

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR

PAULO ROBERTO PEGORARO JUNIOR

A UNIDADE PROCESSUAL E SUA COMPREENSÃO SISTÊMICA

UMUARAMA

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PAULO ROBERTO PEGORARO JUNIOR

A UNIDADE PROCESSUAL E SUA COMPREENSÃO SISTÊMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR como parte das exigências para a obtenção do título Mestre em Direito Processual e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto.

UMUARAMA

2010

Ficha catalográfica

P376u Pegoraro Junior, Paulo Roberto.

A unidade processual e sua compreensão sistêmica / Paulo Roberto Pegoraro Junior. – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR, 2010.

119 f.

Orientador : Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense-UNIPAR

1. Direito processual civil. 2. Teoria geral do processo. 3. Direito processual penal. 4. Sistemas processuais. 5. Unidade processual sistêmica. I. Universidade Paranaense – UNIPAR.

II. Título.

(21 ed) CDD: 341.46

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO ROBERTO PEGORARO JUNIOR

A UNIDADE PROCESSUAL E SUA COMPREENSÃO SISTÊMICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual e Cidadania do Programa de Pós-Graduação da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni

Prof. Dr. Fábio Caldas de Araújo

Umuarama, 23 de abril de 2010.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais da vida e da academia,
Paulo, Seni e Adelino.

AGRADECIMENTOS

Com inestimável apreço, ao incentivador e orientador,
Professor Dr. José Laurindo de Souza Netto, homem de
cultura científica invejável, exemplo de dedicação ao
Direito e à Justiça.

Agradeço a contribuição valorosa à pesquisa propiciada
pelas Professoras Deisi Cardoso, Juliane Bublitz e Márcia
Souza.

“As leis não bastam. Os lírios não nascem das leis”
(Carlos Drummond de Andrade).

RESUMO

Em busca da superação da análise compartimentalizada dos modelos processuais, notadamente do direito processual civil e do direito processual penal, o viés sistêmico que se permite inferir em decorrência da assimilação de ambos os ramos e as maneiras pelas quais mutuamente se afetam e se influenciam pode permitir a compreensão de certos fenômenos processuais que apontam exatamente para tal tendência de convergência, tal como a construção de uma teoria geral do processo, a expansão da jurisdição constitucional – e o próprio ativismo judicial. Sua eventual constatação deve decorrer de elementos objetivos e sua imbução envolve a compreensão do conceito de acoplamento estrutural proposto por Luhman, no conjunto de sua autopoiese, a aceitar a oxigenação do modelo do fechamento operacional. A investigação proposta é de aferir se tal convergência pode mesmo ser identificada, e quais seus efeitos decorrentes para absorção de uma teoria unitária do processo, bem como se o sistema processual poderia obter vantagem operacional em sua aproximação.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA GERAL DO PROCESSO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. SISTEMAS PROCESSUAIS. UNIDADE PROCESSUAL SISTÊMICA.

ABSTRACT

Seeking to overcome the compartmentalized analysis of procedural models, notably the civil procedural law and criminal procedural law, the systemic bias that can be inferred due to the assimilation of both branches and the ways in which mutually affects and influences could allow understanding of certain procedural phenomena that points exactly for that trend of convergence, such as the construction of a general theory of the case, the expansion of constitutional jurisdiction - and the own judicial activism. Its eventual conclusion must due to objective elements and its association involves understanding the concept of structural coupling proposed by Luhman, in all of its autopoiesis, to accept the oxygenation of the operational closure model. The aim of this research is to assess if such convergence can really be identified, and what are its effects due to the absorption of a unitary theory of the case, as if the court system could obtain operational advantage in their approach.

KEYWORDS: GENERAL THEORY OF THE PROCESS. CIVIL LAW. CRIMINAL PROCEDURE LAW. PROCEDURAL SYSTEM. UNIT PROCEDURE SYSTEMIC.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO.....	11
1 A TEORIA DOS SISTEMAS	
1.1 Sistema, unidade, ordenamento.....	13
1.2 Da relevância da compreensão sistêmica do ordenamento processual.....	18
1.3 Dos sistemas e do intercâmbio com o meio.....	23
1.4 Paradoxo e autopoiese.....	28
1.5 Processo judicial e sua compreensão sistêmica.....	32
2 A CONSTRUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A DUALIDADE COMO IMPERATIVO HISTÓRICO.....	35
2.1 A origem do Estado e do espaço do Direito Público.....	35
2.2 Os sistemas processuais.....	38
2.2.1 Formação histórica do sistema processual romano-germânico.....	39
2.2.2 O processo na Península Ibérica e suas implicações no Brasil.....	44
2.3 O alvorecer constitucional.....	47
2.4 A afirmação da autonomia do direito processual.....	51
3 O IMPULSO CONVERGENTE.....	56
3.1 A constitucionalização do processo.....	59
3.2 A processualização do poder punitivo estatal e a passagem para o sistema acusatório no processo penal.....	63
3.3 Da convergência como uma hipótese <i>autopoética</i>	65
3.4 Da <i>judicialização da política</i> à <i>politização do Judiciário</i>	72
3.5 Da convergência como corolário de uma <i>teoria geral do processo jurisdicional</i> ..	73
4 EVIDÊNCIAS OBJETIVAS DA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	88

