

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

***EMENDATIO LIBELLI. A EMENDA JUDICIAL DA ACUSAÇÃO IN PEJUS: UMA  
NOVA LEITURA À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO  
PENAL E DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO E DA DEMOCRACIA***

**Joaquim Márcio de Castro Almeida**

**Belo Horizonte**

**2009**

**Joaquim Márcio de Castro Almeida**

***EMENDATIO LIBELLI. A EMENDA JUDICIAL DA ACUSAÇÃO IN  
PEJUS: Uma nova leitura à luz do modelo constitucional do processo penal e da teoria  
discursiva do direito e da democracia***

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Processual.**

**Orientador: Flaviane de Magalhães Barros.**

**Belo Horizonte**

**2009**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A447e Almeida, Joaquim Márcio de Castro  
*Emendatio libelli*. a emenda judicial da acusação *in pejus*: uma nova leitura à luz do modelo constitucional do processo penal e da teoria discursiva do direito e da democracia / Joaquim Márcio de Castro Almeida. Belo Horizonte, 2009.  
91f.

Minas Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de  
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Acusação (Processo penal). 2. Incompatibilidade. 3. Estado de direito. 4. Direito processual constitucional. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.133

**Joaquim Márcio de Castro Almeida**

***EMENDATIO LIBELLI. A EMENDA JUDICIAL DA ACUSAÇÃO IN  
PEJUS: Uma nova leitura à luz do modelo constitucional do processo penal e da teoria  
discursiva do direito e da democracia***

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito Processual.**

---

**Flaviane de Magalhães Barrros (orientadora)**

---

**Leonardo Augusto Marinho Marques**

---

**Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias**

**Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2009.**

*Para Natália.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Divino Pai Eterno e a Jesus Cristo Redentor; ao Chefe Império Juramidã; São Francisco de Assis e a toda Corte Celestial. Rendo meus agradecimentos também aos meus pais, senhor José Maria e Dona Zizi, pelos imensuráveis sacrifícios suportados por minha causa, ao longo de suas vidas. Eu sei que lá do Céu eles estão olhando para mim nesta hora; chorando de alegria.

Agradeço à Lilian pela paciência, compreensão e carinho; e aos meus amigos: Caio, Domingos, Ramon, Kênio, Mauro e Sebas, por terem me tolerado durante esses dois anos. Tenho certeza de que eles nunca mais se esquecerão o nome de Jürgen Habermas. Ao amigo Arthur Grupillo, eu agradeço pelas rotineiras discussões filosóficas que muito contribuíram na elaboração deste trabalho.

Aos amigos e colegas de magistério, Denis Madeira, José Emílio Medauar, Flávio Pedron, Aurélio e Adalberto Arcelo, eu apresento os meus sinceros votos de gratidão pelo constante apoio e pelas interlocuções cotidianas travadas nos corredores da PUC-Minas, *campus* Serro, acerca do Direito Processual; da Filosofia do Direito e dos Direitos Humanos. De igual forma, agradeço aos meus alunos do bacharelado por me fazerem entender que eu ainda não sei quase nada sobre o Direito Processual Penal.

Manifesto a minha especial gratidão aos meus caros professores Ronaldo Brêtas, por ter suscitado a ideia; Flaviane de Magalhães Barros por compreender minhas limitações, e Rosemiro Pereira Leal, pela inspiração e incentivo. Agradeço, por fim, à minha irmã Ruth por ter feito a correção ortográfica desta dissertação e à professora Vivian, pelas *conversazioni* diárias.

*“A justiça tem de estar quieta porque do contrário a balança vacila, com o que se torna impossível um juízo exato”.*

*Franz Kafka – O processo.*

## RESUMO

Esta investigação buscou demonstrar a incompatibilidade da emenda judicial da acusação *in pejus* com o modelo constitucional de processo penal e com a teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. Na perseguição deste objetivo, fez-se um estudo acerca dos paradigmas de direito e de organização social que alcançaram maior êxito no decorrer da história. A pesquisa constatou que o paradigma procedimentalista do Direito e da Democracia é o pano de fundo que permite o exercício de reflexões acerca da legitimidade do direito nas sociedades complexas e secularizadas. A investigação seguiu seu curso indicando que a teoria do modelo constitucional do processo penal é a mais adequada a este paradigma na medida em que privilegia o reconhecimento das regras e princípios constitucionais atinentes ao processo penal. No mesmo passo, foi feito um estudo pertinente à jurisdição sintonizado com as novas conquistas da ciência do Direito Processual. As perquirições continuaram no sentido de esclarecer a gênese e os fundamentos da *emendatio libelli* e de confrontar esses fundamentos com a teoria do discurso e com a teoria do modelo constitucional do processo penal. Concluiu-se ao final que o chamado “princípio” *jura novit curia*, base da *emendatio libelli in pejus*, não passa de mero expediente retórico utilizado como forma de legitimação de uma postura judiciária autoritária, em total descompasso com a teoria procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: *emendatio libelli in pejus* – incompatibilidade - paradigma procedimentalista – Estado Democrático de Direito - modelo constitucional de processo penal.

## ABSTRACT

This research attempts to show the incompatibility of the amendment of the Prosecution *in pejus* with the constitutional model of criminal procedure and the Jürgen Habermas' discursive theory of law and democracy. In this goal, the study is about the paradigms of law and social organization that have achieved greater success in the course of history. The research found that the proceduralist paradigm of law and democracy is the background that allows the exercise of reflection about the legitimacy of the law in complex and secular societies. The investigation followed the course indicating that the theory of the constitutional model of criminal procedure is most appropriate to this paradigm in that it favors the recognition of rules and principles pertaining to the constitutional process.

Indeed, this study traces to the relevant jurisdiction tuned with the new achievements of science of the procedural law. The suggestions continued to explain the genesis and rationale of *emendatio libelli* Law and compare these reasons with the theory of discourse and the theory of the constitutional model of criminal procedure. The conclusion is that the "principle" *jura novit curia*, based in the *emendation libelle in pejus*, no more than mere rhetorical tool used as a legitimation of a judicial authoritarian posture in total mismatch with the proceduralist theory of the Democratic rule of law.

Keywords : *emendatio libelli in pejus* - incompatibility – the proceduralist paradigm - the constitutional model of criminal procedure - the Democratic rule of law.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>14</b>
2.1 A relação jurídica processual.....	14
2.2 O processo como relação jurídica pública e autônoma caracterizada pela multiplicidade de direitos subjetivos.....	17
2.3 A lide penal.....	20
2.4 A inovação do conceito de lide a partir das ponderações de Liebman.....	22
2.5 A influência da teoria da relação jurídica processual no processo penal brasileiro	23
<b>3 OS PARADIGMAS DE DIREITO: DA PRÉ-MODERNIDADE AO PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS.....</b>	<b>28</b>
3.1 Para uma compreensão acerca dos paradigmas de direito.....	28
3.2 O paradigma de direito na pré-modernidade.....	29
3.3 O Estado Liberal de Direito.....	31
3.4 O Estado de Bem-estar social.....	35
3.5 O Estado democrático de direito na visão procedimentalista.....	36
<b>4 UMA ANÁLISE DAS TEORIAS PROCESSUAIS CONTEMPORÂNEAS SOB O ENFOQUE DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO....</b>	<b>42</b>
4.1 A teoria instrumentalista do processo.....	42
4.2. O processo como procedimento em contraditório.....	46
4.3. O processo constitucional.....	51
4.3.1 <i>A concepção de princípio no Estado Democrático de Direito.....</i>	<i>53</i>
4.4. O modelo constitucional de processo penal.....	61

**5. EMENDATIO LIBELLI: A DESCONSTRUÇÃO DE UM MITO A PARTIR DA  
COMPREENSÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.65**

<b>5.1. A Jurisdição no Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>65</b>
<b>5.2. A sentença penal condenatória.....</b>	<b>67</b>
<b>5.3. A correlação entre pedido e sentença no processo penal brasileiro.....</b>	<b>69</b>
<b>5.4. A <i>emendatio libelli</i> no processo penal Italiano.....</b>	<b>70</b>
<b>5.5. <i>Emendatio libelli</i>: gênese, fundamentos e crítica.....</b>	<b>72</b>
<b>5.6. A superação do ‘princípio’ <i>jura novit curia</i> com base na moderna concepção da garantia processual constitucional do contraditório e na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas.....</b>	<b>79</b>
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A emenda judicial da acusação *in pejus*, mais conhecida como *emendatio libelli*, consiste na possibilidade do juiz proferir sentença penal condenatória, responsabilizando o réu ou o querelado pela prática de crime diverso daquele capitulado na peça inicial acusatória, ainda que, em consequência disso, tenha que aplicar uma pena mais grave do que aquela prevista para o crime indicado na denúncia ou queixa. Diz-se então que, neste caso, o acusado se defende dos fatos criminosos que lhe são imputados e não da classificação jurídica fornecida pela acusação, pelo que não se poderia falar em violação do princípio do contraditório ou da ampla defesa, nem tampouco em julgamento *ultra* ou *extra petita*. Cumpre notar, entretanto, que no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, tais afirmações arvoram-se inconsistentes e até mesmo perigosas; mormente se atentarmos para a evolução teórica verificada em torno do princípio do contraditório a partir da década de 50 do século passado, notadamente com a publicação das Instituições de Direito Processual de Elio Fazzalari (2006).

Na atual quadra dos estudos do Direito Processual Penal, o princípio do contraditório, mais do que a simples oportunidade de dizer e contradizer conferida às partes no processo, traduz-se antes na garantia afeta aos interessados - aqueles que suportarão os efeitos derivados da sentença penal - de influírem na construção deste provimento, em simétrica paridade (FAZZALARI, 2006). Sendo assim, não há como negar aos interessados a possibilidade de discutir todas as questões suscitadas no *iter* processual, assim como pretendiam os artífices do Código de Processo Penal Brasileiro, diga-se *en passant*, introduzido no nosso ordenamento jurídico por força de um decreto presidencial, nos idos de 1940, auge da ditadura Vargas. Não se pode negar que naquele cenário político, Estado Social de Direito, o instituto em análise encontrava porto certo e seguro. Contudo, essa mesma constatação não é possível quando raciocinamos sob a égide do Estado Democrático de Direito. No contexto atual, a *emendatio libelli*, ao revés, mais se assemelha a uma “nau à deriva” em meio à forte tempestade.

Pretendemos, pois, nesta pesquisa, demonstrar a inconstitucionalidade da norma inserta no artigo 383, *caput* do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como a incompatibilidade de referido instituto com a teoria discursiva do direito e da democracia proposta por Jürgen Habermas. Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, discorrer sobre a teoria do processo como relação jurídica pública e contínua elaborada por Oscar Von Bülow

(2005) e seus desdobramentos teóricos levados a cabo por seus sucessores na Alemanha e na Itália, para então destacar sua notória influência nos estudos do Direito Processual Penal Brasileiro. Somente a partir da reconstrução da teoria da relação jurídica, base do Código de Processo Penal Brasileiro e, portanto, de seus institutos, é que poderemos apresentar mais à frente um modelo constitucional de processo penal que exponha a fragilidade da *emendatio libelli* frente ao Estado Democrático de Direito.

Num segundo momento, será feita uma investigação sobre os paradigmas de Direito que alcançaram maior êxito na história. (HABERMAS, 2003). Esta pesquisa será muito útil para podermos identificar uma teoria do processo adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito. E a realização dessa empreita passará necessariamente pela análise das teorias do processo mais difundidas no Brasil atualmente. Começaremos por apresentar a teoria instrumentalista do processo como uma variante da teoria da relação jurídica processual. Veremos que nesta teoria o processo é tido como instrumento da jurisdição e não como o elemento que lhe confere legitimidade no Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2004). Em contraposição a essa escola, buscaremos na proposta de Elio Fazzalari a distinção existente entre processo e procedimento orientada pelo critério inclusivo, na qual o processo aparece como espécie do gênero procedimento, na medida em que se constata a presença do contraditório na realização dos atos procedimentais, destinados à preparação do provimento jurisdicional. (2006). Seguindo essa linha, abordaremos o Processo Constitucional como garantia estabelecida sobre uma base principiológica que compreende não apenas o princípio do contraditório, mas antes, abarca, sobretudo, os princípios do juízo natural, da ampla defesa, da fundamentação das decisões jurisdicionais, da imparcialidade do órgão jurisdicional e da publicidade dos atos processuais. Nesse aspecto, uma investigação no sentido de esclarecer a moderna concepção de princípio será imprescindível à continuação de nossa jornada. Somente depois de cumprida essa tarefa é que poderemos tentar compreender o modelo constitucional do processo penal brasileiro que será apresentado como uma variação da tese do modelo constitucional do processo civil proposta por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

No quinto e último capítulo, será realizado um estudo acerca da função jurisdicional do Estado com base nas recentes conquistas científicas que concebem a jurisdição com uma atividade dever do Estado que se cumpre a partir de uma procedimentalidade discursiva que garante aos interessados a possibilidade de influir na construção das decisões jurisdicionais (LEAL, 2008). A partir daí, será feita uma derradeira incursão epistemológica no sentido de esclarecer a gênese e os fundamentos da *emendatio libelli*. Na busca desse objetivo, um

prévio estudo comparado com o direito processual penal italiano será de grande valia. Posteriormente, buscaremos destacar o liame existente entre o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e o princípio do contraditório, para, ao final, com o auxílio da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, envidar esforços no sentido de desmitificar a surrada expressão: “o juiz conhece o direito!”.

## 2 A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL, SEUS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

### 2.1 A relação jurídica processual

Ao contrário do que se ventila, Oscar Von Bülow não criou propriamente uma teoria da relação jurídica processual. A concepção de processo como relação jurídica já era conhecida dos juristas romanos desde a antiguidade. Os jurisconsultos daquela época já não se contentavam “com a idéia superficial do processo como pura série de atos do juiz e das partes, mas haviam concebido a natureza daquele como relação jurídica unitária” (BÜLOW, 2005, p. 8). De fato, os antigos romanos utilizavam a expressão *processus iudicis* para designar o desenvolvimento da relação jurídica processual que se instaurava entre as partes e o juiz pela *litiscontestatio*. Disso nos dá conta o próprio Bülow em notas de pé de página grafadas na sua obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, editada no ano de 1868 na Alemanha:

os processualistas romanos não falavam quase de “processo” a seco, mas somente de “*processus iudicii*”, isto é, do desenvolvimento da relação processual; assim *verbi gratia no ordo jud. Init.* Atribuído a Jo Andre : “ *Antequam dicatur de processu iudicii* [ antes que se fale do processo (ou da marcha) do juízo], onde claramente – como em muitos autores mais antigos – o *iudicium* é definido como *actus trium personarum sc. Iudicis rei actori* “ [ ato de três pessoas, a saber, o juiz, o réu e o autor]. (Bülow, 2005, p. 7).

Da mesma forma, não se duvidava, na Alemanha de Bülow, de que o direito processual civil determinava as faculdades e os deveres que punham em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Afirmava-se nesse sentido que o processo era uma relação jurídica, isto é, uma relação de direitos e obrigações recíprocas. O que Bülow fez foi distinguir essa relação jurídica de direito privado da relação jurídica processual ao destacar a característica pública<sup>1</sup> e dinâmica desta última. O processo nessa perspectiva seria uma “relação jurídica de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes.” (BÜLOW, 2007, p. 7):

---

<sup>1</sup> “A afirmação categórica de que o processo é relação jurídica exclusivamente de Direito Público foi feita pela primeira vez por Bülow, no já citado “*Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen e, depois, por Plank e Hellwig*, nos respectivos tratados”. (TORNAGHI, 1987, p. 22)

Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública [...] que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. (BÜLOW, 2005, p. 6).

Nos seus estudos sobre a relação jurídica processual, Bülow constatou ainda que no processo civil romano podia-se vislumbrar uma fase preliminar; preparatória (*in jure*), precedente à fase de exame do mérito, destinada “exclusivamente à determinação da relação processual, *ad constituendum iudicium* [a constituir em juízo]” (2005, p. 11). Inspirado nisso, Bülow elaborou sua teoria dos pressupostos processuais em contraposição à teoria das exceções processuais até então adotada na Alemanha. Na sua proposta, Bülow considerou que as exceções processuais previstas na legislação alemã<sup>2</sup> nada mais eram do que matérias concernentes ao *meritum causae*. Partindo desta premissa, Bülow propôs o que ele chamou de “pressupostos processuais”<sup>3</sup>, cuja existência deveria ser verificada pelo tribunal antes do exame de mérito da causa:

O tribunal não somente deve decidir sobre a existência da pretensão jurídica em pleito, mas também, para poder fazê-lo, deve cientificar-se se concorrem as condições de existência do processo mesmo: ademais do suposto de fato da relação jurídica privada litigiosa ( da *res in iudicium deducta* [ coisa deduzida em juízo ( ou levada a juízo) ] deve comprovar se dá-se o suposto de fato da relação jurídica processual (do *iudicium*). ( Bülow, 2005, p. 6).

Nessa ordem de ideias, o direito material objeto de controvérsia se distinguiria da relação processual e só seria apreciado após a formação desta (LEAL, 2004). Assim, ao construir sua teoria dos pressupostos processuais, Bülow fixou a autonomia do Processo<sup>4</sup>

<sup>2</sup> “Igualmente às mais modernas legislações particulares [dos Estados que formavam o Reich], também os projetos prévios à obra da nova legislação comum [para todo o Reich] apóiam-se, ainda, nos pontos de vista da teoria das exceções processuais” (Bülow, 2005, p. 266)

<sup>3</sup> “Os pressupostos processuais constituem a matéria do procedimento prévio e, conseqüentemente, entram em íntima relação com o *ato final* deste; final que consiste já na *litis contestatio* ou já numa *absolutio ab instantia* ( rejeição da demanda por inadmissível; a *denegatio actionis* romana). Ambas as alternativas são nada mais que o resultado de um exame da relação processual, assim como a *condemnatio* ou *absolutio ab actione* resultam de uma investigação da relação litigiosa material. A litiscontestação é a resposta *positiva* e a rejeição, a *negativa* à questão de se estão dadas as condições de existência da relação jurídica processual” (BÜLOW, 2005, p. 11).

<sup>4</sup> “A primeira característica da relação jurídica processual é a autonomia. Independe ela da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Não é o vínculo entre o direito, cuja declaração ou constituição se pede aos órgãos jurisdicionais, e a obrigação que lhe corresponde”. (TORNAGHI, 1959, p. 238)

frente ao direito material que lhe empresta conteúdo<sup>5</sup>, como decorrência lógica da existência do que ele denominou de pressupostos processuais: “requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda relação processual” (BÜLOW, 2005, p. 9). Tais requisitos diriam respeito aos seguintes itens:

1. a competência, a capacidade e insuspeitabilidade do tribunal; a capacidade processual das partes ( *persona legitima standi in iudicio* [ pessoa legítima para estar em juízo]) e a legitimação de seu *representante*;
2. as qualidades próprias e imprescindíveis de uma *matéria litigiosa civil*.
3. a redação e comunicação (ou notificação) da *demanda* e a obrigação do autor pelas cauções processuais;
4. a *ordem* entre vários processos. ( BÜLOW, 2005, p. 9)

Nessa ótica, os requisitos de admissibilidade da relação processual determinariam entre quais pessoas, em torno de qual matéria, por meio de quais atos e em que momento se poderia constatar a formação do processo. A falta de qualquer um desses pressupostos impediria a formação da relação processual e conseqüentemente obstaculizaria a apreciação da matéria de fundo de cunho material. Em outras palavras, seria a presença ou ausência dos pressupostos processuais que conduziria à rejeição ou admissão da demanda. (BÜLOW, 2005)

Cumpra aduzir ainda que, segundo Bülow, os processualistas de sua época conferiam distinta importância ao caráter evolutivo do processo, isto é, a sequência de realização de atos pelos quais este se desenvolve, “sua marcha ou andamento gradual, o *procedimento*” (2005, p.7), sem, contudo, atentarem para outra qualidade não menos importante: a relação processual. Com efeito, os antecessores de Bülow não destacaram nas suas investigações a

---

<sup>5</sup> A teoria das exceções e dos pressupostos processuais “foi o marco da *autonomia* do Processo ante o conteúdo de direito material. É que Bülow trabalhou *pressupostos* de existência e desenvolvimento do processo pela *relação juiz, autor e réu* em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que juiz, autor e réu deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes situava-se em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do *bem da vida* que definiria a matéria de *mérito*.” (LEAL, 2004, p. 87). Cumpra notar que numa concepção pós-moderna de processo, a verificação da existência ou inexistência dos chamados pressupostos processuais não pode ser feita senão no próprio espaço argumentativo a que denominamos processo: “A incompreensão da tensão entre faticidade e validade leva toda a tradição processual a pretender resolver questões argumentativas a serem desenvolvidas no processo antes mesmo do processo, e desde uma ótica *ex ante*. Uma vez iniciado um processo, que compartilhamos com Fazzalari enquanto procedimento realizado em contraditório rumo a um provimento final, as questões não que ser discutidas e argumentadas nesse foro institucionalizado e, para tal, para o reconhecimento do contraditório, há que ser reconhecido o “direito de agir”. Com isso, subvertemos a lógica e concluímos que a verificação dos “pressupostos processuais” e das “condições da ação” somente pode ser constatada no processo quando temos reconhecidos iguais direitos de argumentar e contra-argumentar (direito de agir)”. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 184)

relação contínua de direito público que se instaurava entre as partes e o juiz para que este pudesse “decidir e realizar o direito deduzido em juízo”.<sup>6</sup> (BÜLOW, 2005, p. 6)

A teoria do processo como relação jurídica pública e contínua teve grande repercussão na Europa, principalmente na Itália, onde sofreu desdobramentos por força do trabalho de notáveis processualistas, dentre os quais, cumpre destacar Chiovenda, Carnelutti e Liebman. O trabalho desses autores, por sua vez, influenciou sensivelmente os processualistas civis brasileiros, repercutindo de igual forma nos estudos do nosso Direito Processual Penal.

## **2.2 O processo como relação jurídica pública e autônoma caracterizada pela multiplicidade de direitos subjetivos**

Giuseppe Chiovenda reconhece que a “ciência processual italiana amadurecera pela absorção dos resultados da ciência estrangeira”. (CHIOVENDA, 2000, p. 9). Em especial, Chiovenda se refere expressamente à influência da teoria da relação jurídica processual pública e dinâmica elaborada na Alemanha no final do século XIX. Na esteira de Bülow, Chiovenda enxergava o processo como uma relação jurídica. Para ele, a relação jurídica processual compreendia uma multiplicidade de direitos subjetivos do Estado frente ao particular e do particular frente ao Estado. Dessa forma, Chiovenda conectou a noção de relação jurídica processual à idéia de direito subjetivo (2000).

O direito subjetivo, em Chiovenda, corresponderia a uma “expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei” (2000, p. 17), que se resolveria na vontade concreta da lei. Essa, por sua vez, surgiria no momento em que se constatasse um fato ou um grupo de fatos no mundo exterior regulados pela norma.<sup>7</sup> Assim, da vontade geral e abstrata contida na norma, nasceria uma vontade específica idônea a disciplinar o caso concreto:

Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma *vontade concreta da lei*, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado. (CHIOVENDA, 2000, p. 18)

<sup>6</sup> Nesta passagem já se pode vislumbrar o caráter teleológico do processo que mais tarde vai ser aperfeiçoado e expressamente mencionado pelos herdeiros da escola do processo como relação jurídica.

