabilidade, a indicar sua atitude em assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa advir-se, segundo várias modalidades, em vista da realização de finalidades particulares;

c) na perfectabilidade, a designar sua idoneidade, a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet*: no respeito comum de qual modelo, e em função da consecução dos objetos particulares) bem pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas garantias (ulteriores) e pela instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional.⁶⁶

Nesse contexto, seria o processo uma instituição constitucionalizada na principiologia do devido processo legal e seus colorários (reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório), convertendo-se em direito-garantia imposterável e referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição, assevera LEAL.⁶⁷

10. A TEORIA DO GARANTISMO E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL

A idéia do *garantismo* vem sendo elaborada pelo professor italiano LUIGI FERRAJOLI, encontrando-se inserta nas obras *Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal* e *Derecho y Garantias – La Ley del Más Débil*, buscando uma nova perspectiva do Direito, visto como um sistema de garantias individuais em contraposição ao Estado. A matriz da teoria se encontra na seara penal, derivando para uma abstração geral, com reflexos no modelo de Direito, na teoria jurídica das normas e na filosofia do Direito.

Para um estudo metodológico, observar-se-á primeiramente as assertivas afeitas à teoria geral do *garantismo*, e, em seguida, suas repercussões no campo penal e processual penal.

Epistemologicamente, ela se embasa no conceito de centralidade da pessoa, em nome

⁶⁴BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op cit.*, p. 122 e ss.

⁶⁵ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

⁶⁶ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Op cit.*, p. 13-15. *Apud*. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Op cit.*, p. 148.

⁶⁷LEAL, Rosemiro Pereira. *Op cit.*, p. 82.

de quem deve o poder constituir-se e servir. O Estado, concebido como Estado de Direito, é um artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político, explica CADEMARTORI.⁶⁸

Pelo acima exposto, o conceito de *garantismo* é constituído de três acepções: um modelo normativo de Direito, uma teoria jurídica das normas e uma abordagem da filosofia do Direito.

O modelo normativo de Direito, aplicado ao direito penal, é um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito. No campo epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência do sistema penal e maximizar a liberdade; e no plano jurídico, como um sistema de limites impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos do cidadão. Neste sentido, o Garantismo é distinguido em graus medidos entre as determinações do modelo constitucional e o funcionamento prático do sistema – quanto mais observadas as disposições constitucionais pelo sistema infraconstitucional, maior o grau de Garantismo. Uma dada Constituição pode ser avançadíssima principiologicamente, mas carecedora de técnicas coercitivas, ou com práticas infraconstitucionais em desacordo, atesta FERRAJOLI.⁶⁹

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio da legalidade, onde todo poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes do Estado estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos de liberdade (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria.

O projeto garantista propõe, pois, um Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades, conclui CADEMARTORI.⁷⁰

No tocante à teoria jurídica, esta encampa uma distinção entre validade e efetividade, entre existência e vigência da norma. Em níveis baixos de práticas institucionais, vislumbra-se a validade/invalidade da norma. No plano constitucional, é possível aferir sua efetividade/inefetividade, explica FERRAJOLI.⁷¹

Rejeita-se o conceito tradicional de validade da norma pela sua simples existência, vigente até que seja declarada a sua ineficácia, sendo substituído por diferentes predicados: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade).⁷²

a) uma norma é *justa*, quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

⁶⁸CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

⁶⁹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

⁷⁰CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 161.

⁷¹FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 852.

⁷²CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.* p. 79.

b) uma norma é *vigente*, quando é despida de vícios formais, ou seja, quando emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;

c) uma norma é *válida*, quando está imunizada contra vícios materiais, ou seja, quando não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;

d) uma norma é *eficaz*, quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

Nesse contexto, o juiz estaria sujeito à Constituição, com o papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, sendo este o principal fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário frente aos demais poderes, exigindo-se um juiz terceiro independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes, assevera FERRAJOLI.⁷³

Como filosofia do Direito e crítica da política, o Garantismo impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia de valores, bens e interesses que justificam sua existência. Adotando a concepção heteropoiética, o Estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais. O ponto de vista da aferição da legitimação é externo ao Estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, explica CADEMARTORI⁷⁴.