4.1 Do <i>incivilamento della procedura penale</i>	91
4.2 Do prestígio ao princípio da oficialidade no processo civil.....	92
4.3 A sumarização do processo penal.....	93
4.4 O garantismo no campo do processo civil.....	95
5 DAS CRÍTICAS E DOS LIMITES À TEORIA UNITÁRIA DO PROCESSO JURISDICIONAL.....	97
6 CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	109

INTRODUÇÃO

A construção do ordenamento processual é marcada pela constatação histórica de sua divisão entre dois grandes ramos: o do direito processual civil e do direito processual penal. Embora originados da mesma fonte, e tendo por mesmo escopo a instrumentalização da pacificação social, mediante a solução de conflitos, a partir da jurisdição, a autonomia que cada um dos ramos nutriu ao longo do tempo serviu para sua especialização e também para o aperfeiçoamento de seus institutos, notoriamente diante da diversidade de direitos e interesses substantivos envolvidos.

Contudo, a partir do esforço para a construção dos novos paradigmas do ordenamento processual e, sobretudo, da sua compreensão sistêmica, passou-se a perquirir renovadamente sobre em quanto a unidade do ordenamento processual poderia se verificar, senão no caminho da assimilação plena da teoria geral do processo, ao menos no que toca ao recíproco aproveitamento de seus institutos, fundamentos, princípios e normas, no afã da busca pela consecução de seus objetivos.

A tônica constitucional, que exerce sua força não apenas em relação ao ordenamento processual, mas se espraia por todo o ordenamento, não pode ser desprezada ao se propor a análise da dimensão convergente dos ramos processuais.

A proposta do presente trabalho, em linhas gerais, é a de se debruçar na análise sistêmica e pragmática da intuída aproximação, ocorrida ou não, entre os ramos do processo civil e do processo penal, estabelecendo como matriz teórica os ensinamentos de Luhmann sobre sistema, fechamento operacional, acoplamento estrutural e autopoiese, que servem para que se lance um olhar acerca dos movimentos ocorridos no interior do sistema social, mais precisamente no subsistema social do direito processual.

A resposta que se der a tal enfoque pode servir para aferir a existência de dados objetivos que apontem para sua convergência e também a utilidade para o ordenamento processual de sua compreensão unitária, com a verificação de movimentos de retroalimentação tendentes a propiciar um modo cada vez mais

eficaz, racional e célere para distribuição da justiça e construção do Estado Democrático de Direito.

Enquanto a afirmação altista da autonomia processual continua a ser cultuada, os anseios sociais, coletivos e individuais, continuam a sofrer extremas e radicais formas de adaptação, fruto das candentes necessidades criadas pela sociedade de massa, de consumo, e onde se apregoa consciente ou inconscientemente o individualismo. Cibernética, organismos geneticamente modificados, fluxos intensos de capital e mercadorias de forma planetária, violência urbana, novos meios de obtenção de crédito, novas formas de exercício da cidadania e do consumo, são apenas alguns dos ingredientes que informam o atual momento social, e o ordenamento processual não pode simplesmente ignorar os anseios, as expectativas e as novas exigências que lhe são impostas, sob pena de servir apenas como um fim em si mesmo, coisa que não mais se admite.

Este novo tempo e estas novas formas de interação social estão por exigir também novas abordagens para solução de conflitos. Então, averiguar de que maneira os novos postulados acabam por influenciar e modificar a compreensão totalitária que se tem do ordenamento processual é o que se propõe. É saber, em outras palavras, se a jurisdição plena, do modo em que foi pensada para a sociedade dos Séculos XIX e XX, pode servir ainda (ou não) para a construção de uma sociedade humana, justa e democrática. É saber ainda se as forças sociais, se os sistemas sociais postos em operação, atuam também em relação ao processo, e em que medida os grandes ramos são por isso afetados.