<sup>7</sup> “Denominam-se fatos jurídicos aqueles de que deriva a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta da lei”. (CHIOVENDA, 2000, p. 22)

Segundo esse autor, “o conceito de relação jurídica é mais amplo do que o de direito subjetivo” (CHIOVENDA, 2000, p. 19). A relação jurídica abarcaria vários direitos subjetivos de uma parte e a correlata sujeição<sup>8</sup> da outra parte; pelo que poderia dizer-se de uma relação jurídica complexa.<sup>9</sup> A relação jurídica como tal poderia estabelecer-se tanto entre particulares, como entre estes e o Estado. Nessa última hipótese, poder-se-ia falar em relação jurídica de direito público, de que constituiria espécie, o processo (CHIOVENDA, 2000):

O próprio processo, do mesmo passo que tem por objeto a relação jurídica entre as partes deduzida em juízo pelo autor (relação jurídica substancial), constitui por sua vez, como veremos, uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional (relação jurídica processual): as duas relações apresentam no processo contínuas interferências e contraposição. (CHIOVENDA, 2000, p. 19)

Ainda apoiando-se na sua concepção de direito subjetivo, Chiovenda assinalou que a função precípua do processo consistiria “na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela”. (2000, p. 59) A vontade concreta da lei constituiria, por assim dizer, o objeto do processo. Assim, caberia aos órgãos jurisdicionais afirmar e promover a atuação da vontade da lei no caso concreto (CHIOVENDA, 2000). Denota-se daí o aspecto teleológico do processo:

[...] o processo é um complexo de atos. Não se trata, porém, naturalmente, de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo

---

<sup>8</sup> Segundo Chiovenda, a “sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele” (CHIOVENDA, Giuseppe, 2000, p. 31). Veremos no decorrer desta pesquisa que a ideia de um vínculo de subordinação existente entre as partes ou entre essas e o juiz, inerente ao conceito de relação jurídica processual não se coaduna com o atual paradigma de Estado Democrático de Direito: “A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação” (GONÇALVES, 1992, p. 97). No mesmo sentido é a crítica de Rosemíro Pereira Leal, para quem a teoria da relação jurídica processual está impregnada “das teorias voluntaristas do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em pólos de subordinação (ativo e passivo), como se o autor pudesse, à margem da lei, por um impulso íntimo de um direito idiossincrático e apriorístico, exigir do réu uma obrigação.” (LEAL, 2004, p. 88). É que, na atualidade, “o direito subjetivo somente pode ser interpretado como uma posição de liberdade argumentativamente referida e inserida numa determinada situação jurídica”. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 114)

<sup>9</sup> “Para Chiovenda, a relação jurídica se distingue do direito subjetivo, não tanto em razão de que aquela exprime não só a posição de quem goza de um direito como também a de quem lhe está submetido (o que já coincidiria com o direito subjetivo), mas pelo fato da relação jurídica não se exaurir num único direito subjetivo”. (LEAL, 2008, p. 74)

ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome *processo*.<sup>10</sup> (CHIOVENDA, 2000, p. 72).

Mais do que uma relação jurídica de direito público porquanto derivada de “normas reguladoras de uma atividade pública” (CHIOVENDA, 2000, p. 79), a relação jurídica processual em Chiovenda é tida como uma relação autônoma e complexa. Autônoma porque desvinculada de seu resultado final que poderia consistir numa resposta positiva ou negativa em relação ao direito subjetivo pleiteado pelo autor. Assim, a relação jurídica processual não se confundiria com a relação de direito substancial levada a juízo. “Esta é objeto daquela. Diferentes são as leis (processuais – substanciais) que regulam uma e outra” (CHIOVENDA, 2000, p. 79). Na relação processual, a vontade da lei não poderia ser confundida com aquela que guardasse relação com um bem da vida, mas antes, referir-se-ia à obrigação dirigida ao juiz no sentido de pronunciar-se sobre os pedidos formulados pelas partes. E complexa porque nela se poderia verificar, como se disse alhures, uma gama de direitos subjetivos “coordenados a um objetivo comum, que enfeixa numa unidade todos os atos processuais” (CHIOVENDA, 2000, p. 79). A consequência dessa unidade de atos processuais pertencentes à mesma relação processual redundaria na constatação de que uma vez reconhecida a nulidade da relação processual *ab initio*, todos os atos praticados posteriormente seriam considerados nulos. (CHIOVENDA, 2000)

Resta assinalar que Chiovenda quase não mencionou o procedimento em suas pesquisas e, quando o fez, tratou de dissolvê-lo na noção de processo. De fato, esse autor identificava o procedimento com a sequência legal de situações e atividades praticadas pelas partes e pelo juiz no desenrolar da relação jurídica processual:

Normalmente o processo se desenvolve com a participação ativa de todos os interessados. Por exceção, pode correr um processo em que uma parte não se apresenta em juízo e os atos se desenvolvem sem o seu concurso (processo à revelia). Todas essas atividades e situações estão sujeitas a determinadas regras concernentes ao seu modo de expressão, ao conteúdo, ao tempo, ao lugar (prazos e formas processuais), e têm uma sequência ordenada em lei, que se chama *procedimento*. (CHIOVENDA, 2000, p. 73)

---

<sup>10</sup> “No desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob influência de Bülow, reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. Em progressivos passos, buscou estabelecer a distinção entre processo e procedimento, e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação”. (GONÇALVES, 1992, p.63-64)

Conforme já dito, outro processualista italiano que se filiou à teoria de Bülow foi Francesco Carnelutti. Em suas perquirições sobre o Direito Processual, Carnelutti ponderou que a finalidade do processo era a composição da lide. As investigações deste processualista em torno da lide não se limitaram ao campo do Direito Processual Civil, expandindo-se com igual força para os domínios do direito processual penal.

### 2.3 A lide penal

Assim como Chiovenda, Francesco Carnelutti adotou, em certa medida, a noção de processo como relação jurídica de direito público filiando-se, neste aspecto, à escola processual fundada por Bülow no final do século XIX. Ao trilhar o caminho aberto por Bülow, Carnelutti destacou o aspecto teleológico do processo, assinalando sua finalidade de formação e aplicação de preceitos jurídicos, sendo então considerado “um método para a formação ou para a aplicação do direito” (CARNELUTTI, 2000, p. 72):

Chamamos (por antonomásia) processo a um conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas [...] com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes, ofício judicial) (CARNELUTTI, 2000, p. 71).

Ao definir assim o processo, Carnelutti, assim como aqueles que o antecederam nesta corrente de pensamento, tratou de dissolver no seu conteúdo a noção de procedimento, trilhando, dessa forma, o caminho inverso daquele percorrido pelos juristas alemães anteriores a Bülow. Como se viu, aqueles juristas conferiam especial atenção ao aspecto exterior do processo, aquele que, segundo dizia Bülow, saltava aos olhos da maioria: o procedimento. Carnelutti, ao revés, não individualizou em momento algum o procedimento, integrando-o implicitamente na noção de processo. (FAZZALARI, 2006)

Desta forma, Carnelutti acrescenta à discussão acerca do processo sua noção de lide,<sup>11</sup> bem compreendida como “um conflito (intersubjetivo) de interesses, qualificado por uma pretensão<sup>12</sup> contestada (discutida)” (2000, p. 78), em que o conflito de interesses aparece

---

<sup>11</sup> As ponderações de Carnelutti pertinentes à lide mereceram a atenção e o repúdio de Chiovenda: “Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei; se com a coisa julgada, se com atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é em consequência e resultado da atuação da lei”. (CHIOVENDA, 2000, p. 66).

<sup>12</sup> A ideia de pretensão já era conhecida do direito alemão. Suas raízes podem ser encontradas na célebre polémica estabelecida entre Windscheid e Müther acerca da natureza da ação. È que Windscheid entendeu de

como elemento substancial, enquanto a pretensão e a resistência denotam o aspecto formal da lide. O interesse a que Carnelutti se refere diz respeito à disposição para satisfação de uma necessidade concernente a um bem da vida. O conflito de interesses instaura-se quando a busca da satisfação dessa necessidade por parte de uma pessoa “exclui ou pelo menos limita” (CARNELUTTI, 2000, p. 75) a possibilidade de satisfação da necessidade de outra pessoa. A pretensão e a resistência, por sua vez, possuem natureza de atos jurídicos e se verificam na relação jurídica processual. A pretensão, assim considerada, não se confunde com o direito subjetivo, nem tampouco supõe sua existência. Daí se infere que a pretensão pode ser proposta tanto por quem possui quanto por aquele que não possui o direito, ou seja, pode apresentar-se como uma pretensão fundada ou infundada. Destarte, a pretensão – exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio – é independente de “sua conformidade com a ordem jurídica”. (CARNELUTTI, 2000, p. 82)

De acordo com Carnelutti, essas noções pertinentes à lide e seus elementos constitutivos serviriam também à compreensão do Processo Penal, acenando para a construção de uma teoria geral do processo como consequência inexorável do progresso do direito processual civil e do direito processual penal que se verificava na Itália do seu tempo. Nesse passo, Carnelutti observou que assim como existia a pretensão no processo civil, no processo penal não seria diferente. Na seara do processo penal ela receberia o nome de pretensão punitiva:

Também em relação à aplicação penal ocorrem fenômenos análogos aos que se observam na sanção civil; em particular se observa a existência da pretensão: quando a alguém se imputa ter cometido um delito, isso não significa senão que outro alguém pretende que lhe seja submetida a pena; há nisto um conflito entre seu interesse e um interesse contrário (público), que é o interesse na atuação da sanção, sem o qual a sanção não serviria para impor o preceito, e nesse conflito alguém faz valer uma exigência à subordinação do interesse oposto ao interesse do Estado, exigência que não é nem pode ser mais do que uma pretensão. Perfila-se assim a figura da pretensão *penal* ou *punitiva*. (CARNELUTTI, 2000, p. 105)

Carnelutti advertiu, contudo, que contrariamente ao que ele próprio afirmara no passado, o processo penal poderia existir mesmo em face da inexistência da lide. E defendeu seu novo ponto de vista afirmando que o processo penal poderia ser instaurado ainda que o imputado se submetesse voluntariamente à aplicação da reprimenda penal. Nesse caso,

---

substituir a *actio* dos romanos pela *Anspruch*, (pretensão), referindo-se ao direito de alguém exigir de outrem determinada conduta. (GONÇALVES, 1992) Na proposta de Windscheid, a *Klage* não se confundiria com esta pretensão, mas, antes, seria o direito de se obter a tutela estatal jurisdicional.

consoante seu pensamento, ninguém diria da existência da lide, mas, ainda assim, o processo restaria imprescindível à aplicação da pena. (2000).

Sendo assim, não haveria necessariamente no processo penal uma composição da lide aos moldes do processo civil. Existiria, lado outro, e mais exatamente, a verificação da existência de uma pretensão punitiva, ainda que o imputado não se lhe opusesse resistência alguma, isto é, ainda que não se perfizesse a lide penal.

A noção de lide desenvolvida por Carnulutti ganhou novos contornos a partir das investigações empreendidas por Enrico Túlio Liebman, cujos resultados influenciaram sobremaneira o Direito Processual Brasileiro.

#### **2. 4 A inovação do conceito de lide a partir das ponderações de Liebman.**

As investigações realizadas por Liebman sobre o Direito Processual Civil tiveram grande valia para o desenvolvimento dos estudos da Teoria Geral do Direito Processual no Brasil. É que o processualista italiano Enrico Tullio Liebman emigrou de sua pátria para o Brasil na década de 40 do século passado, vindo a lecionar na faculdade de Direito do Largo do São Francisco da Universidade de São Paulo, propalando em terras tupiniquins os ensinamentos de seus predecessores italianos. Assim, a teoria da relação jurídica processual, apesar de não constituir novidade entre os processualistas brasileiros daquela época, ganhou fôlego graças ao engenho de Liebman, culminando com a formação de uma escola paulista de direito processual.

Com Liebman, o conceito de lide proposto por Carnelutti sofreu algumas modificações. Segundo Liebman, “o objeto do processo não é o conflito de interesses em sua simples e natural realidade” (1976, p.116). Em outras palavras, o conflito de interesses constatado no processo não se confunde com aquele que se passa no plano fático, sendo limitado em sua configuração pelo pedido formulado na propositura da demanda:

O autor que quiser levar perante o juiz um conflito de interesses do qual é parte deve, por assim dizer, construí-lo juridicamente, determinando a forma de tutela jurisdicional que ele pretende conseguir como consequência lógica dos fatos que afirmou existentes. Desse modo, o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido. (LIEBMAN, 1976, p. 117).

A função do juiz, nessa proposta, não seria propriamente a composição de um conflito de interesses que, de resto, assumiria contornos mais de ordem sociológica do que jurídica. Consistiria, noutro giro, no exame da procedência ou improcedência do pedido feito na inicial, analisado sob o ponto de vista da aplicação da lei. Nessa perspectiva, o conflito de interesses seria representado no processo civil pela contraposição de pedidos apresentados pelo autor na inicial e pelo réu em sua contestação:

Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme o direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz. (LIEBMAN, 1976, p. 121).

Assim, na ótica de Liebman, lide e mérito não se distinguem: “julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente” (1976, p. 122). Essas considerações foram amplamente recepcionadas pelos estudiosos do Direito Processual Civil Brasileiro. Contudo, no âmbito do Direito Processual Penal, prevaleceram, com alguns reparos, as lições de Francesco Carnelutti, já delineadas nesta pesquisa, pertinentes à lide.

## **2.5 A influência da teoria da relação jurídica processual no processo penal brasileiro**

Ao propor sua teoria das exceções e dos pressupostos processuais, Oscar Von Bülow já vislumbrava a possibilidade de sua tese vir a servir também para aprimorar “a teoria do direito processual criminal” (BÜLOW, 2005, p. 4), embora tivesse sido elaborada com vistas à compreensão do direito processual civil. Bülow era, sem dúvida, um visionário. Pouco tempo depois da publicação de sua teoria, assistiu-se na Alemanha a uma grande produção científica que encampava as ideias por ele desenvolvidas, adaptadas ao Direito Processual Penal:

A doutrina da relação processual fora levada, na Alemanha, para os trabalhos de Direito Processual Penal. Como expõe Alcalá-Zamora, coube a John, em 1884, com o seu livro *Strafprozessordnung*<sup>13</sup>, e a Von Kries, em 1885, com o trabalho *Die Prozessvoraussetzungen*<sup>14</sup>, o relevante papel de terem sido os primeiros processualistas a adotar a nova orientação. Todavia, a sua definitiva implantação nos textos do Direito Processual Penal só se firma, em realidade, quando o próprio Augusto Von Kries publica, em 1892, o *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*<sup>15</sup>. (MARQUES, 2000, p. 123)

Da Alemanha, a teoria da relação processual penal ganhou a Itália. Segundo José Frederico Marques, o primeiro processualista a trabalhar a relação jurídica processual penal naquela península na vertente de Bülow foi Arturo Rocco. O resultado de suas pesquisas fora apresentado à comunidade jurídica na sua monografia: *Riparazione alle Vittime degli Errori Giudiziari*.<sup>16</sup> Assim como Rocco, Vincenzo Manzini também adotara a teoria da relação processual penal, expondo suas impressões no seu *Trattato di Procedura Penale*<sup>17</sup>, publicado em 1912. (MARQUES, 2000).<sup>18</sup> Posteriormente, Francesco Carnelutti incrementou a teoria da relação processual penal ao elaborar os conceitos de lide penal e de pretensão punitiva. (2000)

Da Itália, a teoria da relação jurídica processual penal alcançou o Brasil<sup>19</sup> pela via dos estudos que aqui se faziam sobre as obras de seus cultores na Itália, principalmente Francesco Carnelutti. Conforme já visto, Carnelutti trabalhou a noção de pretensão punitiva, abandonando a ideia por ele antes concebida concernente à existência de uma lide de natureza penal. No entanto, aqui no Brasil, as pesquisas sobre a Relação Processual Penal,

<sup>13</sup> Tradução livre: Ordem do Processo Penal

<sup>14</sup> Tradução livre: Os Pressupostos do Processo

<sup>15</sup> Tradução livre: Compêndio do Direito Processual Penal Alemão

<sup>16</sup> Tradução livre: Reparação à vítima de erro judiciário

<sup>17</sup> Tradução livre: Tratado de Procedimento Penal

<sup>18</sup> Em sentido contrário, entende Hélio Tornaghi que o primeiro processualista a trabalhar a relação jurídica processual penal na Itália foi Vincenzo Manzini: “Parece que se deve a Manzini a introdução do conceito de relação jurídica na ciência do processo penal italiano. [...] Em nota nº 2 à p. 75 do vol. I do *Trattato*, chama-lhe “nossa teoria”. A refutação de Lanza, apresentada em outra parte desse trabalho, é posterior ao *Manuale* de Manzini, que data de 1912. Também a monografia de Mauro Angioni: *La dottrina del rapporto giuridico processuale nelle sue applicazioni al processo penale* é de 1913; o estudo de De Marsico em *La Rappresentanza nel Diritto Processuale Penale* é de 1915 e o *Jannitti Di Guyanga em Della imputazione in istruttoria*, de 1916. [...] É verdade que, já em 1905, escrevendo sobre *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Arturo Rocco se ocupou do assunto, mas sem a preocupação de sistematizá-lo nem de o introduzir ou recomendar na doutrina italiana. Massari, *Il Processo Penale*, p. 78, afirma que os estudos de Rocco sobre o assunto datam de 1903, e os dele de 1906. Em 1913, em *La norme penale*, p. 211-2, refere-se à relação processual. Mas à p. 210 cita o *Manuale di Procedura Penale* de Manzini, o que prova que lhe é posterior. (1959, p. 236-237)

<sup>19</sup> “Foi [...] na península que, por primeiro, um Código de Processo Penal foi feito dentro do sistema de processo como relação jurídica. Compreenderam os projetistas do Código de 1913 que, além das razões de ordem teórica que aconselham a adoção do conceito de relação processual, outras havia de caráter prático para indicar que a própria lei fosse baseada naquela conceituação”. (TORNAGHI, 1959, p. 237). Assim como ocorrera na Itália, aqui no Brasil a teoria da relação processual penal não se restringiu aos meios acadêmicos. A força dessa teoria manifestou-se com todo seu poder de fogo na elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro de 1940. Com efeito, ensinava Tornaghi que as exceções processuais previstas no artigo 95 do CPP, tais sejam as exceções de suspeição, incompetência, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada nada mais eram do que pressupostos processuais, isto é, requisitos indispensáveis à formação do processo. (1987)

especialmente a partir dos estudos desenvolvidos por Tornaghi<sup>20</sup>, convergiram em contraposição a Carnelutti, para o reconhecimento da existência de uma lide penal.

Em suas pesquisas em torno da relação processual penal e de seus sucedâneos, Hélio Tornaghi concluiu pela existência de uma lide penal, rechaçando, nesse ponto, a oferta teórica apresentada por Carnelutti. Para Tornaghi, mesmo naquelas situações em que o réu reconhecesse a autoria do crime que lhe fosse imputado e ainda naquelas hipóteses em que o Ministério Público pugnasse pela absolvição, seria possível constatar a existência da lide penal. Tornaghi justificou seu posicionamento, aduzindo que no processo penal, de qualquer forma, sempre haveria dois interesses públicos contrapostos:

Tanto o acusador quanto o acusado representam no processo penal interesses públicos, porque o Estado tem tanto empenho na punição de um culpado quanto na absolvição de um inocente e tutela de igual modo a segurança pública e a liberdade individual. (1987, p. 88)

Aqui no Brasil, pelo que se colheu nesta pesquisa, preponderou o entendimento de Tornaghi no tocante à existência de uma lide de natureza penal.<sup>21</sup> Os autores brasileiros, na sua grande maioria, dão notícia da lide penal que se forma no momento em que o *jus puniendi in abstracto* transmuta-se no *jus puniendi in concreto*. Nesse sentido, propugnam que o direito de punir abstrato decorre da descrição legal de condutas proibidas ou impostas sob a ameaça de sanção penal, ou seja, o direito abstrato de punir assenta-se no direito substancial. No instante em que se verifica no mundo exterior um fato revestido de aparência criminosa, isto é, um fato considerado em tese, um ilícito penal, o direito de punir que até então era genérico, impessoal e indeterminado, transforma-se no direito concreto de punir aquele que transgrediu o preceito primário de natureza penal. Surge aí a lide penal: o conflito de interesses, em que o Estado irá pretender punir o infrator da norma penal, enquanto o acusado irá opor resistência a essa pretensão, isto é, exercitar o seu direito de defesa. (TOURINHO FILHO, v. 1, 1997):

[...] a prática de infração penal faz surgir uma lide de igual natureza, resultante do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu. A pretensão punitiva encontra, no direito de liberdade, a resistência necessária para

---

<sup>20</sup> José Frederico Marques observa que a tese de concurso à cátedra da Faculdade Nacional do Rio de Janeiro de Hélio Bastos Tornaghi, publicada em sua versão original no ano 1945, sob o título “*A Relação Processual Penal*”, constitui no Brasil o marco da translação da teoria da relação jurídica processual do Direito Processual Civil para o âmbito do Direito Processual Penal. (2000)

<sup>21</sup> Alguns autores brasileiros discordam desse posicionamento. Eugênio Pacelli utiliza-se do mesmo exemplo tomado por Tornaghi logo acima para concluir justamente o contrário. Para Eugênio Paccelli não se pode falar em conflito de interesse no processo penal, uma vez que interessa ao Estado não somente a punição do réu, mas, antes, interessa ao Estado a punição do culpado e a absolvição do inocente: “O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei”. (2006a, p. 81).

qualificar esse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, *de plano*, o seu interesse punitivo. (MARQUES, 2000, p. 60).

Na obra supra mencionada, Hélio Tornaghi destaca outro aspecto da teoria da relação processual penal. Para esse autor, a relação processual penal, assim como a relação processual civil, ostenta um aspecto angular, assim como queria Helwig. E especialmente no que concerne ao processo penal, não haveria que se falar na existência de uma relação de direito privado entre as partes e outra de direito público que se estabeleceria entre o autor e o juiz, ou entre este e o réu, conforme pretendia Adolf Wach, para quem o processo seria uma relação jurídica triangular. Da mesma forma, não se poderia admitir a proposta de Köhler para quem seria possível indicar no processo apenas uma relação jurídica linear, isto é, uma relação existente apenas entre autor e réu, de natureza privada (TORNAGHI, 1987):

no sistema acusatório, em que a iniciativa é de uma das partes (autor), estabelece-se entre esse e o juiz uma relação de Direito Público. Outro tanto acontece entre o réu, que pede a rejeição do pretendido pelo autor, e o juiz. Jamais, porém, se cria uma relação jurídica processual entre as partes. (TORNAGHI, 1987, p. 22)

Adepto incondicional da teoria da relação jurídica processual, Tornaghi afirmara ainda que fora somente a partir de sua adoção pelo Direito Processual Penal que o réu passou da condição de mero objeto do processo a sujeito de direitos (ARAÚJO, 1999). O autor explicava que era justamente por esse motivo que os “teorizadores do Direito nazista” (TORNAGHI, 1987, p. 15) rejeitavam veementemente a teoria do processo como relação jurídica. Entendiam eles que ao acusado não poderia ser franqueado qualquer direito de defesa vinculado ao direito de liberdade. O acusado, na doutrina nacional-socialista alemã, não seria mais que um simples objeto do processo, sujeito ao poder e à discricionariedade do juiz. (TORNAGHI, 1987)

Consoante o pensamento de Tornaghi, ao conferir a característica publicística ao processo e ao considerar as partes como sujeitos de direito frente ao Estado, mais do que uma produção científica, a teoria da relação processual surgiria, antes, como uma garantia do cidadão frente aos desmandos do Poder Judiciário. E esse aspecto da relação jurídica processual poderia ser percebido com melhor nitidez no âmbito do Processo Penal:

Especialmente no que respeita ao processo penal, ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas em que se vêem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um [...] Destarte, o acusado já não é mero objeto do

processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz. (TORNAGHI, 1987, p. 13)

Não nos parece, contudo, que Tornaghi tinha absoluta razão nesse ponto. A afirmação de que o réu só passou a ser considerado sujeito de direitos no processo penal a partir do perfilhamento da teoria da relação processual não nos convence. Isso porque, no decorrer da história do processo penal, o acusado não deixou de ser considerado objeto do processo e passou a ostentar a condição de sujeito de direitos pela simples adoção da teoria da relação processual. É claro que uma teoria dessa natureza contribuiu para a consolidação de uma práxis que se esboçava desde o século XVIII, mas isso não autoriza dizer que ela foi o marco dessa transformação. A transição tem sido lenta e gradativa e pode ser carreada principalmente ao movimento constitucionalista iniciado no limiar do século XX e retomado mais tarde no período pós-guerra, sofrendo retrocessos<sup>22</sup> e experimentando o vanguardismo a cada ruptura de paradigmas.<sup>23</sup> Noutras palavras, as “práticas judiciárias”, isto é, “o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido” (FOUCAULT, 2003, p.11) que, paulatinamente, transmudaram o acusado em sujeito de direitos, despojando-o da qualidade de mero objeto de investigação, foram sendo construídas e acolhidas pelas nações civilizadas ao longo de uma história permeada de avanços e recuos em matéria de direitos e garantias individuais.