No que tange ao Garantismo aplicado ao Direito Penal, parte-se da análise das vicissitudes do sistema penal, que não oferece a segurança jurídica necessária ao cidadão comum, caracterizando-se pela criminalização excessiva de condutas, em nome de uma hipotética intervenção estatal contra a violência em detrimento dos direitos básicos individuais, ocasionando pouca ou nenhuma efetividade das leis penais, com grave lesão aos princípios constitucionais. Elabora o ideário do Direito penal mínimo, redutor da intervenção estatal penal, por meio da criação de mecanismos de controle social não abusivos.

A situação é demonstrada pelo próprio FERRAJOLI, ao comentar o reflexo que a aplicação desproporcional das penas tem tido sobre a humanidade⁷⁵, concebendo o direito penal mínimo como modelo garantista, que se assenta no respeito aos seguintes axiomas:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

⁷³FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 26-27.

⁷⁴CADEMARTORI, Sérgio. *Op cit.*, p. 155.

⁷⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 385-386: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia la producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.”

A4 *Nulla necessitas sine iniuria*

A5 *Nulla injuria sine actione*

A6 *Nulla actio sine culpa*

A7 *Nulla culpa sine iudicio*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione*

A9 *Nulla acusatio sine probatione*

A10 *Nulla probatio sine defensione*.⁷⁶

Afetos ao tema de que se ocupa este estudo jurídico, os axiomas A7, A8, A9 e A10 são garantias processuais, para as quais o mencionado autor dedica um dos capítulos de sua obra, intitulado: *El juicio. Cuando y Como Juzgar*.⁷⁷

Embora não aborde, explicitamente, a polêmica da natureza jurídica do processo, o Garantismo encampa a idéia do processo como relação processual triangular entre três sujeitos, dois em condição de partes na causa (acusador e defensor) e o terceiro como super-partes (o juiz). Inspirado por tal concepção, o papel do juiz é muito valorizado, posto que o processo é concebido para o descobrimento da verdade, mas em uma estrutura acusatória e cognisciva, sendo o magistrado vetor e canalizador das garantias.

É certo que tal concepção não representa um avanço na discussão, até aqui empreendida, acerca da natureza jurídica do processo. Todavia, como se verá a seguir, os subsídios aqui enfocados serão de grande ajuda para a conclusão da polêmica.

11. CONCLUSÃO

O paradigma do Estado Democrático de Direito, que nos orienta no presente trabalho e significa uma nova visão para toda a ciência do Direito, impõe uma concepção de Processo epistemologicamente adequada.

A idéia do processo como relação jurídica se perfaz em relações de poder, hoje, incompatíveis com uma concepção democrática. O autor teria direito de exigir do réu uma contraprestação, e este, teria o dever de prestá-la, enquanto o juiz seria um observador privilegiado da contenda, intervindo para que tal relação atendessem aos ditames legais, manipulando o processo como instrumento de sua vontade jurisdicional. A impregnação de princípios do Estado Liberal e Estado Social é evidente, chegando a ser autoritária, no sentido da intervenção estatal se mostrar como principal característica de tal concepção. Como forma de atender o avanço teórico necessário ao estudo do Processo, procura-se conceder à jurisdição maiores poderes para a aplicação de uma interpretação legal condizente com a democracia, aumentando-lhe a discricionariedade, permanecendo o processo como instrumento a serviço do poder.

⁷⁶FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 93. Complementa o citado autor: “Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio*, o de la defensa, o de refutación.”

⁷⁷FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 537-692.