Nem se poderia imaginar coisa muito diferente, posto que todo o ambiente está contaminado pela nova ordem. Se assim o é, também o ordenamento processual sofre seus refluxos. Mas a tarefa proposta não busca apenas a simples reinvenção da teoria geral do processo (embora cogitada). A problemática envolvida é saber em qual medida a unidade identifica-se ou não com o atual momento, e em que medida tal aproximação é capaz ou não de responder às expectativas sociais relacionadas à prestação jurisdicional.

1 A TEORIA DOS SISTEMAS

1.1 Sistema, unidade, ordenamento

Como qualquer outro conceito aberto, o conceito de sistema admite significações das mais variadas, a depender do tipo de concepção que se quer atribuir e da postura ideológica que se assume.

É assim que para Ferraz Junior (1976), a partir de uma investigação semântica da origem do termo *systema*, decomposto em *syn-istemi*, significando o composto, o construído, dá a ideia de totalidade, composta de várias partes, agregando-se posteriormente a conotação de ordem, de organização, seguindo uma linha evolutiva que recai no conceito de um “todo fechado, em que a relação com o todo e das partes em si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”, cujo princípio básico propõe uma relação de identidade entre o todo e a soma das partes, sucessivamente.

Para Canaris (1996), é ainda determinante a definição clássica kantiana, que caracterizou o sistema como a unidade sob uma ideia de conhecimentos variados ou, também, como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios.

Já conforme Diniz (1996, p. 8), “sistema significa nexos, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos (...) todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório)”, relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção.

Em outra dimensão conceitual, Bobbio (1999) dispõe ser este uma “totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”, e em complemento, os entes que o compõe devem relacionar-se com o todo e entre si, apresentando, ainda, três tipos de definições para o termo sistema.

A primeira decorreria de um dedutivismo puro, marcado por definições abstraídas da experiência.

A segunda apresenta um processo distinto da primeira, ou seja, é marcada por um indutivismo. Opera pela análise de uma norma em particular, ou mais propriamente de seu conteúdo a uma generalidade. Disso pode-se concluir, que esta significação está inserida na classificação e na constatação de semelhanças, portanto, numa base empírica.

Já a terceira significação traduz como condição de existência de um sistema a necessidade de compatibilidade das normas de um ordenamento, o que implica, por sua vez, num relacionamento natural entre as normas. No entanto, para Bobbio, essa necessária compatibilidade efetivamente não se traduziria em algo pronto e acabado, mas sim, “num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade de suas partes simples”, o que implicaria em se desprezar, de alguma maneira, o próprio conjunto de normas, já que, se assim estruturado, não se sustentaria.

A tal contradição conceitual aparente, Bobbio recorre a Kelsen para lastrear tanto a unidade do ordenamento quanto quando sustenta que o sistema seja estático e dinâmico (1999, p. 71). A estática estaria identificada com a dedutividade baseada em normas originárias, marcadas, portanto, pelo seu conteúdo, enquanto que a dinâmica repousaria na circunstância de que as normas derivam de uma autoridade, em autêntica delegação de poder, notadamente de cunho formal. Não seria, nesse contexto, o conteúdo o parâmetro a ser considerado, de modo que dentro dessa classificação kelseniana o ordenamento jurídico só poderia estar incluso dentro do sistema dinâmico.

Tal referência se relaciona com o ordenamento exatamente enquanto sistema, sendo que, de tal modo, o complexo jurídico é constituído por normas emanadas de diferentes autoridades, alheio a qualquer conteúdo, tanto que não imune a normas conflituosas. Daí porque Bobbio se questiona, precisamente, diante da conceituação que faz de sistema, se pela base dinâmica o ordenamento seria sistêmico:

Para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo; não basta referir-se à autoridade da qual emanaram. Como se vê, que um ordenamento jurídico constitua um sistema, sobretudo, se a partir da identificação do ordenamento jurídico como o sistema dinâmico, é tudo, menos óbvio. Ou, pelo menos, cumpre precisar, se se quiser continuar a falar de sistema normativo em relação ao Direito, em qual sentido, em quais condições e dentro de que limites se pode falar dele (BOBBIO, 1999, p. 74).

A solução apontada por Bobbio para aferição do conceito dinâmico ou não do sistema, especialmente em se considerando que as normas derivam de autoridades com poderes delegados e que existem incompatibilidades normativas evidentes, é para uma verificação comparativa a propiciar, à guisa de conclusão, que o ordenamento jurídico como unidade é sistêmico, porém requer compatibilidade extraída do filtro ou raciocínio de algumas conceituações e classificações:

Confrontando com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontando com o sistema dinâmico, do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio da compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras. (BOBBIO, 1999, p. 80).