A fim de melhor compreendermos esta assertiva, resta imprescindível a realização de um estudo acerca dos paradigmas de direito e de organização social para que possamos então identificar dentre as teorias do processo mais difundidas na contemporaneidade qual é aquela que mais se adequa ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>22</sup> A concepção do direito nacional-socialista é um claro exemplo de retrocesso no auge do movimento constitucionalista em sua primeira fase: “*El derecho nacionalsocialista es, según sus propios definidores, un estado de conciencia popular. Como el derecho reside en el pueblo y hay que interpretarlo, porque el pueblo no tiene físicamente un órgano único de expresión, se admite que el intérprete de la voluntad popular es el Führer. [...] el juez es el Führer dentro del proceso.*” (COUTURE, 1999, p. 72-3) Tradução livre: O direito nacionalsocialista é, segundo seus próprios definidores, um estado de consciência popular. Como o direito reside no povo e precisa ser interpretado, porque o povo não tem fisicamente um órgão único de expressão, admite-se que o intérprete da vontade popular seja o *Führer*[...] O juiz é o *Führer* dentro do processo.

<sup>23</sup> Quando se fala em ruptura de paradigmas não se pretende com isso dizer que os paradigmas de direito possam ser constados no plano real de uma forma estanque, isto é, de maneira absolutamente compartimentada: Na modernidade, os paradigmas do Estado de Direito, do Estado de Bem-Estar Social e do Estado Democrático de Direito “se sucedem, em um processo de superação e subsunção (*aufheben*), muito embora aspectos relevantes dos paradigmas anteriores, inclusive o da antiguidade, ainda possam encontrar, no nível fático, curso dentre nós, a condicionar leituras inadequadas dos textos constitucionais e legais”. (CARVALHO NETTO, 2004 p. 30)

### 3 OS PARADIGMAS DE DIREITO: DA PRÉ-MODERNIDADE AO PROCEDIMENTALISMO DE JÜRGEN HABERMAS

#### 3.1 Para uma compreensão acerca dos paradigmas de direito

Atribui-se a introdução do termo paradigma “na discussão epistemológica contemporânea” (OLIVEIRA, 2002, p. 52) ao filósofo da ciência Thomas Kuhn:<sup>24</sup>

paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (KUHN, 1994)

Essa concepção de paradigma traz consigo a ideia de ruptura inerente ao desenvolvimento científico. Em contrapartida, revela-se extremamente frágil, na medida em que sugere e requer a existência de panos de fundo que se traduzem numa sociedade determinada no tempo e no espaço. Melhor dizendo, o conceito de paradigma proposto por Kuhn apresenta um aspecto dúplice:

Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados. É claro que a história como tal é irrecuperável e incomensuravelmente mais rica [não se resumindo, portanto, aos esquemas da antiguidade e Idade Média, nem tampouco aos paradigmas do Estado de Direito, do Estado de bem-estar social ou do Estado Democrático de Direito que serão estudados nesta pesquisa] bem como se reconhece as infinitas possibilidades de reconstrução e releitura dos eventos históricos. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29)

---

<sup>24</sup> Neste sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que “o termo “paradigma” foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea, com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, como “consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo”, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn (...)” (OLIVEIRA, 2002, p. 52)

Assim, desde que seja recebida com essas ressalvas, nada impede que a noção de paradigma apresentada por Kuhn possa ser utilizada na seara das ciências sociais em que se insere a ciência do direito, embora tenha sido elaborada com vistas à compreensão das ciências naturais (FERNANDES, PEDRON, 2008). Com efeito, as “ordens jurídicas concretas” refletem “diferentes paradigmas jurídicos” (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 241), assim compreendidos como as concepções exemplares de uma comunidade jurídica pertinente ao modo como “o sistema de direitos e princípios do Estado podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade”.<sup>25</sup> Em outras palavras, é o paradigma do direito que irá esclarecer “o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados”<sup>26</sup>(HABERMAS, 2003, v.1, p. 242). A partir de uma compreensão paradigmática do direito:

(...) as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais parceiros do direito. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 275)

Conforme sinalizado supra, os paradigmas de Direito podem ser divididos em “um único grande paradigma de Direito e de organização política para toda a Antiguidade e Idade Média”, (CARVALHO NETTO, 2004, p. 29) denominado pré-moderno, e em outro grande bloco composto pelos paradigmas da modernidade, a saber: o do Estado de Direito, também conhecido como paradigma do Estado Liberal; o do Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Social de Direito e o do Estado Democrático de Direito, compreendido na versão habermasiana como paradigma procedimentalista do Direito. (CARVALHO NETTO, 2004)

Na sequência, iremos apresentar as características de cada um desses paradigmas de direito e assinalar os motivos que ensejaram sua superação (subsunção) e a forma como isso se deu.

### 3. 2 O paradigma de direito na pré-modernidade

<sup>25</sup> Dito de outra forma, “ (...) as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *back-ground*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica”. (OLIVEIRA, 2002, p. 54)

<sup>26</sup> “Hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após esse lance, a própria doutrina não pode mais evadir-se da questão acerca do paradigma “correto”. (HABERMAS, 2003, v. II, p. 129)

No paradigma pré-moderno, “o Direito e a organização política” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30) eram calcados em elementos transcendentais e indistintos que juntos formavam um todo normativo indissociável, traduzido num misto de “religião, direito, moral, tradição e costumes” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30). O Direito era então concebido como algo pertencente à determinada pessoa em razão do *locus* de seu nascimento, isto é, em função de seu *status* ostentado naquelas sociedades estratificadas, representadas por uma hierarquia social rígida e endeusada. Neste paradigma, o senso de equidade pautava-se na observância e na manutenção dos privilégios de castas através do reconhecimento e da reprodução das diferenças constatadas naquele panorama social hermeticamente fechado (CARVALHO NETTO, 2004):

O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda a sociedade, não existia, mas tão-somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30)

A superação desse paradigma deu-se paulatinamente e diversos fatores concorreram para sua dissolução. Entre estes fatores é possível apontar a emergência do capital em substituição ao feudalismo, impondo inexoráveis consequências pertinentes às relações de trabalho. No mundo regido pelo capital, o homem passa a ser o proprietário de sua força de trabalho tida agora como mercadoria passível de alienação. De par com toda essa mudança social e econômica, a laicização do pensamento marcada pelo “desenvolvimento das práticas de investigação policial” e por uma substituição da “cosmologia feudal” pela estrutura isonômica de átomos “que constitui o universo infinito da física de Galileu”, aliada à conquista da liberdade de culto, responsável pela dissociação entre religião, direito e moral, foram decisivas na derrocada deste modelo de direito e de organização política (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30-31). De fato,

todos esses processos de mudanças se integram em uma profunda alteração de paradigma. As intuições da moral individual racionalista, vistas como verdades matemáticas inquestionáveis, colocam em xeque a tradição, agora reduzida a meros usos e costumes sociais, que, para os homens da época, só pode ser explicada como o resultado da corrupção histórica e que, assim, deveria ser alterada pela imposição

de normas racionalmente elaboradas pelos homens enquanto sujeitos de sua história, inaugurando ou remodelando um tipo recente de organização política, os Estados nacionais. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 31)

### 3.3 O Estado Liberal de Direito

Com o surgimento dos Estados nacionais, a organização política e social passou a ser regida por regras elaboradas racionalmente, podendo-se falar, a partir daí, em uma normatividade jurídica propriamente dita.<sup>27</sup> O Direito então passou a ser considerado um conjunto de leis cuja observância era imposta a todos, independentemente de sua classe social. Essa nova concepção de Direito deitava raízes no jusracionalismo<sup>28</sup> que, tomando de empréstimo as idéias abstratas de um suposto Direito natural, viam na liberdade do indivíduo; no direito de propriedade e na igualdade formal, a base de uma nova sociedade livre e igualitária:

Pela primeira vez na história pós-tribal, todos os membros da sociedade são, ou devem ser, proprietários, homens livres e, assim, igualmente sujeitos de direito, capazes, até mesmo o mais humilde trabalhador braçal, de realizar atos jurídicos contratuais como o da compra e venda da força de trabalho. Com o movimento constitucionalista implantam-se Estados de Direito que resultam da conformação da organização política à necessidade de que essas idéias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades matemáticas absolutas e inquestionáveis (caracterizadoras do indivíduo – essa outra invenção da modernidade) pudessem encontrar livre curso e se impor. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32)

Nesse novo cenário, a sociedade era bipartida entre sociedade civil e sociedade política. A primeira centrada na vida individual, na família e nas leis de mercado e a segunda caracterizada pela “cidadania política, representação política e negócios de Estado”.

<sup>27</sup> No paradigma do Estado Liberal, “A constituição é, então, compreendida como “instrumento de governo” (*instrument of government*), como o estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado. É através da constituição, compreendida como organização e limitação do poder político, que se juridifica o Estado, que, legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional. (OLIVEIRA, 2002, p. 56)

<sup>28</sup> O jusracionalismo é uma das correntes de pensamento que se formou em torno do Direito Natural, ao longo da história do direito: “As várias correntes jusnaturalistas concordam em que há um Direito Ideal, perfeito, expressão mesma do justo, além do Direito Positivo. É esse Direito supremo que deve servir de modelo ao legislador. Discordam, porém, em relação à origem desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do Universo). Para os teólogos medievais, vinha de Deus. Para os racionalistas, o Direito Natural é produto da razão humana (FIÚZA, 2000, p. 42). No século das luzes, “uma política inteiramente profana [tinha] que ser justificada unicamente pela razão, ou, mais precisamente, por uma teoria construída com elementos pós-metafísicos. As doutrinas do direito natural racional ofereceram-se para desempenhar esta tarefa. Elas tinham transportado o conceito aristotélico de poder político, ou seja, de um poder de livres e iguais sobre si mesmos, para categorias da filosofia do sujeito, fazendo jus a uma compreensão individualista da liberdade e a uma compreensão universalista de justiça”. (HABERMAS, 2003, v.2 , p. 256)

(OLIVEIRA, 2002, p. 55). De igual forma, o Direito era dividido em Direito privado e Direito público. O Direito privado era, por assim dizer, o “reino por excelência daquelas verdades evidentes” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33), isto é, o nicho dos chamados direitos naturais pretensamente justificados de forma racional: vida, liberdade, igualdade e propriedade privada. O Direito público, por sua vez, visava garantir a preservação do novo modelo através da limitação do poder estatal pela edição de leis elaboradas pela “sociedade política” formada por pessoas que tivessem uma renda mínima que lhes possibilitasse a concorrência e a assunção de cargos públicos<sup>29</sup> (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33):

Assim, sociedade política e sociedade civil são separadas por um profundo fosso. Na primeira, os interesses gerais deveriam prevalecer mediante a atribuição de sua identificação e guarda aos membros dessa “sociedade política”, dessa “melhor sociedade”, àqueles cultural e economicamente bem aquinhoados. E a “razão prática” apontava para o estabelecimento do mínimo de leis gerais e abstratas, pois já que liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proibam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades (aqui o termo é empregado na acepção da época, como também abrangente dos dotes físicos e mentais de uma pessoa). A segunda, a sociedade civil, é o espaço naturalizado em que as propriedades devem ser desenvolvidas o mais livremente possível mediante a garantia da igualdade formal de todos perante a lei, não importando quão desiguais possam ser em termos materiais. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33)

No paradigma do Estado Liberal, o Direito era visto como um ordenamento negativo.<sup>30</sup> Tudo aquilo que não fosse proibido por lei seria, *a contrario sensu*, admitido. A liberdade individual tem como único limite o direito de liberdade do outro. E não somente o indivíduo, mas também o Estado encontra barreiras legais que restringem sua atuação. Cabe ao Estado garantir o livre exercício das liberdades individuais por meio da preservação dos limites da liberdade de cada um. Nesse Estado de Direito, a “atividade hermenêutica do juiz” se reduzia a um “silogismo perfeito” (BECCARIA, 2006).<sup>31</sup> “Ao juiz é reservado o papel de

<sup>29</sup> Caberia ainda ao Direito público compatibilizar os interesses privados concorrentes, visando em última instância à promoção do interesse geral: “Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo” (OLIVEIRA, 2002, p. 55). Todavia, tal modelo “não explica, de modo consistente, como atores voltados exclusivamente para a satisfação de interesses próprios podem concordar sobre as normas que irão reger, de forma imparcial, sua vida em comum.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 69)

<sup>30</sup> “O *status* de cidadão, para o liberalismo, é fundamentalmente determinado por *direitos negativos* perante o Estado e em face dos outros cidadãos. Como titulares desses direitos, eles gozam da proteção estatal à medida que buscam realizar seus interesses privados nos limites estabelecidos pela lei, e isso inclui a proteção contra intervenções estatais”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 92)

<sup>31</sup> No século XVIII a descrença nos juízes era fomentada pelas arbitrariedades e pelas concessões de privilégios prodigalizadas pelos julgadores ainda comprometidos com uma ultrapassada estrutura política autocrática. No campo do direito penal, essa preocupação era ainda mais aguçada: “A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só

mera *bouche de la loi*” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34): O juiz era a boca da lei. Acreditava-se que a razão humana dera conta de positivar toda a essência do Direito Natural e por isso mesmo seria impossível deixar de encontrar uma regra no ordenamento que disciplinasse o caso submetido à apreciação do juiz. Poderia, em última hipótese, haver algum conteúdo obscuro da lei que reclamasse a ação dos comentadores. (BAHIA, 2004)

Nesse contexto, precisamente após a edição do Código Napoleônico em 1804, surgem duas escolas que disputam entre si a primazia na tarefa de interpretação das leis: a Escola Exegética e a Escola Histórica. Os exegetas acreditavam que seus comentários seriam capazes de determinar o conteúdo das regras constantes do Código Civil francês recém-editado. Os historicistas, por sua vez, opunham-se aos exegetas na medida em que valorizavam o costume como elemento principal na interpretação do direito, chamando a atenção para seu aspecto evolutivo. (BAHIA, 2004)

Surge mais tarde, ainda no Estado Liberal, outra escola que iria influenciar o pensamento jurídico durante muito tempo. Estamos falando do Positivismo jurídico. Na esteira do desenvolvimento das ciências naturais, os juristas um dia acreditaram que a objetividade alcançada nessa seara pelo sistema metódico poderia ser obtida também no campo das ciências humanas, em especial, no âmbito do direito. De sorte que os positivistas negavam qualquer fundamento transcendental ao Direito, ainda que se pretendesse justificá-lo com base numa declarada “razão absoluta”. Para essa corrente de pensamento, o direito se resumiria estritamente ao conjunto de leis positivadas pelo Estado. (BAHIA, 2004, p. 306)

Outra característica marcante desse Estado Liberal é o desenvolvimento das doutrinas do direito privado e a pouca atenção conferida ao estudo do direito público.<sup>32</sup> E isso não foi por acaso. Como havia uma separação entre Estado e sociedade, entendia-se que, uma vez afastada a ingerência estatal dos assuntos particulares, cumpriria ao direito privado

---

deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. [...] Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor, a ação, conforme ou não a lei: a conclusão é a liberdade ou a pena. [...] Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente das opiniões. [...] Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem”. (BECCARIA, 2006, p. 26-27)

<sup>32</sup> Na monarquia constitucional alemã, em especial, “o direito privado desenvolveu-se como um domínio da ciência jurídica e do direito aplicado pelos juízes. No decorrer do século XIX, portanto, até a codificação do código civil de 1900, o direito privado estruturou-se como um domínio jurídico sistematicamente fechado e autônomo, a salvo da força impregnadora de uma ordem constitucional democrática. ( HABERMAS, 2003, v. 2, p. 132)

garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status jurídico positivo* das pessoas privadas, mantendo a proteção do direito individual”. ( HABERMAS, 2003, v.1, p. 132)

O modelo do Estado Liberal começa a se revelar insustentável quando se constata que o próprio sistema capitalista que se supunha autônomo, sujeito apenas às leis do mercado, passa a requerer a efetiva participação Estatal, seja no sentido de planejar a realização das atividades econômicas, seja no sentido de propiciar a infra-estrutura adequada ao seu desenvolvimento (HABERMAS, 2003). As desigualdades econômicas e sociais constituíam, outrossim, uma das feridas abertas deste sistema<sup>33</sup> que pululavam, reclamando urgentes mudanças, pois a tão propalada

liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação da miséria também sem precedentes”. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34)

Começam então a pipocar movimentos reacionários por todos os lados.<sup>34</sup> As concepções liberais passam a ser contestadas por teóricos “socialistas, comunistas e anarquistas”<sup>35</sup>, cujas ideias insuflam as massas a promover movimentos coletivos, pleiteando

<sup>33</sup> O individualismo exacerbado “dos séculos XVII e XVIII, corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos.” (MAGALHÃES, 2000, p. 44)

<sup>34</sup> “Jornadas de trabalho de 15 a 17 horas por dia, idosos, crianças e mulheres em rodízio nos postos de trabalho, remunerações aviltantes levando ou conduzindo milhões de desvalidos à completa miséria, além de uma fortíssima repressão a qualquer tipo de protesto, bem como um exército de mão-de-obra de reserva criado nas periferias, em condições degradantes, levaram à eclosão de um sem-número de questionamentos e movimentos sociais (socialismo utópico, científico e anarquistas)” (FERNANDES, PEDRON, 2008, p. 18). Sofrendo pressões de todos os lados, “os Estados Liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, *e.g.*, diminuíam a jornada de trabalho (ao menos para mulheres e crianças) que permitiam o funcionamento de sindicatos (proibidos durante muito tempo); e também ações positivas, no melhoramento estrutural das cidades e até a ampliação do direito ao voto (acabando aos poucos com o voto censitário). Começava-se a difundir a idéia de que o mero elenco de direitos não era suficiente para garantir a igualdade e liberdade *reais* e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a materialização daqueles direitos consagrados em “Declarações” ou mesmo constitucionalmente; percebe-se que, além de se afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o mais fraco”. (BAHIA, 2004, p. 307)

<sup>35</sup> Os anarquistas pensavam que a “socialização espontânea” não seria uma resultante de um direito racional, nem tampouco “do interesse na troca vantajosa de bens, mas da disposição para o entendimento capaz de solucionar problemas e coordenar a ação”. Uma sociedade erguida sobre essa base e não alicerçada sobre as regras de mercado seria isenta de dominação, sem, contudo, deixar de ser uma ordem política. No entanto, é forçoso constatar que “este projeto anarquista de uma sociedade que se esgota no entrelaçamento horizontal de

direito ao voto e cobrando o reconhecimento de direitos sociais, tais como o direito de “organização sindical e partidária” e o direito de greve. Essas arregimentações batem também pela fixação de salário mínimo, pela redução da jornada de trabalho e pela instituição de benefícios previdenciários. E gritam ainda por melhores condições de saúde e educação e pela estipulação de um tempo mínimo de livre disposição pessoal. (CARVALHO NETTO, 2004)

### 3.4 O Estado de Bem-estar social

Surgem neste cenário novas formas de organização política que delineiam a ascensão de um novo paradigma: o paradigma do Estado Social. O mundo assiste à implantação do socialismo na Rússia em 1918; as sociais democracias são instauradas na Alemanha (1919) e na Áustria (1920). (CARVALHO NETTO, 2004)

Neste novo paradigma entram em cena os direitos coletivos e sociais. E, para além desses, uma nova leitura dos direitos individuais consagrados no paradigma anterior se faz premente. Doravante, a liberdade individual não é mais limitada apenas por um número restrito de leis. Há uma série de leis de cunho coletivo e social que impõem limites a esta liberdade e que aspiram promover a igualdade substancial através de um tratamento privilegiado dirigido aos economicamente mais frágeis. O direito privado e o direito público não mais se distinguem na sua essência<sup>36</sup> e o direito de propriedade, antes absoluto, passa a ser vinculado à sua função social. (CARVALHO NETTO, 2004)

Após o término da primeira guerra, a complexidade social aumenta<sup>37</sup>, e com ela exsurge a necessidade de remodelação do paradigma de Direito e de organização política que

---

associações jamais conseguiu ultrapassar o nível utópico; e principalmente hoje, ele não consegue fazer jus à necessidade de organização e de regulação das sociedades modernas”. (HABERMAS, 2003, v.1. p. 268)

<sup>36</sup> No paradigma do Estado Social “todo o Direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o que recai essa imensa tarefa. O Estado continua a subsumir toda a dimensão do público, agora imensamente alargada e positivamente valorada, e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante os quais alicia clientelas, para que os direitos de primeira geração possam ganhar densidade no novo sentido tendencialmente materializado que passa a revesti-los”. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 35)

<sup>37</sup> “A sociedade do pós-Primeira Guerra, a “*sociedade de massas*”, para usar uma expressão consagrada pela sociologia no século XX, compreende-se dividida entre sociedade civil e Estado. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa, dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facção em disputa, cada qual buscando seus interesses. Não mais um Estado liberal “neutro”, distante dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida concretas, impondo pautas públicas de “vida boa”. (OLIVEIRA, 2002, p. 59)

já não atendia às emergentes mudanças de caráter econômico e social. No paradigma do Estado Social, a tentativa de materialização do direito reclama uma atuação direta do Estado sobre a própria esfera privada que já não se sustenta sozinha. E como não poderia deixar de ser, a ingerência Estatal se faz sentir também na interpretação do direito. Conferem-se poderes mais amplos ao juiz na interpretação dos textos legais na esperança de que se cumpram os ideais de um novo modelo:

O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. Aqui o trabalho do juiz já tem que ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado. Explica-se assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria pura do direito. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36)

Apesar de todo esse discurso de materialização dos direitos, o paradigma do Estado Social não consegue camuflar por muito tempo suas contradições internas. Os fatos históricos verificados na primeira metade do século XX começam a desmascarar a face autoritária desse modelo de direito e de organização social.