O Constitucionalismo, tal como resulta da positivização dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais para a legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito, que se traduz em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Considerando a primeira revolução como a afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal, esta segunda revolução apregoa uma legalidade substancial, submetendo a lei a vínculos não só formais, mas também, impostos pelos direitos fundamentais. Neste sentido, a Constituição, como conjunto de normas substanciais, passa a garantir a divisão dos poderes e direitos fundamentais de todos, assevera FERRAJOLI.⁷⁸

Especialmente no processo penal, o Garantismo do sistema apresentará maior grau com a adoção do modelo constitucional do processo, que se vislumbra na Constituição Brasileira, se estudada epistemologicamente com base na idéia democrática. Os princípios ali erigidos, que se iniciam no devido processo legal, estão a indicar a adoção do processo como instituição, não no sentido trazido por GUASP, mas como direito-garantia fundamental; não mais como direito adjetivo, e sim, como direito substancial; não mais como instrumento da jurisdição, e sim, como seu limitador e balizador; não mais limitado ao processo judicial, e sim, estendido ao processo legislativo e administrativo. A participação, principal característica da democracia, passa a integrar a idéia do Processo, concebido como queria FAZZALARI, ou seja, como procedimento em contraditório, com participação das partes na preparação do provimento final em simétrica paridade.

Não se quer, com isso, desmerecer a contribuição da jurisdição para o avanço da idéia democrática. Porém, como todo poder deve ser limitado por vínculos constitucionais, sua discricionariedade é dirigida para a consecução dos fins estabelecidos pelo devido processo legal, com a observância do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes. O juiz continua no exercício de seu mister a procurar a pacificação social, mas passa a contar com a participação dos interessados conflitantes, o que fará com que o provimento final tenha legitimidade substancial democrática.

12. ABSTRACT:

The present article aims to search for an adequacy of the process to the new paradigm brought by the Democratic State of the Law, analyzing its juridic nature. The many historical theories about this question are itemized and summarized, at first studying the private phase: the process conceived as a contract or almost like one. In the publicist phase, it is enhanced the autonomy of the material law process, with the triangular juridic relation described by Büllow, in which the brazilian law deserved a modern theory through the Instrumental School. The theory of the process as a juridic situation, of Goldschmidt, and of the process as an institution, of Guasp, adopted initially by Couture, procede more recent studies of processual science, in which Fazzalari distinguishes the process of procedure. With the advent of the constitutionalistic theory of the process, of Andolina and Vignera, and the new institutionalistic theory of Rosemiro Pereira Leal, complemented in the penal area with the guarantee of Ferrajoli, the intention is to demonstrate the birth of the process in the Magnum Letter.

Key-Words: Penal Process. Democracy. Constitutionalistic Theory. New Institutiona-

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 66-68.

listic Theory.

13. REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Ítalo & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- ASSIS, Jacy. *Couture e a teoria institucional do processo*. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1959.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1931.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277.
- COUTURE, Eduardo José. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Ottava Edizione, Milano: CEDAM, 1996.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. *Derecho y razón – teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *O direito como sistema de garantias. O Novo em Direito e Política*. Traduzido por Eduardo Maia Costa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1943.
- GUÉNYVAU, Arnaut de. *Du quase-contrat judiciaire*. Poitiers, 1859.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio

- de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HELLWIG, Konrad. *Lehrbuch des deutschen zivilprozessrechts*. Leipzig: A. Deichert, 1907.
- KOHLER, Josef. *Der process als rechtsverhältniss*. Alemanha: 1905.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro & LIBERATI, Wilson Donizeti (coordenadores). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MARINHO, Guilherme. Tutela jurisdicional e tutela legal (aspectos antecipatórios). *Estudos continuados de teoria do processo. A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual*. Vol. I. Coord: Rosemiro Pereira Leal. Vol. I. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização. Uma análise de Paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2001.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora e Livraria Del Rey, 1998.
- PLANCK, J.W. *Lehrbuch*. Alemanha: 1887.
- ROBIER, Paul. *Thpéorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1946.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- SYLLA, Antonio Roberto. O preâmbulo da constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. *Direito penal e constituição*. Coord: Maurício Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizeti Liberati. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16ª ed. ver. e atual. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción del aleman por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977.
- WINDSCHEID, Bernhard. & MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.