A partir de outra linha investigativa quanto ao conceito de sistema, Neves (1988) inicia a abordagem pela negativa de um único conceito, referindo-se ao mesmo como “um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário”. Ao contrário de Bobbio, Neves sustenta que a coerência não seria determinante para que se constate um sistema, citando Alchourrón e Bulygin, a apontar que é “difícilmente aconselhável a restrição do termo sistema aos conjuntos proposicionais coerentes, pois não são raros conjuntos normativos incoerentes” (1988, p. 3).

O ponto nodal do sistema estaria, então, segundo apontou Bobbio em sua terceira significação, na existência ou não de normas de natureza incompatíveis ou antinômicas (DINIZ, 1996, p. 15). Mas mesmo com soluções para o expurgo de normas incompatíveis ou, ainda, que o ordenamento tenha que conviver com normas incompatíveis, mesmo que por curto espaço de tempo, não terá desnaturada sua condição sistêmica, pois não faria sentido algum estarmos ora em sistema, ora não, a depender da percepção ou não daquelas.

Neves logrou classificar, ainda, os sistemas em proposicional e real/empírico (1988, p. 2), atribuindo-lhes sentido de que seu fundamento dependerá de algo dedutivo/racional ou indutivo, fazendo-se já aqui uma conexão com as primeiras significações de Bobbio, já que para a terceira, será requisito de existência de um sistema a compatibilidade de seus elementos.

Pela classificação de Neves, mesmo num sistema dito proposicional, e alargando a classificação, a coerência somente teria lugar em sistemas proposicionais teóricos em oposição aos proposicionais prescritivos/normativos, já que estes, por estarem alocados na seara prática, não requerem coerência para que sejam considerados sistêmicos.

Em continuidade, os proposicionais caracterizam-se ainda por nomológicos, ou seja, partem de um processo axiológico, dedutivo, portanto coerente, já que dissociados de qualquer tipo de evidenciação ou experiência. Disso advém, conforme Neves, as peculiaridades de que o fechamento, a completude e a coerência constituem-lhes notas essenciais, “uma vez que seus enunciados se deduzem racionalmente de axioma (conjunto finito de enunciados da base do sistema, na qual estão implicitamente contidos os enunciados aduzidos)” (1988, p. 5).

Também se individualizam os proposicionais por serem nomoempíricos, calcados na experiência. Este, por sua vez, divide-se em nomoempíricos teóricos (descritivos), pertinentes às relações entre os objetos/dados existentes. Ou seja, tratam de relações reais (ciências naturais/sociais) ou proposições prescritivas (ciências normativas), cuja relação com a realidade/finalidade é indireta. Assim, em seu conjunto (real/proposicional) traduz-se essa classificação nomoempírica teórica, em algo coerente e com pretensão de verdade. Não obstante, dada sua natural condição experimental, o sistema estará indelevelmente marcado por sua abertura.

Por seu turno, os nomoempíricos prescritivos/normativos objetivam o controle da conduta humana, tendo como foco a *práxis*. Ao contrário da nomoempírica teórica, amparada na verdade, este, também marcado por antinomias, não a pressupõe, mas, em contrapartida, requer validade. Finalmente, e a exemplo dos nomoempíricos descritivos, estão também marcados pelo não fechamento ou completude.

O ordenamento jurídico é uma das dimensões essenciais do complexo fenômeno jurídico. Constitui-lhe o aspecto formal-normativo. Dentro do sistema global do Direito, apresenta-se como sistema parcial (subsistema) de caráter nomoempírico e função prescrita. O caráter nomoempírico distingue-o dos sistemas nomológicos (lógicos e matemáticos), pois são-lhe relevantes os dados da experiência. A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da práxis, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem da gnose. Isto porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico não é apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado,

mas exerce também a função principal de controlá-los e dirigi-los, diretamente. (NEVES, 1988, p. 16).

Embora apresente caráter nitidamente prescritivo, o ordenamento não deixa de ser objeto da função/caráter descritivo. Segundo Neves, na medida em que quando assume a finalidade ou o desejo de uma coletividade pode representar uma dimensão do dever-ser, mas apesar de sua relevância, acaba por assumir papel secundário face ao caráter preponderantemente prescritivo.