### 3.5 O Estado democrático de direito na visão procedimentalista

As atrocidades praticadas durante a Segunda Grande Guerra começam a chamar a atenção do mundo para os perigos subjacentes ao modelo de Bem-Estar Social.<sup>38</sup> Mas é a

---

<sup>38</sup> Este modelo trazia consigo o germe do totalitarismo que se manifestou com toda sua força na Rússia Bolchevique e na Alemanha de Hitler: “Na Rússia soviética, proclama-se que o *individuum* é o *mal* e deve ser combatido, anulado, subvertido na *massa*, que significa o povo reduzido a um vasto aglomerado de produtos humanos standardizados, erradicados de alma, confundidos na desolante mesmice de “modelos de fábrica”. Na Alemanha nacional-socialista, ao invés do ideal marxista da *massa*, fala-se, para servir ao ferrenho antiindividualismo de Hitler, no interesse do *povo*, que é defendido como “comunhão indissolúvelmente ligada pelo sangue e pelo território” ou como “única grandeza política”, de que o Estado é forma natural; mas o resultado é o mesmo: o indivíduo reduzido à expressão mais simples. Embora com fundamentos diferentes, chega-se, na Rússia e na Alemanha, a uma fórmula idêntica. “ Não há direitos individuais em si mesmo”. A supressão do princípio da legalidade do Direito Penal nesses dois países é um triste exemplo da degeneração desse pretensão Estado de Bem-Estar social. Após a queda da República de Weimar, proclamava-se na Alemanha

partir das décadas de 60 e 70 do século passado que os pilares desse paradigma começam a ruir:

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista, e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contra-culturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, “a nova esquerda”, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado do Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia – quanto ao estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão *Estado Democrático de Direito*. (OLIVEIRA, 2002, p. 62)

Soma-se a tudo isso a crise econômica verificada na década de 70 que põe “em xeque a racionalidade objetivista dos tecnocratas e do planejamento econômico, bem como a oposição antitética entre a técnica e a política” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36). O Estado agora precisa fortalecer-se economicamente para dar conta de cumprir as propostas de promover a igualdade material propalada pelo *Welfare State*: “O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas”. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36)

Agudiza-se a complexidade social. Surge uma nova categoria de direitos própria desse tipo de sociedade multifacetada. É a era dos direitos coletivos ou difusos, cuja titularidade é afeta a todos os cidadãos indistintamente. Entre esses novos direitos, podemos apontar o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado e os direitos inerentes à relação de consumo. A distinção entre o público e o privado sofre nova reformulação e os direitos consagrados nos paradigmas anteriores reclamam outra leitura:

Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissivo. Os denominados direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. Liberdade e igualdade são retomadas como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37)

---

a máxima inscrita no “Memorial” hitlerista sobre o “novo direito penal alemão”: “permite-se a punição do fato que escapou à previsão do legislador, uma vez que essa punição seja reclamada pelo “sentimento” ou pela “consciência” do povo ( *Volksempfinden*), depreendidos e filtrados, não pela interpretação pretoriana dos juizes, mas ( e aqui é o leão mostra a garra...) segundo *revelação* (*Kundmachung*) do *Führer*. ( HUNGRIA, FRAGOSO, 1977, p. 26).

Em outras palavras, o paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe uma co-dependência entre autonomia pública e autonomia privada. A autonomia privada é garantida pela participação efetiva dos cidadãos nas questões públicas. E essa participação só é possível quando se garante a autonomia privada. Uma não subsiste sem a outra. No paradigma procedimentalista do Estado democrático de direito só se pode falar em autonomia privada na medida em que os destinatários da norma “puderem se entender como autores do direito, ao qual se submetem”<sup>39</sup>(HABERMAS, 2003, v.1, p.146), pois:

a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que a autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como “garantia para a emergência” da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como “garantia de emergência” da [autonomia] privada. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 146)

Dito de outra forma, a co-originalidade entre autonomia pública e privada e seu consectário lógico consistente na legitimidade do direito manifesta-se e comprova-se através das formas de comunicação.<sup>40</sup> Com efeito, uma ordem jurídica só se reputa legítima

na medida em que assegura a autonomia privada e autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstituir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e privada. (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 147)

---

<sup>39</sup> “As liberdades de ações individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreenderem-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.”(HABERMAS, 2004, p. 298).

<sup>40</sup> Ana Paula Repolês Torres esclarece essa assertiva ao consignar que “A proposta de Habermas, de co-originalidade entre soberania popular e direitos humanos, passa pela institucionalização, pelo sistema jurídico, dos mecanismos que permitam aos destinatários dos direitos serem ao mesmo tempo seus atores, ou seja, dos procedimentos que possibilitam a realização da soberania popular. Dessa forma, os direitos de liberdade subjetiva de ação não podem nem ser impostos ao legislador desde fora, muito menos podem ser instrumentalizados como requisito funcional para a realização de seus fins. Eles surgem ao mesmo tempo em que é exercida a soberania popular, pois os cidadãos que resolvem regular sua vida pelo direito atribuem-se, reciprocamente, tais liberdades de ação por meio do exercício de suas liberdades comunicativas”. (TORRES, 2005, p. 18)

Nessa proposta, as formas comunicativas próprias dessa nova sociedade em que a esfera “pública política” é “enraizada nos núcleos privados do mundo da vida<sup>41</sup> através de instituições da sociedade civil” substituem “o jogo de gangorra entre os sujeitos privados e estatais” (HABERMAS, 2003, v. 2, p.144) que animaram a disputa entre os paradigmas do Estado Liberal e do Estado do Bem- -Estar Social.<sup>42</sup> Nesse sentido, a Teoria procedimentalista do Direito pretende superar a dicotomia entre autonomia pública e autonomia privada verificada nos paradigmas modernos anteriores.<sup>43</sup> No paradigma procedimentalista de direito, ao invés de uma separação entre autonomia pública e autonomia privada, o que existe entre estas é uma relação de complementariedade recíproca.<sup>44</sup> E ao privilegiar o reconhecimento da

---

<sup>41</sup> “‘Mundo da vida’ é um conceito elaborado por Husserl e significa um horizonte de sentidos não problematizados, um saber pré-reflexivo que existe na sociedade, sendo complementar ao conceito de agir comunicativo, na medida em que absorve o risco de dissenso sempre existente, pois, às pretensões de validade levantadas sempre resta, como uma das alternativas, a possibilidade de dizer não às razões apresentadas. O mundo da vida, dessa forma, seria incumbido de tornar plausíveis as pretensões de validade levantadas pelos participantes do discurso, na medida em que se assenta em pressupostos contrafactuais pragmáticos e semânticos. Neste sentido, grande parte do que se diz em sociedade permanece não problematizado, escapando à crítica por se apoiar nesse acordo de fundo que constitui nosso mundo da vida. Habermas lembra-nos do caráter paradoxal de tal conceito, pois ele é um saber sempre presente, só que ausente, ou seja, ele está sempre presente nas nossas experiências de vida, mas passa despercebido, já que, quando se torna explícito, quando é tematizado, deixa de ser uma certeza direta e passa a ser um saber falível, ou seja, deixa de ser um mundo da vida. Como seus elementos, temos os padrões culturais (de onde provêm as interpretações de que se utilizam os participantes na comunicação, ao entenderem-se entre si sobre algo no mundo), as ordens consideradas legítimas (que integrariam a sociedade, a partir de onde os indivíduos regulam sua pertinência a grupos sociais e asseguram a solidariedade) e as estruturas de personalidade (de onde vêm as razões e competências que possibilitam aos indivíduos falar, atuar e formar, assim, suas identidades), elementos estes que foram condensados como um saber acreditado na prática comunicativa, tendo já passado pelo processo de tematização”. (TORRES, 2005, p.15).

<sup>42</sup> “Quer se trate do Estado intervencionista ativo ou do Estado supervisor irônico, parece que as capacidades de regulação social que lhes são atribuídas devem ser extraídas, na forma de uma autonomia privada reduzida, dos indivíduos enredados em suas dependências sistêmicas. Por este ângulo, existe um jogo de gangorra entre os sujeitos de ação públicos e privados; o aumento da competência de uns significa a perda de competência dos outros. Na linha do pensamento liberal, os sujeitos do direito privado, no quadro de suas liberdades distribuídas de modo igual, só encontravam um limite nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, [no Estado Social] eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade política superior, que domina essas contingências sociais através da regulação e da organização social, a fim de garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas.” (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 144)

<sup>43</sup> “No Estado liberal, a base da sociedade era constituída pela autonomia dos sujeitos do direito, participantes do mercado, que buscavam sua felicidade individual. Neste modelo, a ‘sociedade econômica’ era institucionalizada pelo direito privado e desvinculada do Estado, considerado então como ‘a esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado’. O modelo do Estado social, em sentido oposto, renuncia a autonomia privada e reveste-se das ‘qualidades de ator das agências do Estado’. Entram em cena dois atores: de um lado, os representantes do Estado; e do outro, aqueles sobre quem estes exercem o seu domínio”. (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 138-144).

<sup>44</sup> É importante perceber que tanto o paradigma do Estado Liberal quanto o paradigma do Estado Social “compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexo interno entre autonomia privada e autonomia do *cidadão* - e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade

existência de um nexos interno entre autonomia pública e privada, a teoria procedimentalista expõe a tensão entre facticidade e validade existente no direito:

(...) ao garantir tanto as liberdades de ação subjetivas ( autonomia privada), que são inerentes ao próprio *medium* do direito quanto as liberdades comunicativas (autonomia pública), na medida em que se fundamenta no “princípio do discurso”, [o sistema de direitos], traz em si a tensão entre facticidade e validade, que Habermas identificou como a tensão entre positividade e legitimidade. Isto ocorre porque o sistema de direitos permite a assunção de duas posturas, a do participante, ao viabilizar, através do “princípio democrático”, os mecanismos para a gênese legítima das normas jurídicas, possibilitando aos indivíduos tornarem-se autores da lei às quais se submeterão, e a do observador, ao tratar os indivíduos como destinatários das normas (...) (TORRES, 2005, p. 30)

No paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, as formas de comunicação garantem a legitimidade<sup>45</sup> do direito e autorizam supor que “os processos de criação e aplicação do direito levam a resultados racionais”. (HABERMAS, 2003, v. 2, p.153). É este sistema de direitos, “interpretado e configurado no processo democrático da legislação [discurso de justificação] e em processos de aplicação imparcial do direito [discurso de aplicação] que assegura ao mesmo tempo a autonomia privada e pública de parceiros do direito”<sup>46</sup> (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 153). Assim, no Estado Democrático de Direito, os destinatários das normas podem se reconhecer como seus autores tanto no plano de justificação quanto no nível de sua aplicação. E isso implica na rejeição de qualquer teoria que pretenda garantir a segurança jurídica e uma correção<sup>47</sup> das decisões fundadas apenas na

---

jurídica. Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias”. (HABERMAS, 2003, v. 2, p. 145-146)

<sup>45</sup> “O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade”. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 172)

<sup>46</sup> Essa assertiva reclama o esclarecimento do que se entende por discurso de justificação e discurso de aplicação do direito: “Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente à luz do princípio democrático [...] Já os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto. (OLIVEIRA, 2000, p. 87). “Em discurso de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes”. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 271)

<sup>47</sup> “Correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos” (HABERMAS, 2003, v.1, p. 281). “Argumentos são razões que regatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas. Uma teoria da argumentação que esclarece o papel e a construção de argumentos considera o jogo de argumentação sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para uma fundamentação dos passos da argumentação, que ultrapassam uma justificação interna de juízos do direito”. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 280-281)

capacidade individual do julgador. Daí a crítica formulada por Habermas dirigida à teoria de Dworkin:

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua interpretação diverge de todas as outras. [...] Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. [No paradigma procedimentalista do direito] o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. (2003, v.1, p. 276).

Outro ponto pertinente ao paradigma procedimentalista de direito que não poderíamos deixar de mencionar neste momento, ainda que de passagem, refere-se ao caráter deontológico assumido pelo direito.<sup>48</sup> É preciso deixar bem claro que se partirmos de uma “compreensão correta da interpretação construtiva” não poderemos assimilar direitos a valores (HABERMAS, 2003, v. 1). E isso porque, dentre outros motivos que serão analisados adiante, nas sociedades plurais e secularizadas, não há possibilidade alguma de se firmar uma base axiológica uníssona. (LEAL, 2008)

Depois de tudo o que foi dito sobre o paradigma procedimental do Estado Democrático de direito, resta agora revisitar as teorias acerca da natureza jurídica do processo em voga nos últimos anos, para daí verificar qual é aquela mais condizente com este novo paradigma.

---

<sup>48</sup> Esta constatação será desenvolvida de forma mais minuciosa no próximo capítulo, precisamente no item 4.3.1, quando então trataremos da natureza deontológica dos princípios jurídicos.

## 4 UMA ANÁLISE DAS TEORIAS PROCESSUAIS CONTEMPORÂNEAS SOB O ENFOQUE DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 4.1. A teoria instrumentalista do processo

Na esteira dos estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti e Bryan Garden acerca do tema “Acesso à justiça e efetividade do processo”, surge, no seio da Escola Paulista de Direito Processual, a denominada corrente instrumentalista do processo.<sup>49</sup> Pode-se dizer que o marco inaugural dessa corrente de pensamento foi a edição da festejada obra “A Instrumentalidade do Processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, apresentada em sua primeira versão como tese de concurso à cátedra de direito processual civil da Universidade de São Paulo.

A proposta de Dinamarco resume-se a na consideração do processo como instrumento de realização dos valores sociais, políticos e econômicos da nação: os escopos metajurídicos do processo.<sup>50</sup> Reafirma-se neste sentido o aspecto teleológico do processo, pelo que, essa teoria pode ser compreendida como uma variante da teoria do processo como relação jurídica. A distinção básica existente entre esta e aquela reside no fato de que, na teoria do processo como relação jurídica, a finalidade do processo é a atuação da vontade da lei no caso concreto, enquanto que na teoria instrumentalista, a finalidade do processo é a preservação dos valores mais caros ao grupo social. Na teoria da relação jurídica, o processo é visto como um instrumento da jurisdição. E por óbvio, o processo é compreendido da mesma forma pela teoria instrumentalista.<sup>51</sup> Porém, verifica-se, nesta teoria, uma maior preocupação em traçar quais são os fins perseguidos na utilização deste instrumento:

---

<sup>49</sup> “O ‘acesso à justiça’ seria a marca de todo o pensamento instrumentalista, consubstanciado no sentido de tornar o processo acessível, justo e dotado de grande produtividade, sendo sua efetividade observada na capacidade que o sistema teria de produzir situações de justiça, em vista da pacificação social”. (FERNANDES, PEDRON, 2008, p. 56)

<sup>50</sup> Consoante o pensamento de Dinamarco, a legitimidade do processo deve apoiar-se “não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificação de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo”. (DINAMARCO, 2003, p. 181-182)

<sup>51</sup> De acordo com Dinamarco, “A força do pensamento doutrinário que se expande por todos os continentes, como uma verdadeira ‘multinacional do processo’, tende a eliminar as diferenças regionais e as resistências ao pleno reconhecimento teórico e prático de que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.” (DINAMARCO, 2003, p. 60)

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual. [...] Na realidade, as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permanecem no plano jurídico, com a crença de ser suficiente explicar a função jurisdicional, que antes de tudo é *política*, em face da mecânica *do direito*. (DINAMARCO, 2003, p. 181)

Dessa forma, a corrente instrumentalista do processo pretende uma característica teleológica não mais relacionada apenas à realização do direito material, mas, antes, conectada à promoção dos valores mais relevantes para a sociedade. Com isso, os partidários dessa corrente de pensamento negam a

natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual [e afirmam] sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. (DINAMARCO, 2003, p. 24)

Ao conferir caráter axiológico às formas jurídicas, Dinamarco entende que assim agindo estaria adequando o processo à nova ordem constitucional e aos seus princípios basilares: “O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar” (2003, p. 33). Contudo, ao que nos parece, este autor ainda orienta suas reflexões com base no paradigma do Estado Social,<sup>52</sup> e não com suporte nas premissas de um Estado Democrático de Direito. De fato, Cândido Rangel Dinamarco assevera que

o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos “fins limitados do Estado”, pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça* e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de “justiça” um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser “a providência do seu povo”, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente *intervencionista*, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os

---

<sup>52</sup> A obra de Dinamarco, “bem como da maioria dos processualistas brasileiros que entendem o processo e a jurisdição como instrumentos teleologicamente orientados para a realização dos valores sociais e políticos da nação”, é delimitada pelo “marco teórico de bem-estar social”. (FERNANDES, PEDRON, 2008, p. 56)

objetivos da ideologia aceita. O “pacto social” refletido na nova ordem constitucional inclui o traçado de diretrizes nesse sentido da integração social e econômica da população. (DINAMARCO, 2003, p. 34-35)

É este intervencionismo estatal, apregoadado pelos adeptos da escola instrumentalista, que deve orientar a postura dos juízes na condução dos casos jurídicos. Ao prolatar suas decisões, os juízes devem ter em mente seus “resultados sócio-econômicos e políticos”. (DINAMARCO, 2003, p. 41). Somente procedendo desta forma, isto é, assegurando toda a carga axiológica inerente ao processo, é que os juízes poderão cumprir seu distinto mister consistente na promoção da “ordem jurídica justa”.<sup>53</sup> E é esta a “postura instrumentalista esperada de todos os juízes” (DINAMARCO, 2003, p. 42) propalada por esta teoria.

Denota-se a partir dessas colocações que o ativismo judicial é uma das principais características da visão instrumentalista do processo. Concentram-se maiores poderes nas mãos do juiz para que este possa realizar os ideais de justiça perseguidos pela sociedade. Empenhado na consecução desse objetivo, o juiz deve sempre buscar acomodar a letra da lei dentro do “universo axiológico da sociedade em que vive”. (DINAMARCO, 2003, p. 48).<sup>54</sup> Assim,

imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse *iter* lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. (DINAMARCO, 2003, p. 48)

No cumprimento de sua tarefa de identificar os valores sociais dominantes, e assim, fixar os escopos da sua jurisdição, o juiz deve ficar atento para “as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente” (DINAMARCO, 2003, p. 190). Deve ter em conta os aspectos culturais compartilhados pelo povo que o configura como uma nação distinta das outras nações. E deve possuir uma especial sensibilidade, idônea a absorver os anseios do agrupamento social e assim poder “determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social”. (DINAMARCO, 2003, p. 190).

<sup>53</sup> “com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição”. (DINAMARCO, 2003, p. 64)

<sup>54</sup> “Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*”. (DINAMARCO, 2003, p. 239)

Delineados sucintamente os contornos da teoria instrumentalista do processo, afiguramos possível reafirmar que o paradigma de direito e organização política subjacente a esta proposta seguramente não é o paradigma do Estado Democrático de Direito, na visão procedimentalista de Habermas. De fato, vimos que a teoria instrumentalista do processo assenta seu alicerce sobre o terreno movediço das concepções axiológicas ideais. E, ao fazê-lo, a teoria instrumentalista deixa de considerar, ou melhor, confere diminuta importância à característica multifacetada das sociedades complexas,<sup>55</sup> pois nesse tipo de sociedade uma proposta tendente a diluir o direito numa ordem de valores é totalmente descabida (HABERMAS, 2003, v.1, p. 318) e isso ocorre justamente por não ser possível atingir o consenso em termos de uma apreciação valorativa.

No paradigma procedimentalista do direito e da democracia, não cabe confundir direitos com valores. As regras e os princípios jurídicos, dado seu caráter deontológico, impõem aos seus destinatários – que ao mesmo tempo são seus próprios autores - um dever; enquanto os valores indicam aquilo que uma pessoa ou um grupo de pessoas entende ser bom ou conveniente para ela ou para o grupo. Em outras palavras, ao contrário das normas, os valores não encerram obrigação alguma no sentido jurídico.<sup>56</sup> E uma vez que a teoria instrumentalista assenta sua base em critérios valorativos, capazes até mesmo de subverter as formas comunicativas legitimamente estabelecidas<sup>57</sup> em prol da realização dos escopos

---

<sup>55</sup> Dinamarco faz uma pequena incursão sobre este tema, abordando-o de forma superficial e emprestando-lhe pouca importância de ordem prática: “A generalizada ‘disposição a obedecer’, disseminada entre os membros do grupo social, corresponde, de modo mais consciente ou menos, ao reconhecimento dessa compatibilidade axiológica e à necessidade do poder, como instrumento estatal para a consecução dos objetivos comuns. Isso não significa que necessariamente exista, ou se requeira, integral consenso dos membros da sociedade, em torno do poder e dos objetivos pelos quais é exercido. Fala-se, mesmo na ‘escassez de crescente consenso’, como característica da sociedade contemporânea e resultado das profundas mutações por que passa: os novos padrões morais e políticos da sociedade cambiante em que vivemos neste limiar de uma nova era torna mais árdua a percepção dos princípios legitimadores de todo o sistema político mesmo e, via de consequência, da sua instrumentação processual. Por outro lado, não se pensa na aceitação, ou consentimento, do destinatário individualizado de cada ato imperativo isoladamente considerado, nem somente na aceitação de cada um dos atos; falar em aceitação, como elemento legitimador do poder, é falar na generalizada aceitação, *pela sociedade*, do *sistema* que inclui e positiva o poder. A irrisignação do destinatário do ato não infirma a legitimidade do poder, mesmo quando desborde para o campo da rebeldia e, muito menos, quando manifestada pelos canais predispostos para ser formulada perante os agentes estatais (recursos)”. E arremata com argumento de autoridade: “O repúdio individual ou mesmo social a algum ato do titular do poder é fator de desgaste deste e pode até conduzir a alguma degradação na aceitação do sistema, mas não é, em si mesmo, causa de exclusão de legitimidade.” (DINAMARCO, 2003, p. 168-169)

<sup>56</sup> Este tema será melhor explorado no item 4.3.1 *infra*.

<sup>57</sup> Conforme já foi dito, a legitimidade do direito no paradigma procedimentalista está relacionada à existência de um procedimento – formas comunicativas - que possibilite aos destinatários das normas participarem de sua construção tanto no plano de justificação quanto em nível de sua aplicação. Neste paradigma, são as formas de comunicação que garantem a autonomia privada e a autonomia pública (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 147). Já na proposta da teoria instrumentalista do processo “a compatibilidade do sistema processual com [a] realidade axiológica é o primeiro e mais importante fator de legitimidade”. (DINAMARCO, 2003, p. 167)

sociais, econômicos e políticos do processo, conclui-se que uma proposta dessa natureza não se amolda ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

Vejamos, então, se as demais teorias mais discutidas na contemporaneidade se enquadram neste novo paradigma. A próxima teoria que iremos analisar é aquela que concebe o processo como um procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, elaborada por Elio Fazzalari na segunda metade do século passado.

#### **4.2. O processo como procedimento em contraditório**

Foi o processualista italiano Élio Fazzalari quem se encarregou da tarefa de dar início a um ingente trabalho de desconstrução da teoria da relação jurídica processual – degenerada mais tarde em corrente instrumentalista do processo - pela análise e reformulação de seu elemento essencial: o direito subjetivo relativo, próprio das relações de direito privado.

Ao esquema de “direito subjetivo relativo” (realizado pelo dever do outro) equipara-se a velha e gloriosa figura da “relação jurídica”, modelada pela pandetística alemã e nela imperante, mas já em declínio exatamente pela impossibilidade de empregá-la em relação a complexas relações entre normas. Pensa-se, aliás, no emprego impróprio que do esquema da relação jurídica por tanto tempo se fez a fim de definir a estrutura do “processo”. (FAZZALARI, 2006, p. 85)

Fazzalari observou em sua empreitada que a noção de direito subjetivo sofreu várias mutações desde as primeiras incursões doutrinárias realizadas nesse campo por Windscheid: “poder de dispor e de criar os meios garantidos pelo ordenamento contra os recalcitrantes”; passando pelas investigações de Ihering: “direito juridicamente protegido” e Jellinek: “poder de vontade (elemento formal) a serviço de um determinado interesse (elemento material)”, culminando, enfim, nos trabalhos produzidos pelos processualistas italianos que ainda no início do século passado concentraram sua atenção no estudo das posições jurídicas subjetivas, relegando à penumbra a noção de direito subjetivo (FAZZALARI, 2006).

E foi a partir da noção de posição jurídica subjetiva extraída da norma que Fazzalari construiu sua teoria do procedimento e do processo. A posição jurídica subjetiva em Fazzalari refere-se a uma posição de vantagem do sujeito frente à norma que lhe faculta ou impõe a prática de um ato que se enuncia como pressuposto da incidência de outra norma que regula a prática de outro ato. Nessa ótica, o procedimento consistiria numa sequência de normas, atos e posições jurídicas subjetivas (FAZZALARI, 2006). Para melhor compreendermos essa

estrutura normativa, faz-se necessária uma ligeira digressão sobre o conceito de norma em Fazzalari.

Segundo o autor italiano, a norma refere-se à valoração do lícito e não à valoração do comportamento ilícito, como queria Kelsen: “se é A, deve ser B, onde [...] A é o ilícito e B a sanção (teoria da norma como juízo hipotético de Kelsen)” (BOBBIO, 1999, p.23). A norma, na concepção fazzalariana aparece antes como reguladora de um comportamento autorizado ou imposto (GONÇALVES, 1992). No procedimento regulado pela norma, uma vez praticado um ato lícito ou obrigatório, deixa-se preparado o terreno para a incidência de outra norma que regula a prática de outro ato autorizado ou imposto, e assim, os atos procedimentais vão se encadeando sucessivamente, até a realização do ato final, edificado sobre o conjunto dos atos precedentes. Essa explanação permite entrever que no desenrolar do procedimento a norma pode apresentar-se em diversos perfis assim definidos: “padrão de valoração”, “ato jurídico” e “posição jurídica subjetiva”. (FAZZALARI, 2006, p. 82)

Cumprе apresentar ainda outra distinção existente ente a teoria da norma em Kelsen e em Fazzalari. É que Hans Kelsen trabalhou a noção de norma de comportamento,<sup>58</sup> enquanto Fazzalari, por sua vez, concentrou suas pesquisas sobre a norma de estrutura. É dizer que os sistemas de direito modernos englobam não só as normas de comportamento e de sanção; compreendem ainda as normas de organização e de autorização institucionalizadoras dos processos jurisdicionais (HABERMAS, 2003). Assim, as normas de estrutura não aparecem como reguladoras do comportamento, mas antes dizem respeito a procedimento de regulamentação jurídica e de aplicação de outras normas ao caso concreto (BOBBIO, 1999). É nesse sentido que se pode falar em norma reguladora da estrutura procedimental. O procedimento, nessa vertente, é uma estrutura técnica que resulta da “conexão de condutas reguladas pelas normas” (GONÇALVES, 1992 p. 84). “o procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas”(FAZZALARI, 2006, p. 114):

O procedimento é, enfim, visto como uma série de “faculdades”, “poderes”, “deveres”, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever). (FAZZALARI, 2006, p.114)

---

<sup>58</sup> “O Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. (KELSEN, 1991, p. 4)

Nessa perspectiva, o procedimento jurisdicional é concebido como uma estrutura técnica normativa destinada à preparação do ato final, isto é, o pronunciamento jurisdicional de caráter decisório definitivo. Melhor dizendo, o procedimento é concebido como uma estrutura técnica normativa de atos sequenciais, em que o primeiro ato é pressuposto do ato consequente e este, por sua vez, extensão do ato anterior e preparatório do ato posterior, e assim sucessivamente, até a prolação do provimento final (GONÇALVES, 1992). Nessa teoria, o provimento é tido como um ato conclusivo emanado dos órgãos estatais dotado de característica imperativa, finalizador daquela sequência de atividades que o preparam. Quando este ato é praticado pelo órgão jurisdicional, fala-se então em provimento jurisdicional. (FAZZALARI, 2006)

Do exposto, é possível concluir que o procedimento só adquire validade e eficácia se, e somente se, realizado de acordo com a norma. Em outras palavras, o procedimento caracteriza-se pela “interconexão normativa entre os atos que o compõem” (OLIVEIRA, 2001, p. 193). É por isso que se fala em estrutura técnica normativa no sentido de procedimento. Nas palavras de Fazzalari:

O procedimento se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”. (2006, p. 93)

É preciso salientar ainda que somente por razões de ordem expositiva admitir-se-ia falar em normas reguladoras do procedimento. Na verdade o que existe no procedimento é uma conexão de normas, isto é, uma conexão entre prescrições normativas, atos e posições subjetivas. As normas, vale ressaltar, são analisadas individualmente frente às demais normas que compõem o procedimento. Assim entendida na sua singularidade, a norma fixa o conteúdo do ato no tocante ao papel que deverá cumprir na sequência procedimental, e, ao fazê-lo, provoca sua inserção entre um ato que atua como seu pressuposto e outro ato que lhe é consequente. (FAZZALARI, 2006). Dessa conexão normativa resulta que a validade de um ato posterior depende da validade do ato anterior que se coloca na cadeia procedimental como seu pressuposto. Nisso reside “a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade” (FAZZALARI, 2006, p. 117) proposta por Fazzalari, pois não se pode perder de vista que o provimento também é um ato; o ato conclusivo de todo o procedimento

que só adquire validade e eficácia se for emanado com base nas conexões normativas que o preparam:

Se, numa primeira abordagem, indicamos como “provimento” os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido lato, os que fazem justiça, e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas, e como “procedimento” a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara e é concluída por ele; se acolhemos essas primeiras sumárias noções, estamos em condições de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, justamente, a conclusão de um procedimento, o ato final do mesmo: no sentido que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia, se ele não foi, entre outras coisas, precedido da série de atividades preparatórias pela lei estabelecida. (FAZZALARI, 2006, p. 32)

Feitas essas considerações sobre o procedimento, cumpre agora analisar o processo sob a mesma perspectiva normativa, pois “o aprender do processo consiste, tal como a propósito do estudo do procedimento, no apreender das normas que o compõem.” (FAZZALARI, 2006, p. 127). Visto desse ângulo, o processo é, assim como o procedimento, uma estrutura técnica normativa:

O processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado. (FAZZALARI, 2006, p. 27)

Entretanto, cumpre consignar que o processo, na concepção de Fazzalari, é um procedimento bem mais articulado e complexo (FAZZALARI, 2006). Trata-se de um procedimento específico, marcado pela presença do contraditório<sup>59</sup>:

---

<sup>59</sup> “A referência à estrutura dialética como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o ‘processo’, como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos. O conflito de interesses (ou o modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético [...]. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo” (FAZZALARI, 2006, p. 121). Essa crítica é dirigida diretamente à teoria sobre a lide exposta por Francesco Carnelutti em sua obra “Instituições de Processo Civil”. Convém registrar, entretanto, que após sua “conversão” definitiva ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, isto já no final de sua carreira, Carnelutti faz clara menção ao provimento no sentido de um todo que se perfaz pela participação dos interessados: “Cada homem, dissemos, é uma parte. Precisamente por isso nenhum homem chega a alcançar a verdade. Aquela que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela; qualquer coisa como uma minúscula faceta de um diamante maravilhoso”. [...] “No fundo, quando o juiz se prepara para julgar, encontra-se frente a uma dúvida: este é culpado ou inocente? Também a dúvida é uma palavra transparente: ‘dubium’ vem de ‘duo’. Um bívio se abre ante o juiz: de cá ou de lá. Ele deve escolher. Mas para escolher deve percorrer uma ou outra estrada, do contrário não poderia ver onde elas vão terminar. Agora se compreende a que serve, para o juiz, o defensor e por que, em frente ao defensor, se coloca o acusador; são aqueles que guiam o juiz no percurso

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento de sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram à emanção do ato final – interessados em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os contra-interessados) estejam, sob plano de simétrica paridade, então o procedimento se faz mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 2006, p. 94)

Destarte, não seria mais possível distinguir o processo do procedimento à luz de um critério teleológico, como queriam os partidários da teoria relacionista, em que o procedimento seria a mera sequência de atos coordenados entre si, realizados pelas partes e pelo juiz, enquanto o processo seria a relação jurídica instaurada entre as partes e o juiz, com vistas à realização da vontade concreta da lei, na prolação da sentença. Assim, na teoria de Fazzalari o processo só poderia ser compreendido adotando-se um critério lógico de inclusão em que o processo, por força de um elemento diferenciador, o contraditório, seria concebido como espécie do gênero procedimento. (GONÇALVES, 1992)

A diferença entre o processo e o procedimento, portanto, não deveria ser buscada na finalidade de um ou de outro. O elemento característico que o distinguiria dos dois institutos deveria ser identificado dentro do próprio sistema ao qual pertencem:

Pelo critério lógico, as características do procedimento não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório”. (GONÇALVES, 1992, p. 68)

Não se pode deixar de mencionar, contudo, que Fazzalari, “ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório [...] não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional” (LEAL, 2004, p. 92); melhor dizendo, na proposta inicial de Fazzalari, o contraditório ainda não aparecia como garantia processual alçada ao nível constitucional, tal

---

das duas estradas, a fim de que ele possa escolher uma delas” (CARNELUTTI, 1995, p. 37-38). “Os processualistas, contudo, prestaram pouca atenção a este **Carnelutti**, talvez porque para ele, naquela fase (no final de vida), o direito processual já não fizesse sentido sem o *necessário fundamento* e eles, de modo geral, sempre tivessem pretendido preservar – na via do *positivismo*- um ordenamento que bastasse por si só, dando conta da ( *V* ) *erdade*.” (COUTINHO, 2009, p. xxxiv).

como é conhecido na contemporaneidade. Com efeito, ao construir sua teoria do Processo como procedimento em contraditório, Elio Fazzalari fez-se comodatário de um termo próprio do direito administrativo austríaco, o *Parteiengehör*, que, segundo ele, operou a transmutação do procedimento em processo:

Justamente da fonte austríaca, e das fontes dela derivadas, surgiu o já mencionado *Parteiengehör* (entendido como princípio da “audição” do cidadão interessado) e/ou até mesmo o contraditório dos destinatários do provimento, perfiz que assinalam o *iter* histórico da passagem de mero procedimento ao processo, ainda que esta última figura tenha sido identificada e denominada “processo” só recentemente. (FAZZALARI, 2006, p. 111)

Como se vê, Fazzalari extraiu do direito administrativo a noção de contraditório da qual se valeu para discernir o processo do procedimento. Não se pode, contudo, deixar de dar importância à façanha por ele realizada, pois à época da idealização de sua teoria, o movimento constitucionalista processual ainda não havia se firmado tal como se apresenta nas sociedades civilizadas contemporâneas (LEAL, 2004). É dizer que à época da primeira publicação das Instituições de Direito Processual de Fazzalari ainda não se falava em processo constitucional, nem tampouco em modelo constitucional de processo.

Na atualidade, porém, o processo se define não apenas pela presença do contraditório, mas antes, pela verificação de uma base principiológica que compreende os princípios constitucionais do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do órgão jurisdicional e da fundamentação das decisões jurisdicionais, dentre outros. Aliás, não é outro o entendimento de Ítalo Andolina para quem o “problema do processo não diz respeito apenas à sua concreta organização, segundo a lei ordinária vigente, mas também à sua conformação à normatividade constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional” (ANDOLINA, 1997). Nessa linha de ideias, Dierle José Coelho Nunes (2004, p. 74) adverte que “a estruturação de um processo necessita da implementação de um conjunto de garantias processuais constitucionais, modelo constitucional de processo, na qual o contraditório constitui uma importante, mas não a única garantia”.

## 4.2 O processo constitucional

Em oposição à teoria da relação jurídica processual, e em complementação da teoria do processo como procedimento em contraditório, exsurge uma teoria do processo constitucional, ou, simplesmente, uma teoria do processo<sup>60</sup> que se define como um procedimento realizado em observância ao conjunto de garantias processuais constitucionais inerentes ao devido processo legal. Essas garantias têm assento em normas constitucionais, entre as quais sobrepõem aquelas que preveem o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do órgão julgador e a fundamentação das decisões jurisdicionais, e, no caso específico do processo penal, o princípio da presunção de inocência e o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, o que nos permite afirmar que “o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional”. (BARROS, 2008, p. 14)

A relação existente entre processo e constituição não é uma idéia recente. A aproximação entre os dois termos vem sendo notada e anotada pelos processualistas desde o final da Segunda Grande Guerra (LEAL, 2004). Aqui no Brasil, o estudo do processo sob o enfoque constitucional ganhou relevo após a promulgação da Constituição da República de 1988 que instituiu um regime democrático.<sup>61</sup> Nesse novo paradigma não é mais possível indagar a existência de um processo apartado da Constituição. Daí porque resta inteiramente descabida a diferenciação que se pretende fazer entre direito processual constitucional e direito constitucional processual<sup>62</sup>, pois toda norma processual é necessariamente uma norma constitucional:

A dicotomia de um *direito processual constitucional* e *constitucional processual* merece a necessária clareza para o exato apontamento da origem desses supostos ramos jurídicos, porquanto ambas as expressões induzem o leitor a uma possível existência de um *direito processual* dentro ou a partir da constituição diverso de um direito processual infraconstitucional.

Tal postura [...] tem agravado o equívoco acadêmico de se colocar o Processo fora da Constituição, rebaixando-o à condição de mero sistema procedimental contido nos códigos e leis extravagantes de livre manejo

---

<sup>60</sup> “... no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc...” (OLIVEIRA, 2001, p. 213)

<sup>61</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”

<sup>62</sup> “Com a ampla constitucionalização de princípios processuais, no passado reconstruídos a partir da aplicação da legislação processual, juristas brasileiros, seguindo as lições de autores alemães e italianos, introduziram na discussão constitucional e processual pátria a distinção entre o que seriam um “Direito Constitucional Processual” – o conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito Processual – e um “Direito Processual Constitucional” – processo através do qual a jurisdição é exercida”. (OLIVEIRA, 2001, p. 211)

instrumental da Jurisdição judiciária, como quer a maioria dos adeptos da Escola Instrumentalista e da Relação Jurídica. ( LEAL, 2004, p. 61)<sup>63</sup>

O processo na perspectiva constitucionalista é um procedimento diferenciado; trata-se de uma estrutura técnica normativa de atos sequenciais que precedem e preparam a prolação do provimento, realizados de acordo com os princípios processuais constitucionais. Caso esses princípios não sejam observados na construção e concatenação dos atos preparatórios das decisões jurisdicionais não haverá processo, mas simples procedimento que, como tal, não se arvora idôneo a legitimar a supressão ou restrição de direitos individuais, pois, consoante o disposto no artigo LV da Constituição da República, ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Nesse sentido, o processo aparece como a garantia dos direitos fundamentais previstos de forma expressa ou implícita no texto constitucional.

Essa nova compreensão do processo como garantia que se estabelece sobre uma base principiológica constitucionalizada reclama o devido esclarecimento daquilo que se entende por princípios no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

#### ***4.3.1 A concepção de princípio no Estado Democrático de Direito***

A investigação em torno da precisa concepção de princípio não é recente.<sup>64</sup> Há muito que se pretende estreitar a noção de princípio do conceito de regra. Entretanto, a busca realizada nesse sentido foi sempre marcada pela “falta de clareza e polêmica” (ALEXI, 2008, p. 87). Diante desse panorama, adotamos em nossa pesquisa, à guisa de corte epistemológico, a ideia de que tanto as regras como os princípios constituem espécies de normas<sup>65</sup>:

---

<sup>63</sup> Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que tal distinção é problemática se analisada sob a perspectiva de uma teoria constitucional: “... se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, “constitucional”. ( 2001, p. 212)

<sup>64</sup> “O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno”. (GALUPPO, 1999, p. 191)

<sup>65</sup> “A primeira questão que se colocava acerca desses princípios, nos primeiros 60 anos de nosso século, era acerca de seu caráter normativo. Tanto juspositivistas quanto jusnaturalistas foram unânimes em reconhecer sua força vinculante. E essa posição ainda é a dominante na Teoria do Direito”. (GALUPPO, 1999, p. 191)

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXI, 2008, p. 87)

Vê-se que em Alexy, os princípios, assim como as regras, pretendem uma característica deontológica, isto é, aspiram um dever-ser, e nesse sentido, distinguem-se das prescrições de caráter meramente axiológico que não encerram qualquer faculdade, obrigação ou vedação pertinente à conduta humana. As normas, portanto, segundo esse autor, não se confundiriam com os valores próprios de determinada comunidade, porquanto esses tratam daquilo que é concebido como um bem para a comunidade, enquanto aquelas indicam o dever imposto a toda sociedade. (GALUPPO, 1999, p. 195).

Alexy assinala que, de acordo com os critérios mais utilizados para diferenciar as regras dos princípios, centrados na “generalidade dos princípios”, na “determinabilidade dos casos de aplicação”, na “forma de seu surgimento”, no “caráter explícito de seu conteúdo axiológico”, na “referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema” e na sua “importância para a ordem jurídica”, (2008, p.88) é possível apontar três teses distintas concernentes às regras e aos princípios. A primeira tese é a de que qualquer tentativa de diferenciar as regras dos princípios estaria condenada ao insucesso, em face da diversidade dos critérios apresentados para consecução desse objetivo, pois tais critérios poderiam ser combinados da forma que se bem entendesse. A segunda sustenta que a diferenciação entre regras e princípios é apenas de grau. Nessa ótica, o critério resolutivo seria o grau de generalidade inerente aos princípios. A terceira e última tese afirma categoricamente que a diferença entre regras e princípios não é apenas gradual, trata-se antes de “uma diferença *qualitativa*.” (ALEXY, 2008, p. 89-90)

É sobre essa última tese que Alexy se apoia para conceber os princípios como “mandamentos de otimização” e as regras como invólucros de “determinações” no recinto daquilo que é possível tanto no plano fático quanto jurídico:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo

que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2008, p. 90-91)

Ainda segundo Alexy, “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisão entre princípios e de conflitos entre regras”. (2008, p.91). Tanto no primeiro quanto no segundo caso, as normas, se aplicadas de forma isolada conduziriam a resultados incompatíveis entre si, isto é, “a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios” (ALEXY, 2008, p. 91). Por isso, caso seja verificada uma colisão entre princípios ou um conflito entre regras, essa incompatibilidade deve ser necessariamente resolvida, a fim de se evitar a formação de juízos inconciliáveis. E esta resolução dá-se de forma diversa num e noutro caso, isto é, quer se trate da colisão de princípios, quer se trate do conflito de regras. Aí, na forma da resolução dos ditos conflitos, é que residiria o elemento diferenciador das duas espécies de norma.<sup>66</sup>

O autor segue dizendo que o conflito entre regras só se resolve pela introdução de uma cláusula de exceção ou por meio da declaração de invalidade de uma das regras. E esclarece sua proposta pertinente à cláusula de exceção, fornecendo o exemplo da coexistência de uma regra que proíba o aluno de deixar a sala de aula antes do toque que indica seu encerramento e outra regra que imponha ao aluno o dever de sair da sala se o alarme de incêndio tocar. Nesse caso, se o sinal que indica o término da aula ainda não houvesse tocado no momento em que soasse o alarme de incêndio, essas regras conduziriam “a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si”, e tal conflito só poderia ser solucionado “por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio” (ALEXY, 2008, p. 92). Não havendo essa possibilidade de solução do conflito existente entre regras, outro caminho não restaria senão declarar a invalidade de uma das normas, seja pela utilização dos postulados “*Lex posterior derogat legi priori, e lex specialis derogat legi generali,*” (ALEXY, 2008, p. 93) seja pela consideração de qual regra deveria prevalecer em razão de sua importância verificada na apreciação do caso concreto.

A resolução das colisões entre princípios ocorre de forma diversa daquela levada a efeito em face de um conflito de regras. Havendo colisões entre princípios, tal como ocorre naquela hipótese em que algo é, ao mesmo tempo, proibido de acordo com um princípio e

---

<sup>66</sup> “Alexy demonstrou que é possível precisar o modelo de ponderação metodicamente, tornando-o uma lei de colisão e uma lei de ponderação que corresponda a esta lei de colisão. Não obstante, não foi possível, dessa forma, eliminar completamente o problema de critério. Além disso, [conforme veremos mais à frente com Habermas] ele pressupunha uma reinterpretação teleológica de princípios e reduziu o problema de fundamentação à fundamentação de decisões de preferência.” (GÜNTHER, 2004, p. 332)

permitido consoante outro, um deles deve dar lugar à aplicação do outro. Em outras palavras: “um dos princípios terá que ceder”<sup>67</sup> (ALEXY, 2008, p. 93). Isso, contudo, não implica na declaração de invalidade do princípio cedente, nem tampouco na introdução de uma cláusula de exceção neste princípio. Apenas indica que em face de determinadas condições a aplicação de um dos princípios colidentes é preferível à aplicação do outro, o que permite afirmar de outra parte que, sob outras condições, a questão da precedência poderá ser resolvida de forma diametralmente oposta.<sup>68</sup> Disso se infere que os princípios

(...) não contêm um *mandamento definitivo* mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (Alexy, 2008, p. 104) [...] Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2008, p. 94).<sup>69</sup>

Importa notar que a teoria exposta por Alexy acerca da distinção entre princípios e regras busca assentar sua base em premissas similares àquelas sobre as quais Ronald Dworkin

<sup>67</sup> “Por exemplo, na análise de um contrato, a cláusula *pacta sunt servanda* pode levar, obviamente, a soluções distintas do princípio *rebus sic stantibus*. Portanto, os dois princípios representados nesse exemplo não podem ser aplicados, de modo compatível, em algumas situações. Há toda uma construção da doutrina para tentar estabelecer tal compatibilidade onde ela é realmente impossível. Ao contrário de seus livros, a prática dos operadores jurídicos lhes ensina que essa aplicação universal dos princípios é irrealizável”. (GALUPPO, 1999, p.192)

<sup>68</sup> Vê-se que nessa proposta a distinção entre regras e princípios se daria mais em razão de sua aplicação em situações concretas do que propriamente em função de sua estrutura: “A descrição de Alexy do comportamento de colisão, não obstante, sugere a suposição de que a distinção de regras e princípios diz respeito menos à estrutura de normas do que à sua aplicação em situações concretas, nas quais a aplicação imparcial de normas demanda a consideração de todos os sinais característicos. Possivelmente será mais fácil, em lugar disso, retomar a proposta de Searle de que a distinção, localizada por Alexy na estrutura da norma, poderá ser reconstruída de modo mais adequado em condições de conversação, sob as quais nos posicionamos diante de compromissos em determinada situação. Nesse caso, a diferença consistiria mais em tratarmos de uma norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) em determinada situação. (GÜNTHER, 2004, p. 315). “É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões.” (CARVALHO NETTO, 1996: 146)

<sup>69</sup> “Essa ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma *hierarquização* dos mesmos. Não se trata de uma hierarquização absoluta, mas de uma hierarquização tendo-se em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de *ponderação* dos princípios envolvidos na situação. A ponderação, como concebida por Alexy, refere-se a “qual dos interesses, *abstratamente do mesmo nível*, possui *maior peso no caso concreto*” (Alexy, 1993b: 90. Grifos meus). (GALUPPO, 1999, p. 194).

se debruçara ao desenvolver sua tese pertinente aos princípios. Em Dworkin, os princípios, da mesma forma que as regras, assumem feições normativas. A distinção entre essas duas espécies de normas segundo esse autor é de “natureza lógica”. Tanto os princípios quanto as regras

apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Uma vez caracterizados os fatos previstos pela regra, esta deverá necessariamente incidir na resolução do caso concreto, a não ser que exista outra regra que excepcione sua aplicação.<sup>70</sup> No caso dos princípios, “não há uma especificação do fato ao qual uma consequência deve seguir” (CHAMON JÚNIOR, 2004, p. 92).<sup>71</sup> De igual modo, não se pode falar na existência de cláusulas de exceção no que concerne aos princípios. Isso porque, em relação aos princípios, tais cláusulas não comportam enumeração casuística, uma vez que “qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio”. (GALUPPO, 1999, p. 199)

Os princípios, ao invés de estabelecerem condições que reclamem necessariamente sua aplicação, enunciam antes uma razão que direciona o argumento na apreciação do caso específico. Se, porventura, um princípio não é aplicado na resolução de um caso particular, isso não implica de forma alguma na sua extirpação do sistema jurídico. Indica apenas que naquele caso tal princípio não é aplicável. Dadas outras condições, isto é, verificada a ausência ou a menor força das considerações contrárias “o [mesmo] princípio poderá ser decisivo”. (DWORKIN, 2002, p. 42)

<sup>70</sup> Essa afirmação pode ser compreendida a partir do exemplo fornecido pelo próprio Dworkin: “Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não será eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador [*catcher*] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra”. (DWORKIN, 2002, p. 39-40)

<sup>71</sup> “Mesmo aqueles [princípios] que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião – se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar.” (DWORKIN, 2002, p. 40)

Aqui, cumpre apresentar outra distinção entre princípios e regras presente na teoria de Dworkin: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.” (2002, p. 43). Na colisão de princípios, o que vai determinar a prevalência de um em detrimento de outro é a sua força, isto é, sua real importância a ser extraída pela utilização de um critério comparativo estabelecido entre os princípios concorrentes, em face do caso determinado. Essa aferição acerca do maior ou menor peso dos princípios conflitantes não será, na maior parte das vezes, isenta de controvérsias. Isso, contudo, não retira a dimensão do peso ou importância inerente aos princípios. (DWORKIN, 2002)

A solução do conflito entre as regras aplicáveis a determinado caso segue outra diretiva:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (DWORKIN, 2002, p. 43)

Ao analisarmos superficialmente as ideias desenvolvidas por Alexy e Dworkin em relação à natureza dos princípios e seu traço característico que os distinguem das regras, podemos chegar à falsa constatação de que as teorias desses autores apontam para o mesmo sentido. De fato, tanto Alexy quanto Dworkin buscam conferir a esses padrões a característica normativa, e ainda, de acordo com os dois autores, a aplicação de um princípio na apreciação do caso concreto precede à aplicação de outro princípio em função de seu maior peso: o princípio de menor peso deve ceder frente ao de maior importância. Essas similitudes, contudo, só existem aparentemente. Na sua essência, as duas propostas não se afinam na mesma toada.

Com efeito, ao conceituar os princípios como mandados de otimização<sup>72</sup>, Alexy acaba por esvaziar o conteúdo normativo dos princípios, indo de encontro à sua própria tese sobre a natureza deontológica dos princípios.<sup>73</sup> (GALUPPO, 1999, p. 195):

---

<sup>72</sup> O curioso é que “mesmo apreendendo toda a complexidade das questões após o giro hermenêutico-pragmático, [Alexy] mantém-se preso a uma concepção positivista de operacionalização do Direito, compreendendo as regras a partir de uma concepção convencionalista e os princípios jurídicos como o meio de se superar, operacionalmente, a falta de comandos determinantes a partir da ideia de comandos de otimização que acaba por oferecer uma leitura teleologizante e mergulhada no pragmatismo, incapaz de superar a tensão entre ideal/real para além de uma mera aproximação. Aliás, Alexy deixa transparecer que não há uma resposta capaz de ser *interpretada, atribuída, imputada, reconstruída, assumida* como a *resposta* única para aquele caso – salvo num processo de “auto-enganação”; aliás, desde sua perspectiva, somente podemos alcançar *respostas*

(...) quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através de sistemas de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 318).

Com efeito, o método utilizado por Alexy no afã de distinguir os princípios das regras é tipicamente axiológico. As normas, dado seu caráter deontológico, não podem ser discernidas a partir da codificação “gradual de sua pretensão de validade” (HABERMAS, 2003, v.1, p.317), própria dos valores.<sup>74</sup> Aditem, lado outro, uma distinção que atende sua “codificação binária” (HABERMAS, 2003, v.2, 316): As normas são válidas ou inválidas; os valores, por seu turno, “determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos que outros, por isso, nosso assentimento a proposições valorativas podem ser maior ou menor”. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 316) Ademais, enquanto os princípios indicam uma obrigação, os valores referem-se às preferências intersubjetivas passíveis de serem adquiridas através da ação direcionada à consecução desta finalidade:

---

*aproximadas ao ‘ideal’, o que acaba por abrir margem a um argumento bastante problemático, porque típico de uma argumentação em torno da conveniência. A aplicação do Direito ficaria atrelada a uma realização aproximada porque possibilitada na medida do possível: tanto no que tange às possibilidades fáticas quanto jurídicas, o que torna a aplicação do Direito uma empreita, desde já derrotada porque esvaziada estaria seu próprio caráter normativo; passaria a ser regida a aplicação por uma racionalidade instrumental de meios a fins.”* (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 115)

<sup>73</sup> “Princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico.” (Alexy, 2008, 146)

<sup>74</sup> A despeito dessas considerações, alguns autores brasileiros ainda confundem normas com valores. Parece ser este o caso de Cândido Rangel Dinamarco quando aduz que: “Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse *iter* lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal” (DINAMARCO, 2003, p. 48) Entretanto, esta “(...) tentativa por relativizar a Constituição, bem como sua supremacia, lendo-a conforme uma ordem concreta de valores, compromete a própria ideia de Constituição: uma vez que essa é a fonte do código de funcionamento do Direito, código esse apoiado em uma lógica binária que separa o lícito (constitucional) do ilícito (inconstitucional). Decisões não apoiadas nesse código são, conseqüentemente, decisões desprovidas de razões jurídicas. (FERNANDES, PEDRON, 2008, p. 267).

Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. ( HABERMAS, 2003, v.1, p. 316)

Os princípios se distinguem ainda dos valores pelo seu sentido universal e absoluto. Aquilo que deve-ser, deve ser bom para todos indistintamente. Os valores, em contrapartida, possuem um sentido relativo no que concerne à apreciação de bens verificada em determinada cultura ou formas de vida.<sup>75</sup> As normas só podem ser tidas como válidas se inseridas num sistema, entendido como um contexto dotado de coerência, insumo, por isso mesmo, a qualquer tipo de contradição interna. Valores distintos, por sua vez, concorrem entre si no sentido de obter a prioridade e “na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões” (HABERMAS, 2003, v.1, p. 317). Em síntese:

(...) normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 2003,v.1, p. 317)

Coerente com a sua proposta, Habermas critica a postura do Tribunal Constitucional Alemão que, na esteira de Alexy, deixa-se “conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional”<sup>76</sup>. (2003, p. 321) E, ao criticá-lo, Habermas assevera que a partir do momento em que o Tribunal Constitucional passa a adotar esta tese, o mesmo assume as feições de uma “instância autoritária”, pois, nesse viés, “todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a

---

<sup>75</sup> “(...) uma fundamentação deontológica (com base em normas, e, em nosso caso, em princípios) da ação pressupõe, de modo direto, não uma fundamentação histórica (que tenha em vista aquilo que é bom para *aquela* comunidade), mas uma fundamentação que leve em conta a correção normativa, que pressupõe exatamente a possibilidade de se fundamentar em termos racionais definitivos, que para Habermas quer dizer tão-somente *universais*, uma determinada ação”. ( GALUPPO, 1993, p. 197)

<sup>76</sup> A chamada Jurisprudência dos Valores foi largamente utilizada na Europa após a Segunda Guerra Mundial na tentativa de viabilizar a sustentação de organizações estatais envolvidas com a reconstrução do velho continente devastado pela guerra e com uma interpretação valorativa dos direitos sociais (OLIVEIRA, 2006, p. 60). “Hoje, a Jurisprudência dos Valores é questionada não apenas em seu ativismo judicial e em sua releitura do princípio da separação dos poderes entre Cortes e Parlamentos, mas também em sua base culturalista, pouco aberta ao pluralismo social e ao transnacionalismo”. (OLIVEIRA, 2006, P. 60)

viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito” (HABERMAS, 2003, v.1, p. 321)<sup>77</sup>:

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: “Valores só podem ser relativizados através de valores; porém o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceitualização lógica”. Isso leva Dworkin a entender direitos como “trunfos” a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. [...] Na medida em que o tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 2003, v.1, p. 321)

Após esse breve debate, já nos afigura possível apresentar uma noção de princípio que não subtraia seu caráter normativo e que possa, desta feita, nos ajudar no desenvolvimento de nossa proposta: Os princípios são “normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas” (HABERMAS, 2003, v.1, p. 316). Apesar de não apresentarem a mesma estrutura da norma jurídica descrita por Kelsen em seu famoso apotegma: “Se é A, deve ser B”; os princípios são normas jurídicas “estruturantes do sistema” (LEAL, 2002, p. 38) “que atuam decisivamente na leitura e interpretação das regras jurídicas, contextualizando-as e relacionando-as entre si”. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 39).

Partindo dessa concepção de princípio, poderemos apresentar doravante um modelo constitucional de processo penal assim entendido como uma variação daquele esquema geral de processo composto por regras e princípios constitucionais ofertado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera.

#### **4.4. O modelo constitucional de processo penal**

---

<sup>77</sup> “(...) um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses, assim como valores, podem ter negociada a sua ‘aplicação’, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos, não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual”(OLIVEIRA, 1997, p. 151)

O modelo constitucional de processo visto na configuração pensada por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera é um esquema geral de processo formado pelas normas constitucionais pertinentes ao exercício da jurisdição:

As regras e os princípios constitucionais pertinentes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, permitem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.<sup>78</sup> (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 7)

Conforme ressaltado por esses autores, sua tarefa consistiria em individualizar, expor e valorar as características constitucionais próprias dos procedimentos jurisdicionais civis. Entretanto, ao apresentarem as características do modelo constitucional do processo civil, Andolina e Vignera contribuem sensivelmente para a formação de uma teoria geral do processo (OLIVEIRA, 2001), que pode perfeitamente servir de base para compreensão do processo penal<sup>79</sup>, pois, a partir de 1948, ano em que se deu a promulgação da Constituição da República Italiana,

O processo na Itália tornou-se uma entidade “com modelo único e tipologia plúrima”: expressão que (na sua aparente contradição) exprime eficazmente – assim nos parece - a ideia de que, se existe um só paradigma constitucional de processo, existe (*rectius*: pode existir) outrossim no ordenamento uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais”. ( ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 11)<sup>80</sup>

Firmes nessa constatação, antes de apresentarem os elementos específicos do modelo constitucional do processo civil, Andolina e Vignera delineiam suas características gerais que, como dissemos há pouco, podem muito bem ser aplicadas ao processo penal, guardadas as nuances que lhe são peculiares. Assim, as características gerais do modelo constitucional do processo são individuadas da seguinte maneira:

---

<sup>78</sup> No original: “*Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria*”. Preferimos traduzir o vocábulo *norma* - no plural *norme*- como sinônimo de *regola*, *precetto*, por ser essa a versão que, a nosso visto, é a mais consentânea com o sentido empregado no texto que trata expressamente de princípios constitucionais, conferindo-lhes assim, feição normativa, ao lado das regras. Assim, compreendidos como espécies de normas, os princípios e as regras constitucionais respeitantes à jurisdição formam o modelo constitucional do processo.

<sup>79</sup>“(…) o processo penal leva em consideração o modelo constitucional de processo, mas que possui especificidades que o fazem um microsistema, com garantias constitucionais específicas e tratamento diverso do processo civil, justamente em razão dos direitos fundamentais que visam garantir notadamente a liberdade dos cidadãos.” (BARROS, 2009, p. 11)

<sup>80</sup> No original: “*Il processo in Italia è diventato un’entità “a modello unico ed a tipologia plurima”: espressione che ( nella sua aparente contraddittorietà) esprime efficacemente – ci sembra- l’idea che, se esiste un solo paradigma costituzionale di processo, esiste ( recte: può esistere) altresì nell’ordinamento una pluralità di procedimenti giurisdizionali*”.

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

b) na variabilidade, que indica sua atitude de assumir formas diversas, à guisa de adequação ao modelo constitucional (a obra do legislador ordinário) pelas figuras processuais concretamente funcionais que podem acontecer segundo várias modalidades em vista da persecução de fins particulares.

c) na perfectibilidade, pertinente a sua idoneidade para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual, (se lícito for: no respeito, comum, de qualquer forma daquele modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pela (ulterior) garantia dos institutos desconhecidos do modelo constitucional. (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 9).<sup>81</sup>

Nessa perspectiva, o modelo constitucional de processo penal condiciona a formação e a leitura dos procedimentos previstos nas leis ordinárias. De igual forma, a modificação dos procedimentos só pode ser levada a cabo pelo legislador ordinário se estiver em consonância com as normas constitucionais. E, por fim, o trabalho de reforma legislativa deve sempre focalizar o aperfeiçoamento de todo o sistema processual penal.

Vê-se que esta teoria é apresentada aqui como um aperfeiçoamento da teoria do processo constitucional que, por sua vez, encampa elementos da teoria do processo como procedimento em contraditório;<sup>82</sup> e à vista das características inerentes a cada uma dessas teorias apresentadas, acreditamos ser possível afirmar que a teoria do modelo constitucional do processo é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição de 1988. De fato, a República Federativa do Brasil, proclamada Estado Democrático de Direito, traz no bojo de sua carta constitucional “a base uníssona de princípios que define o processo como garantia”. (BARROS, 2008, p. 15)

Uma vez cumprida nossa tarefa de identificar a teoria do processo que servirá de norte para nossas reflexões, o próximo passo será apresentar uma concepção de jurisdição

<sup>81</sup> Redação original: *a) nella espansività, consistente nella sua idoneità ( conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti ) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale ( fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello;* *b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa Che l'adeguamento al modello costituzionale ( ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi.* *c) nella perfettibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) bem può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da ( ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale.*

<sup>82</sup> “Ao tomar a noção de procedimento como gênero que abarca toda estrutura procedimental, vista como um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final (FAZZALARI, 1992) e o processo como um procedimento que se caracteriza pelo contraditório, entendido como garantia de construção participada da decisão, é possível verificar a aproximação dos referidos conceitos com o paradigma procedimentalista”. (BARROS, 2009, p. 333)

consentânea com a ideia de processo exposta nesta pesquisa, centrada, portanto, na construção participativa das decisões jurisdicionais, para assim podermos dar continuidade ao nosso trabalho de desconstrução de um antigo mito do processo penal: a *emendatio libelli*; este instituto que, embora gerado no ventre do autoritarismo, ainda resiste às novas conquistas da ciência do direito processual.

## 5. *EMENDATIO LIBELLI*: A DESCONSTRUÇÃO DE UM MITO A PARTIR DA COMPREENSÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

### 5.1. A jurisdição no Estado Democrático de Direito

Os adeptos da teoria relacionista do processo centralizaram e continuam centralizando todos seus esforços intelectivos atinentes à jurisdição na figura do juiz. Tais autores sustentam a tese de que o juiz, ao ocupar posição supra-parte na relação processual, reúne em si mesmo, o poder de dizer o direito aplicável na resolução do caso concreto. No intuito de corroborar este entendimento, os autores comprometidos com a teoria da relação jurídica processual chamam a atenção para a análise etimológica da palavra jurisdição, que assim bipartida na sua origem, *juris dictio*, designaria a atividade do juiz consistente em dizer o direito. (LEAL, 2008)<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup>Entre os autores que defendem esta proposição, além do próprio Bülow é claro, destacam-se Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Eduardo Couture e Enrico Túlio Liebman. Em Bülow a jurisdição é “entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador” (LEAL, 2008, p. 60). Chiovenda concebe a jurisdição como “poder e atividade do Estado” de “afirmar e atuar” a vontade concreta da lei. (LEAL, 2008, p. 75). Carnelutti, por sua vez, tem a jurisdição como atividade do juiz consistente na justa composição da lide. (LEAL, 2008, p. 96). Para Couture, “a jurisdição continua sendo atividade do julgador, dele dependente e só por ele controlada” (LEAL, 2008, p. 106). Em Liebman, a jurisdição aparece como “atividade do juiz no exame do mérito” (LEAL, 2008, p. 107). Nem mesmo os autores que buscaram superar a proposta de Bülow concernente à natureza do processo, como é o caso de Elio Fazzalari, conseguiram se distanciar da ideia de que a jurisdição é atividade exclusiva do juiz. De fato, ao conceber o processo como procedimento em contraditório, Elio Fazzalari, apesar de entender que o provimento é preparado pelos interessados que atuam no processo em simétrica paridade, não deixa de conferir ao juiz uma posição de mando e de superioridade em relação às partes, nem tampouco deixa de considerar a jurisdição como atividade do juiz. (LEAL, 2008, p. 115). Com efeito, a jurisdição aparece em Fazzalari como “a atividade mediante a qual o Estado, por meio dos juízes (seus órgãos), se coloca por cima dos sujeitos implicados na violação da norma primária e, ouvidas as suas razões, providencia para fazer cessar o estado de fato contrário ao direito e a repristinar, na medida do possível, um estado de coisas conforme o direito” (FAZZALARI, 2006, p. 134). Anote-se, por fim, que, ao discorrer sobre o princípio do contraditório, Fazzalari ainda se prende ao velho brocardo *juria novit curia*, e por isso mesmo, o contraditório na sua visão deve ser estabelecido apenas em relação às questões de fato discutidas no processo, excluindo-se, destarte, as questões de direito, como se houvesse alguma possibilidade de estremá-las: “A instrução empenha as partes, em contraditório, e o juiz para a individuação da componente de fato da questão e para a prova dela mesma: no que concerne, ao invés, à componente jurídica, isto é, à individuação, interpretação e aplicação das normas jurídicas envolvidas no caso, ela pode bem ser objeto de defesas contrapostas das partes também na fase na qual se desenvolve a instrução para dirigi-la para uma certa hipótese ( que, por exemplo, se trate de mútuo ou de comodato; de usufruto ou de uso), mas não importa numa instrução, já que vige o princípio *jura novit curia*: não somente no sentido banal de que o juiz conhece o direito, mas também e especialmente no sentido de que ele, enquanto não tem poder de dispor dos fatos, o tem em relação às consequências jurídicas por gerar, e , portanto, em relação à identificação das normas a aplicar”. (FAZZALARI, 2006, p. 178)

A ideia matriz desta proposição encontra-se implícita na teoria da relação jurídica processual, vez que “o processo de Bülow não fora concebido como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação dos juízes em relação ao reforço de convicções nacionais alemãs”. Essa faceta do processo em Bülow é perceptível de forma mais clara em sua obra *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura),<sup>84</sup> em que este autor explicitou sua convicção sobre a importância do labor dos juízes na formação do direito, cristalizado em suas decisões. E, ao explicitá-la, Bülow apoiou-se em críticas formuladas e dirigidas por ele mesmo contra os legalistas e os historicistas de seu tempo. Aos primeiros, Bülow opôs a tese de que o direito alemão não continha nenhuma norma que impusesse o reconhecimento do direito romano e, ademais, mesmo que assim não o fosse, o direito legislado não bastaria por si só, suplicando indispensável complementação por parte dos juízes. Em contraposição aos historicistas, Bülow advertira que a utilização dos costumes como fonte do direito acabaria por solapar a importância da faina dos juízes na elaboração do direito concreto, isto é, na criação do direito aplicável ao caso submetido a sua apreciação. (LEAL, 2008)

Visto dessa perspectiva, podemos dizer que na proposta de Bülow o processo já se despontava como “instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida [na perspectiva de Bülow] como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador” (LEAL, 2008, p. 60) e não, como “meio de controle da atividade dos juízes” (LEAL, 2008, p. 60), o que leva à completa rejeição dessa teoria no paradigma procedimental do Estado Democrático do Direito, pois

como Bülow não se alinhara à concepção do processo como meio de controle da atividade dos juízes, mas como instrumento de viabilização de um movimento hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura nacional alemã, o aproveitamento de sua teoria restou prejudicado em paradigmas que não se alinhavam ao do Estado Social, em cujas bases o Direito Livre se justificava. (LEAL, 2008, p. 63)

E como o paradigma do Estado Social não subsiste na contemporaneidade, a jurisdição não pode mais ser concebida como atividade exclusiva dos juízes consistente em dizer o direito. No paradigma procedimental do direito e da democracia, o ajustamento dos fatos, bem como a individualização da norma ou das normas aplicáveis ao caso concreto, deve resultar de uma diligência compartilhada entre os destinatários dos efeitos do provimento:

---

<sup>84</sup> “A intenção do autor alemão, nessa segunda obra, na qual também se envolviam questões históricas, não era, como ocorreu em 1868, discutir aspectos técnicos-procedimentais ou técnico-terminológicas, mas destacar a importância que a decisão judicial e o trabalho dos juízes têm para o direito”. (LEAL, 2008, p. 48)

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser considerada atividade exclusiva do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo [...] que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fáticos-normativos pelos destinatários da decisão. (LEAL, 2008, p. 151)

Dentre os atos jurisdicionais resultantes da atividade de seus destinatários, desponta-se, por sua inconfundível importância, o provimento final. A este ato, dá-se o nome de sentença, da qual constitui espécie a sentença penal condenatória, cujo estudo resta imprescindível a consecução de nosso objetivo consistente em desmitificar a *emendatio libelli*.

## 5.2 A sentença penal condenatória

Numa concepção democrática, a sentença em sentido estrito é o ato final do processo, que, embora realizado pelo juiz competente, é preparado pelos (e em nome dos) destinatários de seus efeitos. (LEAL, 2004). Essa noção de sentença coaduna-se com nossa idéia de jurisdição na medida em que considera o provimento como resultado de uma atividade compartilhada entre as partes e o juiz, balizada pelos princípios institutivos do processo, pois na contemporaneidade:

A Jurisdição, quando não está previamente condicionada [...] à principiologia legal do Processo, cuja plataforma jurídica fundamental encontra-se insculpida na maioria das constituições modernas, é mera atividade de julgar e descende diretamente da primeira Arbitragem, em que a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e árbitros é que marcavam e vincavam o acerto e a sabedora de suas decisões. (LEAL, 2004, p. 40).

Rechaçamos, assim, a afirmação de que a sentença é o ato do juiz que põe termo ao processo pela aplicação do direito material ao caso concreto, com a consequente solução da lide, em nome da pacificação do meio social e da restauração da ordem jurídica violada. Isto porque esta noção de sentença ainda encampa os ensinamentos de Carnelutti pertinentes à lide, associados à tese de que o processo é um instrumento de pacificação social pela atuação da vontade da lei, ditada pelo juiz, assim como apregoa a corrente instrumentalista do processo. Guarda também, por óbvio, notória ligação com a teoria da relação jurídica

processual, pois, conforme verificado alhures, Carnelutti foi um dos grandes difusores da teoria do processo como relação jurídica que mais tarde se transformou na chamada teoria instrumentalista do processo, preconizada pela escola processual de São Paulo.

No novo paradigma democrático, a sentença é antes o provimento que encerra o processo pela condensação dos argumentos apresentados pelas partes no *iter* processual. Daí a exigência em nível constitucional da fundamentação das sentenças por parte do órgão jurisdicional: O princípio da fundamentação das decisões judiciais apresenta-se como garantia constitucional prevista do artigo 91, inciso IX da Constituição da República. No caso do processo penal, tal exigência é prevista também no artigo 381, inciso III do Código de Processo Penal Brasileiro. E o princípio da fundamentação das decisões judiciais, conforme se verá adiante, está estritamente vinculado ao princípio do contraditório. Daí porque a sentença penal não pode ser compreendida como um ato praticado solitariamente pelo Juiz. Ao revés, deve ser acolhida como um provimento final cuja construção deve ocorrer num espaço processual que garanta a ampla participação dos interessados. É dizer que, na atual conjuntura, não é mais possível falar em princípio do livre convencimento do juiz (MARQUES, 1997). Com efeito,

a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de *discussão horizontal* de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “*a conclusão*” das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização da justiça. (LEAL, p.68)

À vista disso, a sentença penal condenatória deve conter necessariamente, o relatório, a fundamentação, o dispositivo e os artigos de lei aplicados ao caso. O relatório bem especificado demonstra que o juiz tomou conhecimento de toda a argumentação suscitada pelas partes em torno das questões trazidas ao processo e indica o caminho que o julgador deverá percorrer para prolatar a sentença. Esse caminho é delineado pelos argumentos expostos pelos interessados e que deverão ser examinados um a um na fundamentação da sentença. A fundamentação, portanto, consistirá no acolhimento ou rejeição das teses propostas, embasado em conhecimentos científicos validamente aceitos pela comunidade jurídica. A fundamentação é, além disso, a parte da sentença que faz a ponte entre o relatório e o dispositivo. O dispositivo é a parte conclusiva da sentença em que deverão ser indicados os artigos de lei aplicados ao caso, hauridos a partir do discurso. É na parte dispositiva da sentença penal condenatória que o juiz deve pronunciar-se sobre a subsunção dos fatos

narrados na inicial acusatória ao tipo penal nela estampado pela indicação de artigos de lei, após amplo debate realizado entre as partes, pertinente ao seu conteúdo normativo e sua aplicabilidade ao caso, em virtude do princípio da correlação.

### 5.3. A correlação entre pedido e sentença no processo penal brasileiro

No Direito Processual Civil, a correlação entre pedido e sentença indica que o juiz não pode julgar aquém do pedido e nem além do que foi pedido, e muito menos em sentido diverso do pedido. Em outras palavras, na seara do Direito Processual Civil, o órgão jurisdicional não pode proferir uma sentença *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*. No campo do Direito Processual Penal, entretanto, conforme veremos mais à frente, segundo a maioria dos estudiosos do tema, entre estes, José Frederico Marques, Hélio Bastos Tornaghi e Fernando da Costa Tourinho Filho, o “princípio” da correlação assume contornos distintos. Esses autores ensinam que, no Direito Processual Penal, o princípio da correlação possui uma conotação bem diversa daquela utilizada no Direito Processual Civil. De fato, grande parte dos autores nacionais entende que a correlação no processo penal deve existir entre o teor da sentença e os fatos narrados na inicial acusatória. Dito de outra forma, o que iremos constatar no decorrer desta pesquisa é que, de acordo com muitos autores adeptos da teoria relacionista do processo, no âmbito do processo penal, não é o pedido de condenação por um crime específico que limita o pronunciamento jurisdicional, mas sim o fato descrito na inicial acusatória, ao qual o juiz poderá dar a classificação legal que entender cabível. É este posicionamento que dá suporte à ideia de que só há necessidade de aditamento da peça inicial acusatória e de nova instrução probatória quando no desenrolar da causa surgir alguma prova de um elemento ou circunstância de infração penal não contida na peça inicial acusatória. Esta é a regra consubstanciada no artigo 384 do Código de Processo Penal, conhecida como *Mutatio Libelli*, que não se confunde com o objeto de nosso estudo.

O nosso problema refere-se à *emendatio libelli* com desclassificação *in pejus*, isto é, em prejuízo do réu. Nesse caso, toda a argumentação é centrada na aplicação de determinada norma e, no entanto, o juiz aplica outra norma que não foi objeto de debate entre os interessados. Entretanto, o legislador brasileiro de 1940, sob influência do Direito Processual Penal italiano (Código Rocco, 1930), introduziu essa anomalia jurídica em nosso ordenamento, batizando-lhe de *emendatio libelli*. Veremos, entretanto, que no Estado

Democrático de Direito, a sentença penal condenatória não pode se afastar dos contornos legais gizados na denúncia ou queixa quando isso importar em aplicação de uma pena mais grave do que aquela cominada ao crime indicado na peça inicial acusatória.

Tentaremos demonstrar também que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regra que prevê a *emendatio libelli* deve ser aferida na análise do caso concreto.<sup>85</sup> Se se verificar que na “concretude do caso” a aplicação de tal regra viola o princípio do contraditório, esta deve ser afastada para não se permitir a emenda judicial da acusação, seja em prejuízo do réu, seja até mesmo em seu benefício: *emendatio libelli in melius*. Embora esta última hipótese não constitua objeto de nosso estudo, cumpre notar que dificilmente ocorrerá uma situação em que a desclassificação *in melius* importará em violação do princípio do contraditório. Pensa-se no caso de uma acusação de furto qualificado por arrombamento de obstáculo. No desenrolar da causa, a acusação poderá apresentar os argumentos pelos quais entende presente a qualificadora do furto. Em contrapartida, a defesa poderá apresentar as razões pelas quais entende que a qualificadora não subsiste. Neste caso, se o juiz viesse a desclassificar a imputação de furto qualificado para furto simples não haveria que se falar em violação do princípio do contraditório. Da mesma forma, se se tratasse de denúncia de crime de tráfico ilícito de drogas, a acusação teria a oportunidade de discutir as questões pertinentes a esta imputação, tecendo considerações sobre sua perfeita tipificação, e, conseqüentemente, sobre a impossibilidade de desclassificação para o crime de porte de drogas para uso próprio; enquanto a defesa poderia elaborar sua argumentação em torno desta desclassificação e da improcedência da acusação de tráfico de drogas. Mais uma vez, não se poderia aventar que no caso de desclassificação *in melius*, haveria violação do princípio do contraditório. O que irá balizar, por conseguinte, a decisão jurisdicional desclassificatória, *in pejus* ou *in melius*, é o princípio do contraditório, aqui entendido como a possibilidade das partes de influir na formação do provimento.

Voltemos, portanto, ao objeto de nossas cogitações: a *emendatio libelli in pejus*. Porém, antes de iniciarmos um trabalho de sua desconstrução é interessante revisitar suas sementes lançadas na Itália de 1930, pela edição do chamado Código Rocco, bem como a atual legislação processual penal italiana pertinente a esse assunto e sua interpretação doutrinária.

---

<sup>85</sup> “Na concretude do caso é que se realiza e se determina a normatividade da lei. Corrigindo a justiça legal, a equidade realiza e determina essa própria justiça legal. Dizer que a equidade é a correção da lei, é dizer, como mostra Gadamer, que toda lei se encontra em uma tensão necessária com a concreção do atuar, porque é universal e porque não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concretude. A lei é sempre deficiente, não por ela mesma, mas porque perante a ordenação a que se referem as leis a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples dessas leis”. (OLIVEIRA, 2001, p. 67)

#### 5.4. A *emendatio libelli* no processo penal italiano

Conforme já visto, o código de processo penal brasileiro de 1940 foi declaradamente inspirado no código de procedimento penal italiano de 1930, conhecido como código Rocco, em referência ao então ministro da justiça da Itália, Alfredo Rocco. Este código previa expressamente no seu artigo 477 que o juiz poderia dar ao fato imputado ao acusado definição jurídica diversa daquela contida na sentença de pronúncia, no requerimento ou no decreto de citação, ainda que em consequência disso, pudesse advir a aplicação de pena mais grave do que aquela prevista para o tipo penal indicado pela acusação.

Passados mais de cinquenta anos, depois de várias tentativas infrutíferas<sup>86</sup> de se aprovar um novo código de procedimento penal, adequado à Constituição Italiana de 1948, finalmente foi promulgado na Itália, no ano de 1988, um novo Código de Procedimento Penal. Esse código dispõe em seu artigo 521 que o juiz, ao proferir sentença condenatória, poderá dar ao fato uma definição jurídica diversa daquela enunciada na imputação desde que o crime não seja de competência de outro juízo.<sup>87</sup> A diferença entre este dispositivo e o artigo 477 do código revogado consiste no fato de que este último menciona expressamente a possibilidade do juiz dar definição jurídica ao fato descrito na inicial, diversa daquela levada a cabo pela acusação, ainda que a consequência deste expediente seja a aplicação de pena mais grave, ao passo que o artigo 521 do código atual não contém disposição explícita semelhante. De qualquer forma, havendo ou não disposição expressa neste sentido, há autores italianos que ainda esposam o mesmo entendimento de antanho em relação à *emendatio libelli*.

Mário Pisani, professor ordinário de procedimento penal na Universidade de Milão, em sua obra, “Manual de Procedimento Penal”,<sup>88</sup> faz a distinção entre os institutos conhecidos

---

<sup>86</sup> Entre os anteprojetos de reforma do Código de Procedimento Penal Italiano, cuja tentativa de implantação restou malograda, pode-se citar o projeto elaborado por Francesco Carnelutti (1962-1963). Para saber mais sobre o assunto, recomenda-se a leitura da obra *Manuale di procedura penale*. Bologna: Monduzzi Editora: 1997.

<sup>87</sup> Art. 521. Correlazione entre a imputação contestada e a sentença. 1. Na sentença [529 ss.] o juiz pode dar ao fato uma definição jurídica diversa daquela enunciada na imputação [429,450,456,555] desde que o crime não exceda a sua competência. (ITÁLIA, 1997, p. 183). No original: 521. Correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza. – 1. Nella sentenza [529 ss.] il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione [429,450,456,555] purché il reato no ecceda la sua competenza [5 ss., 23].

<sup>88</sup> A obra mencionada foi escrita a quatro mãos. Participaram de sua elaboração, além do professor citado, os professores Alfredo Morali, da Universidade de Padova; Vincenzo Perchinunno, da Universidade de Bari e Piermaria Corso, da Universidade di Parma.

aqui no Brasil como *mutatio libelli* e *emendatio libelli*, deixando claro que, nesta última hipótese, não haveria que se falar em violação do direito de defesa do acusado:

A fim de compreender a diferença entre a diversa qualificação jurídica que o juiz pode dar ao fato contestado e a impossibilidade do mesmo juiz modificar o fato contestado, cumpre acentuar que o fato muda quando um dos elementos constitutivos do fato típico contestado é diverso daquele elemento que é contestado: quando muda sobre o plano factual, um dos elementos essenciais do fato típico que o torna diverso do contestado incide sobre o direito de defesa do imputado na medida em que este se defendeu de um fato diverso daquele acertado pelo juiz. Isto porque, em tal caso, tendo o imputado o direito de se defender sobre o fato diversamente acertado, os atos são restituídos ao Ministério Público. [...] Outro tema é aquele pertinente à qualificação jurídica: o fato permanece o mesmo, mas o juiz, ao qual é exclusivamente conferida a avaliação do *nomen juris* do fato, pode qualificá-lo juridicamente de modo diverso: não furto, mas apropriação indébita, não receptação, mas aquisição incauta, não concussão, mas corrupção. Em tal caso, não há violação do direito de defesa do imputado, porquanto, no tocante ao fato contestado, o imputado teve a faculdade de se defender.<sup>89</sup> ( PISANI, 1997, p. 481)

Vimos, portanto, que renomados autores italianos ainda insistem na ideia de que no processo penal o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação jurídica. Aqui no Brasil, a situação não é diferente. Desde a edição do Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal, até os dias de hoje, ainda há autores que tentam justificar a *emendatio libelli in pejus* com base no brocardo *jura novit curia*.

### **5.5. *Emendatio libelli*: gênese, fundamentos e crítica.**

---

<sup>89</sup> No original: “Al fine di comprendere la differenza fra la diversa qualificazione giuridica che il giudice può dare al fatto contestato e l’impossibilità che lo stesso giudice ha di modificare il fatto contestato, è bene sottolineare che il fatto muta quando uno degli elementi costitutivi della fattispecie contestata si accerta to essere diverso da quell’elemento che è stato contestato: quando muta, sul piano fattuale, uno degli elementi essenziali della fattispecie, che la fa apparire diversa da quella contestata, si incide sul diritto di difesa dell’imputato, in quanto l’imputato si è difeso da un fatto diverso da quello successivamente accertato dal giudice. Ecco perché, in tal caso, avendo l’imputato il diritto di difendersi rispetto al fatto diversamente accertato, gli atti vengono restituiti al p.m. [...] Altro tema è, invece, quello della qualificazione giuridica: il fatto rimane sempre immutato ma il giudice, al quale è esclusivamente demandata la valutazione del *nomen juris* del fatto, può qualificarlo giuridicamente in modo diverso: non furto ma appropriazione indebita, non ricettazione ma incauto acquisto, non concussione ma corruzione. In tal caso, non si incide sul diritto di difesa dell’imputato in quanto, rispetto al fatto contestato, l’imputato ha avuto facoltà di difesa.”

A norma inserta no artigo 383 do Código de Processo Penal Brasileiro prevê a figura da *emendatio libelli in pejus*, informada pelo ultrapassado “princípio” *jura novit curia*, (o juiz conhece o direito) que, por sua vez, vincula-se à anacrônica parêmia: *narra mihi factum dabo tibi jus* (dê-me o fato e lhe darei o direito). Consoante esse dispositivo legal, o juiz pode capitular o fato narrado na denúncia ou queixa, de forma diversa daquela levada a efeito pela acusação, ainda que, em virtude disso, tenha de aplicar uma pena mais grave do que aquela prevista para o crime tipificado na peça inicial acusatória. A *Emendatio Libelli* é, portanto, uma emenda da acusação procedida solitariamente pelo juiz na prolação da sentença penal, em prejuízo do réu, sem que este tenha tido a oportunidade de discutir a “relação circular entre normas jurídicas e estado de coisas, entre variantes de interpretação e relações com os fatos”. (HABERMAS, 2003, v. 1 p. 294)

Para melhor compreensão deste tema, traz-se a colação um trecho do voto do ministro relator de um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que encerra o entendimento daquela Corte sobre a *emendatio libelli*. Trata-se do julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 90114/PR. Neste caso, o ministro Eros Grau, acompanhado pelos demais julgadores, manifestou-se da seguinte forma:

Conheço do recurso somente quanto aos temas ligados à inobservância dos artigos 383 e 384 do CPP e ao cálculo da pena. A propósito, o seguinte trecho do parecer da lavra do sub-procurador da República não deixa dúvidas quanto à improcedência das razões recursais:

“...ao sentenciar o magistrado decidiu por dar aos fatos capitulação diversa da contida na denúncia, julgando que o art. 1º, inciso I, da Lei 8137/1990, consiste somente no fato de se atingir ou não o resultado final, qual seja, a efetiva sonegação tributária...

Assim, veja-se que *in casu*, caracterizou-se a conduta prevista no artigo 1º *caput*, da citada Lei. Efetivou-se o resultado, visto que o acusado, na data de 30 de abril de 1996, através de omissões de informação sobre rendas e patrimônio auferido no ano de 1995, eximiu-se de pagar o Imposto de Renda da Pessoa Física que era devido na citada data”.

Ora, como é cediço na esfera penal vigora o brocardo *narra mihi factum dabo tibi jus*, ou seja, narra-me os fatos e te darei o direito. À vista disso, o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas da sua descrição fática.

Nessa perspectiva, o art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal, permite ao magistrado, “dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

No magistério de Mirabete, no caso do art. 383 do Código de Processo Penal, não há uma *mutatio libelli* (art. 384), mas apenas uma corrigenda da peça acusatória.

“Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defende dos fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial. Não há na hipótese do art. 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. Por outro lado, se o fato ou circunstância não está descrita na inicial, não pode o juiz considerá-lo na sentença em detrimento do acusado.”

A conduta descrita na peça acusatória é a seguinte ( fl. 813):

“Ainda dessa mesma forma, o denunciado Carlos Humberto Fernandes da Silva omitiu novamente da Receita Federal informações sobre rendas e patrimônio seus referentes ao ano de 1995, os quais denotariam a existência de variação patrimonial positiva naquele exercício fiscal em valor avaliado R\$ 3.517.589, 34, eximindo-se, enfim, de pagar o Imposto de Renda de Pessoa Física que era devido em 30 de abril de 1996, no valor originário de R\$ 1.218. 024, 98 (um milhão, duzentos e dezoito mil, vinte e quatro reais e noventa e oito centavos).”

Conclui-se que todos os dados elementares do tipo pelo qual o recorrente foi condenado - art. 1º, inciso I da Lei 8.137/90, estão expressamente descritos na denúncia, donde não há necessidade de abertura de prazo para manifestação da defesa, posto que não há novos dados factuais (*mutatio libelli*).

Sobre a necessidade de abertura de prazo para a defesa no caso de *emendatio libelli* há diversos precedentes desta Casa entre os quais cita-se os seguintes: HC 87503/PA, RHC 85567/SP, RHC 83855/MG, HC 79388/PR.” (BRASIL, 2008)

Constatamos, pois, que é este o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da *emendatio libelli in pejus*. De acordo com a norma insculpida no artigo 383 do CPP, o juiz poderia, tal como o fez no caso em destaque, reconhecer a prática de crime de sonegação fiscal, prevista no artigo 1º da Lei 8.137/1990 e aplicar a pena respectiva que varia de 02 a 05 anos de reclusão, ainda que toda a argumentação exposta no *iter* processual tenha sido edificada sobre a tipicidade do crime de declaração falsa ou omissão de declaração sobre rendas, cuja pena prevista abstratamente é de 06 meses a 02 anos de detenção. E mais, o juiz poderia condenar o acusado pela prática de crime de sonegação fiscal, mesmo que a defesa não tivesse tido a oportunidade de discutir a validade da norma aplicada ao caso. Da mesma forma, a defesa não poderia discutir o *quantum* da pena aplicável, em caso de condenação, uma vez que os limites mínimos e máximos da pena privativa de liberdade se diferem nos dois crimes. Não se poderia também entabular qualquer discussão em torno do regime de pena aplicável ou de uma possível substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, e segue por aí afora... pois, consoante o entendimento da mais alta Corte do país, é o juiz quem conhece o direito, pouco importando a colaboração dos afetados pelo provimento; e

ademais, “no processo penal o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação penal emprestada pela acusação”.

Entretanto, impende lembrar que o Código de Processo Penal foi editado através de um Decreto-lei da década de 40 do século passado, auge da ditadura Vargas, cognominada: Estado Novo. Àquela época, o então ministro da justiça, Francisco Campos, recebeu a incumbência de providenciar a elaboração de um Código de Processo Penal que atendesse às necessidades do novo regime político que se implantava. No tocante a *emendatio libelli*, Francisco Campos deixou assentado em sua exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro:

O projeto, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, repudia a proibição de sentença condenatória ultra petitem ou a desclassificação in pejus do crime imputado. Constituíam um dos exageros do liberalismo o transplante dessa proibição, que é própria do direito privado, para a esfera de direito processual penal, que é um ramo do direito público. O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. (BRASIL, 2007, p. 11)<sup>90</sup>

A partir da leitura desse trecho da exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro, constata-se a notória influência do paradigma de um pretense Estado Social, em sua mais nefasta característica: a de um Estado totalitário que se vangloria e se eleva, ao suprimir os direitos e garantias fundamentais em nome de um arrevesado conceito de repressão à criminalidade, abrigado sob o manto da defesa social. Entretanto, a atual conjuntura é outra bem diversa. No paradigma democrático:

[...] a consideração de fins coletivos não podem destruir a forma jurídica – que é função própria do direito; essa consideração não pode deixar o direito diluir-se em política. Caso contrário, desapareceria a tensão entre facticidade e validade, delineada no direito moderno. A legitimidade seria assimilada à positividade de uma eticidade substancial imitada, caso o direito se limitasse à articulação de “ordens concretas” dadas preliminarmente – como no modelo institucionalista (HABERMAS, 2003, v. 1, p.192).

No novo cenário nacional, a Constituição da República, promulgada no ano de 1988, sob a égide do “paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito” (LEAL, 2004)

---

<sup>90</sup> “O encarecido pretexto para essa militante negação do liberalismo é a necessidade de reforçada proteção do interesse social, no sentido de que o criminoso, doravante, não depare eventualidade alguma de escapar pelas malhas da lei” (HUNGRIA, FRAGOSO, 1977, p. 28). “Essa *mudança social do direito* foi entendida, inicialmente, como um processo durante o qual uma nova compreensão instrumental do direito, referida a ideias de justiça do Estado social vinha sobrepor-se ao modelo do direito liberal e, no final, substituí-lo.” (HABERMAS, 2003, v.2, p. 125)

<sup>91</sup>, cuidou de extirpar, ainda que implicitamente, várias regras contidas no Código de Processo Penal Brasileiro, nitidamente inspirado no Código de Processo Penal da Itália, de 1930 (TORNAGHI, 1995)<sup>92</sup>. Neste aspecto, cumpre transcrever a observação de Jacinto Nelson Miranda Coutinho (COUTINHO, 2002, p. 140):

a CR de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho código de processo penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor, *camicia nera* de todos os instantes, Vincenzo Manzini. (COUTINHO, 2002, p. 140)

Entretanto, curiosamente, a *emendatio libelli in pejus*, pelo que se colheu nesta pesquisa, não vem sendo combatida pela maioria dos teóricos do Direito Processual Penal Brasileiro. É interessante notar que muitos processualistas, dentre os quais podem ser apontados José Frederico Marques (1997), Hélio Bastos Tornaghi (1995), Fernando da Costa Tourinho Filho (1997), Paulo Rangel (2003) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2006), ainda admitem a emenda judicial da acusação *in pejus*. Fala, por todos, Hélio Bastos Tornaghi (1995, p. 168): “O réu deve se defender dos fatos de que é acusado. [...] não cabe ao acusador proclamar em definitivo em que dispositivo legal o réu incidiu; isso é matéria de julgamento e, portanto, é ao juiz que compete enquadrar o fato na lei”. Contudo, o mesmo autor acentua mais adiante que:

Na prática, verificou-se, especialmente na Itália, que o réu é, por vezes, surpreendido pela sentença. Baseado na classificação feita na peça inicial, ele se defende daquele crime e não do outro, pelo qual foi condenado[...]. Daí a tendência, naquele país, de atentar para essa consideração de política processual. (TORNAGHI, 1995, p. 168)

Tornaghi, entretanto, não se deixa seduzir pela doutrina processual italiana e apressa-se por ajuntar logo em seguida, que “a correlação deve existir entre o fato descrito na denúncia (ou queixa) e o fato pelo qual é condenado”. (1995, p. 169).

<sup>91</sup> “É exatamente esse paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito (o qual foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, em seus arts. 1º, caput, 5º, LV, e 93, IX) que vem servindo de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares”. (LEAL, 2004)

<sup>92</sup> “O art. 383 foi mutuado ao *Codice di Procedura Penale* da Itália, de 1930, que, no art. 477, declarava: “Relação entre a sentença e a acusação contestada”. “Na sentença, o juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa da enunciada na pronúncia ( *sentenza di rinvio a giudizio*), na denúncia ( *richiesta*) ou no decreto de citação, e impor a pena correspondente ainda que mais grave, bem como aplicar medida de segurança, desde que a competência para conhecer do crime não seja de juiz superior ou especial.”. ( TORNAGHI, 1992, p. 168)

Forçoso é convir que o posicionamento externado por autores como Hélio Bastos Tornaghi e José Frederico Marques acerca da *emendatio libelli* é perfeitamente compreensível, haja vista o contexto histórico-jurídico vivenciado por ambos, em que a jurisdição era considerada o centro gravitacional de todo o processo, no viés da teoria do processo como relação jurídica. É dizer que a teoria do processo como relação jurídica entre as partes e o juiz encontrava terreno fértil no paradigma do Estado Social <sup>93</sup>: O “ser histórico e limitado [do homem indica] o que é possível e o que não é possível para uma época, e tem sentido para distinguir o passado do presente” (GADAMER, 2004, p. 52-53) <sup>94</sup>. O que não se admite, contudo, é que no Estado Democrático de Direito, em que predomina o “império da palavra” (COUTINHO, 2002, p. 139), os argumentos aqui ofertados à crítica não sejam seriamente enfrentados e, quem sabe, até mesmo refutados de forma racionalmente plausível.

Malgrado a recalitrante postura dos autores retro-assinalados, uma tímida reação contrária à *emendatio libelli* começa a ser sentida entre pesquisadores contemporâneos, egressos, curiosamente, da escola paulista de processo, merecendo registro a contribuição de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham a oportunidade de debatê-la. (BADARÓ, 2000, p. 162)

A ausência de uma regra expressa neste sentido não impede que o juiz proceda desta maneira. O princípio do contraditório insculpido na Constituição da República encerra normatividade impositiva suficiente neste sentido. (BADARÓ, 2000)

---

<sup>93</sup> “Toda interpretação, é preciso aprender com a Hermenêutica Filosófica, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe modos de olhar, sob o pano de fundo de tradições (Gadamer) e, para usar uma expressão de Habermas, mundos da vida, que simplesmente não podem ser colocados entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou abstração, porque o ser humano não pode abstrair de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; “tradições” e “mundos da vida” são condições para a interpretação, são condições para o entendimento”. [A interpretação de normas jurídicas assenta-se na] problematização de “pré-compreensões advindas de tradições compartilhadas ou não, à luz de reconstruções paradigmáticas do Direito presentes na própria história” (OLIVEIRA, 2001, p. 57, 58). “Para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações, potenciais e perigos eles atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos” ( HABERMAS, 2003,v.2, p. 124).

<sup>94</sup> “Gadamer vincula-se à tradição teórica da hermenêutica filosófica, uma corrente de pensamento na história da filosofia, que se dedica ao estudo do estatuto das denominadas *ciências do espírito*, das ciências humanas e sociais. A sua importância para nós reside no impacto que sua obra produzirá sobre o conceito de ciência em geral, encontrando-se na raiz do conceito de paradigma de Thomas Kuhn, a informar toda a atual filosofia da ciência. ( CARVALHO NETO, 2004, p. 28)

É interessante notar que apesar de possuir uma formação acadêmica vinculada à corrente instrumentalista do processo que, como vimos, prende-se ainda à ideia de um juiz supra-parte, dotado de especial sensibilidade e habilidade jurídica, Badaró tenta afastar-se um pouco de sua matriz teórica ao conceber o princípio do contraditório como a possibilidade das partes de “influir na formação do convencimento do juiz” (BADARÓ, 2000, p. 35) na questão atinente ao direito aplicável ao caso concreto. Badaró argumenta que “deve-se procurar evitar a surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida”. (BADARÓ, 2000, p. 33). De fato, ao dissertar sobre a influência das partes na formação do convencimento do juiz e sobre a necessidade de se evitar o elemento surpresa no processo, Gustavo Badaró ensaia uma transposição do marco do Estado Social, pano de fundo da teoria instrumentalista do processo, para o marco do Estado Democrático de Direito. Com efeito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, mais do que o direito à informação e à possibilidade de reação (BADARÓ, 2000), o princípio do contraditório encerra o direito das partes de “influir argumentativamente nas decisões do processo”. (BARROS, 2009, p. 18).

Contudo, a proposta de Badaró revela-se um tanto contraditória no momento em que este autor reafirma em várias passagens de sua obra, o caráter principiológico do brocardo *jura novit curia* (BADARÓ, 2000), pois, conforme veremos, dita expressão não encerra normatividade alguma, constituindo, de outra parte, odioso resquício de uma ultrapassada cultura autoritária. A crítica que fazemos, portanto, é que Badaró não consegue desvencilhar-se do dogma do juiz super-parte, dotado de uma especial inteligência e habilidade que lhe permite sempre identificar o exato dispositivo legal aplicável na solução de um caso jurídico; e ainda, conhecer seu exato sentido, isto é, o absoluto conteúdo normativo que encerra seu texto jurídico. Como se o juiz, na realização de sua solitária e privilegiada atividade cognitiva, fosse o único apto a dar “aos textos legais a interpretação [...] capaz de fazer justiça no caso concreto” (DINAMARCO, 2003, p. 42). O perigo desta recalcitrante postura reside no fato de que, a prevalecer tal entendimento, a fundamentação das decisões jurisdicionais corre o risco de degenerar-se em simples motivação pessoal do juiz, afastando-se, por via oblíqua, a normatividade processual constitucional. É que no paradigma do Estado Democrático de Direito, a fundamentação das decisões jurisdicionais refere-se ao dever de apresentação, a cargo do órgão jurisdicional, dos fundamentos jurídicos que amparam a adoção ou rejeição das teses espostas pelos interessados. Dito de outra forma, não basta que seja deferido às partes o direito de manifestarem-se sobre a causa. É mister que os argumentos apresentados

pelas partes sejam seriamente analisados; enfrentados ,e daí, acolhidos ou desacolhidos de forma juridicamente fundamentada.

De qualquer forma, as considerações feitas por Badaró sobre a correlação que deve haver entre acusação e sentença influenciaram sensivelmente os autores do projeto de Lei nº 4207/01. De acordo com a redação original deste projeto, o juiz, antes de proceder à emenda da acusação, seja por ocasião do recebimento da denúncia, seja no momento da prolação da sentença, deveria intimar as partes desta possibilidade para que estas pudessem se manifestar sob a nova capitulação jurídica do fato narrado na inicial acusatória. Infelizmente, o projeto 4207/01 foi modificado durante a tramitação do processo legislativo, resultando na manutenção da *emendatio libelli* nos moldes traçados pelo legislador de 1940.

Depois de sofrer essa mutilação, o projeto 4207/01 foi votado e aprovado, dando lugar à promulgação da Lei 11.719/2008, publicada no Diário Oficial da União, em 23 de junho de 2008, com período de vacância de sessenta dias. O artigo 383 do CPP foi formalmente modificado, sem que houvesse alteração alguma na sua essência:

A nova redação continuou mantendo-se dissonante do Estado Democrático de Direito, pois desconsidera a participação das partes na construção participada da decisão. Ao prever que o juiz, isoladamente, dará nova definição jurídica para o fato, diversa da estabelecida na denúncia ou queixa, continua a reforçar a noção *iura novit curia*, qual seja, as partes devem apresentar os fatos, cabendo ao juiz dizer o direito. Na verdade, tal assertiva contraria a noção democrática de que não existe um intérprete autorizado para o direito e que a decisão não é um produto da inteligência pessoal do juiz, mas de uma construção participada das partes. (BARROS, 2009, p. 77)

E ao que parece, esta participação dos interessados na construção da sentença penal, está longe de ser alcançada. É que a proposta do novo Código de Processo Penal apresentada pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008, ainda contempla a *emendatio libelli*, em seu artigo 407, *verbis*: O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Verifica-se, a partir desta constatação, a importância científica deste trabalho nos dias atuais. É que o debate sobre a *emendatio libelli* continua aceso. E isto suplica um ingente esforço, no sentido de superar a velha máxima de que “o juiz conhece o direito”.

## **5.6. A superação do ‘princípio’ *jura novit curia* com base na moderna concepção da garantia processual constitucional do contraditório e na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas**

A Constituição da República de 1988 adotou em relação à República Federativa do Brasil o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa vertente, privilegia-se o reconhecimento dos direitos e garantias processuais que compõem o modelo constitucional de processo. E entre essas garantias, desponta-se a do contraditório que, muito mais do que o direito de dizer e contradizer, expresso no brocardo *audiatur et altera part*, traduz-se na possibilidade dos destinatários do provimento de influir na sua construção.

Nessa perspectiva, pode-se asseverar que a garantia do contraditório somente efetiva-se, em sua plenitude, no processo penal, a partir do momento em que toda a argumentação apresentada pelas partes em torno do caso concreto é objeto de detida análise pelo órgão jurisdicional, na prolação da sentença. Entenda-se bem: para que seja proferida uma sentença penal condenatória, é necessário, primeiramente, que o fato seja típico; e a tipificação penal decorre da subsunção do fato narrado na inicial acusatória ao tipo penal nela indicado. E o juiz não pode dizer se o fato narrado amolda-se ou não a tal ou qual tipo penal, sem analisar os argumentos ofertados pelas partes acerca dessa questão. Isto, em se tratando de Estado Democrático de Direito:

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório possibilita às partes participar do discurso de aplicação das leis, ao apresentarem as razões segundo as quais uma determinada norma deve ser aplicada ao caso com a exclusão das demais, atendendo, assim, aos pressupostos de produção legítima do direito, enunciados pelo Estado Democrático de Direito. (LAGES, 2005, p. 51)

É a reconstrução argumentativa do caso específico, possibilitada pelas normas processuais, que deve indicar, dentre as normas válidas, qual deverá ser aplicada (OLIVEIRA, 2001). O juiz não é o intérprete solitário e privilegiado do conteúdo normativo da Lei. Dito de outra forma, no Estado Democrático de Direito, o juiz não é o detentor absoluto da verdade. Aliás, a verdade propriamente dita é insusceptível de completa apreensão, seja no espaço

processual ou em qualquer outra esfera do conhecimento humano.<sup>95</sup> O máximo que se pode obter no processo é a verdade processual no sentido de um consenso em torno do melhor argumento dentre aqueles ofertados pelas partes, que se mede “pelo reconhecimento intersubjetivo da validade de um proferimento fundamentalmente aberto à crítica” (HABERMAS, 1990, p. 77):

a discussão, assim, no império da palavra, funciona como limite à possibilidade de alguns chamarem para si a detenção de uma verdade “toda”, [...] não há uma verdade toda para ser apreensível (o real é impossível) e de consequência e muito menos em alguém, sempre marcado por algo que lhe falta, de modo a arrogar-se no direito de a possuir e, segundo, porque todos, na medida das suas possibilidades, podem ter algo de imenso valor a agregar. (COUTINHO, 2002, p. 139)

Acrescente-se, porém, que para se alcançar o consenso através do discurso, é imprescindível a existência de um espaço argumentativo, pré-estabelecido na ordem jurídica, que permita a articulação dos fundamentos pelos interessados em iguais possibilidades de participação. Assim,

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato<sup>97</sup>; desse modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. (HABERMAS, 1997, p. 274)

Calha salientar que ao se falar em consenso, é claro que não se pretende com isso dizer que as partes estão obrigadas a buscar a “verdade” no processo, de forma compartilhada. Não. No contencioso judicial, as partes agem estrategicamente com vistas a obter a decisão que lhes seja mais favorável.<sup>98</sup> Entretanto, por mais antagônicos que sejam os motivos de cada

---

<sup>95</sup> Mesmo “o fato narrado no processo não é necessariamente um dado da realidade objetiva, suscetível de controle empírico, e sim uma declaração de ciência (no sentido de haver testemunhado algo) ou uma declaração de vontade ditas consumadas no passado, suscetíveis apenas de juízo de probabilidade sobre elas” (PASSOS, 1999, p. 32). Afirma-se neste sentido que “em Direito, não se mostra científico utilizar a expressão ‘verdade’ como algo imutável e impassível de testabilidade e falseabilidade, a não ser que se encare a verdade como dogma oriundo de uma crença individual. [...] Por isso, na ciência jurídica, é mais acertado entender que não há verdade absoluta, mas, tão somente, proposições teóricas (pretensões de verdade).” (MADEIRA, 2008, p. 25).

<sup>97</sup> A separação entre questões de fato e de direito em Habermas é apenas metodológica. Como já se disse, de acordo com seu pensamento, “entre normas jurídicas e estados de coisas, existe uma relação circular”. (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 294).

<sup>98</sup> O conceito de ação estratégica em Habermas parte da ideia de existência de ao menos dois sujeitos “*que actúan com vistas a la obtención de un fin, y que realizan sus propósitos orientándose por, e influyendo sobre, las decisiones de otros actores.*” (HABERMAS, 2003, p. 126). “O agir comunicativo distingue-se, pois, do estratégico, uma vez que a coordenação bem sucedida da ação não está apoiada na racionalidade teleológica dos planos individuais de ação, mas na força racionalmente motivadora de atos de entendimento, portanto, numa racionalidade que se manifesta nas condições requeridas para um acordo obtido comunicativamente.”

participante, cada um destes fornece, à sua maneira, sua contribuição para um discurso, que, sob o ângulo de visão do juiz, se repelem e se encontram na formação de um juízo imparcial. (HABERMAS, 2003)

A decisão jurisdicional, assim legitimada pelo discurso procedimentalizado, revela a estreita conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais, permitindo-se concluir que o consenso em torno do melhor argumento só pode ser obtido a partir do entrelaçamento desses princípios. É somente nessa perspectiva que se poderá falar em decisão jurisdicional compartilhada, resultante do esforço argumentativo empreendido pelas partes na discussão da causa:

mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio [...] da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. [...]: decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade. (Leal, 2002, p. 105)

Sendo assim, em qualquer espécie de processo jurisdicional, e, especialmente, no caso do processo penal, tido como um espaço argumentativo em que se discute a possibilidade de privação ou restrição da liberdade ambulatoria, a expressão “o juiz conhece o direito” constitui um disparate. Máximas dessa natureza em nada se diferem de outras verificadas à época dos sistemas “processuais” inquisitórios. Nesse tipo de sistema, o estabelecimento da verdade é um direito absoluto e um poder exclusivo dos soberanos e de seus juízes. O que equivale a dizer: “Diante da justiça do soberano, todas as vozes devem se calar” (FOUCAULT, 1998, p. 33).<sup>99</sup> Enunciados deste jaez “pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica” (HABERMAS, 2003, v.1, p. 277). Ora, uma certa dose de descrença na capacidade dos homens de resolverem os casos jurídicos com correção e segurança jurídica é inerente ao paradigma democrático (OLIVEIRA, 2001): “Se a descrença no Direito deve ter seus limites,

---

(HABERMAS, 1990, p. 72)

<sup>99</sup> Em um dos seus contos, Franz Kafka narra a estória de um homem humilde que ao tentar entrar na casa da Lei se depara com outro homem de vultosa compleição, que o impede de cumprir seu propósito. Este homem adverte ao camponês de que é muito forte, e, ainda, de que é apenas um dos guardas da Lei, e que, por sinal, é bem mais fraco que os demais que se sucederão no caminho do camponês, caso este obtenha a inacreditável façanha de passar pelo primeiro guarda. Nessa metáfora, o conteúdo normativo da lei é inatingível pela pessoa comum. Somente alguns têm acesso a ele. Estas pessoas são chamadas: “os guardiões da lei”. (KAFKA, 2000, p. 71-72)

e o Direito Processual também os tem, com muito maior razão a crença na capacidade dos juristas ou operadores jurídicos deve ser matizada” (OLIVEIRA, 2001, p. 15):

(...) esse necessário grau de ceticismo é exigência de um fundamento democrático: há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania. Hoje, buscar sustentar a crença na bondade ou na maldade intrínsecas das decisões, na *bondade* ou *maldade* intrínsecas do juiz, ainda mais em matéria constitucional, é até ingênuo, já que não só os fatores mas os sujeitos que participam ou influenciam uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados. (OLIVEIRA, 2001, p. 15)

Juízes são homens de carne e osso, falíveis, portanto; daí, sua capacidade intelectual jamais poderá ser comparada à descomunal força física de Hércules (HABERMAS, 2003). Aliás, a advertência sobre a falibilidade daqueles a quem competem tomar decisões já fora feita por Sócrates, há mais de dois mil anos. Na República de Platão, o sofista Trasímaco, um dos opositores de Sócrates, em dado momento lança o desafio: “a justiça é o interesse do mais forte, ou seja, do governante”; ao que Sócrates opõe uma nova pergunta: “Mas os governantes são absolutamente infalíveis, ou estão sujeitos a errar por vezes?” (PLATÃO. 427-347 a.c., 1996)

Trazendo essa indagação para o âmbito de nossa pesquisa, a resposta é certamente positiva: os governantes são falíveis por certo, sujeitos a cometerem equívocos. Assim como também o são aqueles a quem compete proferir decisões no âmbito jurídico. E essa probabilidade de erros, tal como visto, pode decorrer tanto de uma deficiência técnica, quanto de ausência de virtude do julgador, pois não há nada mais terrível e aterrador do que um crápula extremamente habilidoso (GADAMER, 2004). Contudo, é possível afirmar que esse quadro pode ser alterado pela adoção da teoria do discurso e de um modelo constitucional de processo penal. Nessa perspectiva, a probabilidade de erro derivada da imperfeição humana será infinitamente menor caso seja conferida aos interessados a oportunidade de participar da construção das decisões jurisdicionais, em simétrica paridade. Somente assim é que se poderá evitar a transmutação do ato jurisdicional em simples ato judicial. (LEAL, 2008)<sup>100</sup>

Vê-se, pois, que o decantado adágio *jura novit curia*, não pode em hipótese alguma ser considerado um princípio, na acepção científica delineada nesta pesquisa. Dessa forma, o postulado de que o juiz conhece o direito, podendo assim, de forma solitária, dizê-lo no caso

<sup>100</sup> Consoante a análise deste autor “tendo o juiz o poder de dizer o direito (garantia de eficácia), o ato jurisdicional confina-se a ato judicial. Tornam-se indiscerníveis, nesse enfoque, o ato que, por norma procedimental, incumbe ao juiz praticar, com o ato de “dizer o direito”. O ato judicial seria, sempre que decidisse (a lide, o mérito, ou enunciasse a vontade concreta da lei), jurisdicional”. (LEAL, 2008, p.31)

concreto, trata-se, antes, de mais um perverso recurso de manipulação ideológica que visa, tão somente, a afastar qualquer tentativa de esclarecimento do discurso jurídico. Com efeito,

(...) no Estado Democrático de Direito, em sua visão procedimental, não mais se poderia afirmar *jurisdição* como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas, sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento. (LEAL, 2008, p. 34)

O “princípio” da livre dicção do direito (TOURINHO FILHO, 1997), analisado sob este enfoque, não é mais que mais um resquício de tradições históricas autoritárias a que se busca emprestar um conteúdo normativo (HABERMAS, 2003). Equivale a dizer que o dito princípio assume os contornos de mero sistematizador do Direito (natural), inteiramente despojado da vestimenta constitucional principiológica, traduzindo-se, antes, em desastroso “recurso retórico de positivação do controle de discricionariedade no âmbito decisório (positivismo)” (LEAL, 2002, p. 39), desprovido, por isso mesmo, de qualquer força normativa.

## 6. CONCLUSÃO

Em meados do século passado, a ciência do direito processual deu uma grande guinada, abandonando-se a noção de processo como relação jurídica instaurada entre as partes e o juiz, para se adotar a concepção de processo como procedimento em contraditório. Desde então, passou-se a falar em processo quando, em determinado procedimento, verifica-se a possibilidade das partes participarem da construção do ato decisório, em simétrica paridade. O processo, nessa ótica, é tido como procedimento equitativo e participativo, que garante a criação de decisão elaborada com base nos argumentos deduzidos pelas partes, no debate da causa.

Constatou-se ainda, mais recentemente, que em se tratando de Estado Democrático de Direito, o processo perfaz-se não apenas pela presença do contraditório no *iter* procedimental, mas antes, pelo assentamento de uma base principiológica, modelo constitucional de processo, que compreende, entre outros, os princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões, sendo que este último princípio encontra-se estritamente vinculado ao primeiro. Daí porque os juízes não podem desconsiderar os argumentos fático-jurídicos ofertados pelas partes no deambular da causa ao prolatarem suas decisões. Caso contrário, tais decisões reputar-se-ão ilegítimas, justamente por não atenderem às condições do discurso procedimentalizado.

Entretanto, malgrado o avanço da ciência do Direito Processual verificado nos últimos anos, o que se constata é que, especificamente no tocante ao Direito Processual Penal, muitos ainda insistem em conferir validade às normas contidas no Código de Processo Penal Brasileiro, sem atentarem para o modelo constitucional de processo penal, como se o processo fosse apenas um instrumento colocado à disposição do juiz, para que este, de forma sábia e equânime, pudesse realizar a justiça no caso concreto. È a fusão do mítico e do místico que garante, por algum tempo, a vitória parcial das figuras de retórica sobre o discurso científico.

A aplicação da regra contida no *caput* do artigo 383 do CPP é um claro exemplo disso. No momento em que o juiz profere uma sentença condenando o acusado pela prática de um crime, cuja tipificação penal não fora objeto de debate entre as partes, aniquila-se o processo através da supressão do princípio do contraditório. Tal prática traduz-se em refinada negativa do Estado Democrático de Direito, pois, se o princípio do contraditório é violado, afasta-se a presença do processo e, nessa cadeia de eventos, esvazia-se a própria democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Seconda edizione ampliata eg aggiornata. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. v. 87. São Paulo, jul./set. 1997.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria Geral do Processo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição. *in*: Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade e Amorim Machado, Felipe Daniel. (Orgs.) **Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretela. 3. Ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.gov.br/jurisprudência](http://www.stj.gov.br/jurisprudência). Acesso em abril de 2008.

BRETAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BÜLOW Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1998.

CARNELUTTI, Francesco, **As Misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v. I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: OAB, v. 63, ano XXVI, julho/dezembro de 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium Non Datur*: Pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamento, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno**. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual civil. v. I.** Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: Um problema às reformas processuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Escritos de Direito Penal e processo penal em homenagem ao professor Cláudio Tovo.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Apresentação In: **(Re) forma do processo penal.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. A contribuição da constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade e Amorim Machado, Felipe Daniel. Org. **Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Proceso Civil.** Buenos Aires: Depalma, 1977.

COUTURE, Eduardo J. **Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano americano.** Buenos Aires: Depalma, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 11ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, **Processo penal**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIÚZA, César. **Direito civil** – Curso completo. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes *et. al.* Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito**: Ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 143, p.199, jul./set. 1999.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Sacarane; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: Justificação e Aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia (entre facticidade e validade)**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia (entre facticidade e validade)**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, i racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2004.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. v. 1. Tomo 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ITÁLIA, **Codice di procedura penale e leggi complementari**. Bolonha: Seme S.P. A., 1997.

KAFKA, Franz. **Diante da lei**. In: A Colônia Penal. Tradução de Torrieri Guimarães. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LAGES, Cíntia Garabini. A inadequação do processo objetivo à luz do modelo constitucional do processo brasileiro. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 8, n. 1, 2º sem. de 2005.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 5ª ed. São Paulo: Síntese, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Araras: Bestbook, 2001.

MADEIRA, Denis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**. Uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. t.I.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. I. Campinas: Milenium: 2000

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal. v. IV**. São Paulo: Bookseller, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG** v.1, série participativa, p. 39-55. Belo Horizonte, jan-jun/2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2006a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: 2006.

PASSOS, J. J. Calmon. **Cidadania e efetividade do processo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil - nº 01 – set-out/1999.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Revista Eletrônica Virtuajus**. Belo Horizonte, Faculdade Mineira de Direito. PUC Minas. Ano 2, nº 01, agosto de 2003. Disponível em: [www.fmd.pucminas.br/virtuajus](http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus) Acesso em: 15 out. 2005.

PISANI, Mario Pisani *et al.* **Manuale di procedura penale**. 2. ed. Bolonha; Monduzzi Editore, 1997.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 09 dez. 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2003.

TORNAGHI, Hélio de Freitas Bastos. **A relação processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1987. 2. ed. rev. e atual.

TORNAGHI, Hélio de Freitas Bastos. **Instituições de direito processual penal**. 2 ed. , v. 1, São Paulo: Saraiva, 1959.

TORRES, Ana Paula Repolês. Sobre a construção intersubjetiva dos direitos positivos: A tensão interna entre facticidade e validade na teoria discursiva do direito, de Jürgen Habermas. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n.16, 2º sem. 2005.