Outro elemento apontado por Neves dá conta de que um ordenamento jurídico não se abstrai simplesmente de um contexto ideológico, o qual influenciará não apenas na produção como na interpretação e aplicação das normas, sendo que mesmo o estudo parcial do Direito na perspectiva normativa não pode desprezá-lo, “sob pena de se ter uma falsa compreensão das estruturas de significação normativa” (Neves, 1988, p. 20). Mesmo então, da relação ainda que gradativa que conduz à coexistência de sistemas (nomoempírico prescritivo e descritivo), bem como do condicionante ideológico, o que se coloca em forma de questionamento é a possibilidade de que estes mesmos aspectos se identifiquem ao ordenamento jurídico brasileiro ou não, notadamente diante do modelo processual adotado.

Mas se a abordagem que se apregoa é pela ótica do ordenamento jurídico, cuja unidade se estabelece por um fundamento de validade pressuposto (norma fundamental) e que, por sua vez, propicia considerar o ordenamento jurídico como sistêmico, mesmo que presentes determinadas classificações que considerem ou não a necessidade de coerência, não há como deixar de se reconhecer as incompatibilidades inerentes e a concepção rigorosamente adequada para leitura da realidade processual brasileira.

Duas características, contudo, emergiram em todas as definições: a da ordenação e da unidade, estando uma para com a outra na mais estreita relação de intercâmbio, daí porque, para Canaris, qualquer outra precisão sobre o significado da “ideia de sistema” na Ciência do Direito e sobre o correspondente conceito de sistema “pressupõe, por isso, o esclarecimento da questão sobre se e até onde possui o Direito aquelas ordenações e unidade, indispensáveis como fundamento do sistema” (1996, p. 13).

O papel do sistema no Direito e no ordenamento processual vai, porém, bem mais longe, pois enquanto realidade cultural, o Direito deve ser reconhecido, para ter aplicação, de modo que a aprendizagem dos próprios fenômenos se torna assim,

indispensável. E é exatamente a partir da sistematização, com a superação do empirismo na comunicação, por meio de fórmulas redutoras, que se permite exprimir grandes categorias de casos, através de pesquisas e da ordenação do que, neles, haja de regular, de comum ou de diferente, exatamente em função da diferença, de modo que a ideia de sistema é a base de qualquer discurso científico, em Direito.

1.2 Da relevância da compreensão sistêmica do ordenamento processual

A importância prática da adoção da ideia de sistema no direito, já assinalada por Canaris (1996), se dá pela contestação veemente da argumentação dos adversários do pensamento sistemático, justamente pelo fato de que seus apontamentos se dirigem ao sistema externo ou axiomático dedutivo. A existência do direito, contudo, assenta numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade e, sem essa regularidade, o Direito não teria em si a consistência, ideal ou real.

Os novos preceitos teóricos concebem o fechamento de operação, a recursividade, a auto-referência e a circularidade (termos que pertencem à representação dos sistemas fechados) como condição de possibilidade de abertura. Assim, o sistema deve ter a capacidade de se distinguir de seu meio, de modo a ser capaz de combinar todas as suas operações. Sob tal ângulo, a questão que se torna fundamental é saber que tipo de operação um sistema pode reproduzir como uma espécie de rede, na qual reconhece que determinadas operações pertencem ao sistema, e outras não.

E é daí que, partindo de três níveis de análise, Luhmann distingue diversos tipos de sistemas auto-referenciais (1998, p. 2 e ss.). No primeiro nível, a análise dos sistemas sociais implica que se assuma a conceituação fundamental, deduzida da teoria geral dos sistemas, consistente basicamente na diferenciação sistema/ambiente. Em seguida, os sistemas sociais são distinguidos de outros tipos de sistemas, tais como as máquinas, os organismos e os sistemas psíquicos, cada qual caracterizado como um tipo específico de sistema auto-referencial e autopoiético. Dessa distinção decorre a mútua exclusão de indivíduo e sociedade, pois, sendo cada um deles um tipo específico de sistema autorreferencial (sistema

psíquico no primeiro caso e sistema social, no segundo), suas respectivas redes de operações recursivas, por serem fechadas, seriam mutuamente inacessíveis. É certo que sistemas psíquicos e sistemas sociais são ambos sistemas constitutivos de sentido. Contudo, diferenciam-se pelo fato de que os sistemas sociais possuem a comunicação como forma de operação e elemento último da autopoiese de tais sistemas.

Villas Bôas Filho (2009, p. 5) assinala que, “uma vez que ambos são sistemas autorreferenciais, inclusive por razões lógicas, eles serão ambiente um para o outro, ou seja, nem a comunicação é capaz de determinar o fluxo dos pensamentos de uma consciência”, nem esta será capaz de estabelecer a comunicação que circula na sociedade, a não ser exatamente por meio de irritações/perturbações.

Por fim, no terceiro nível analítico, Luhmann ressalta que seria possível apontar três diversos tipos de sistemas sociais, todos baseados na comunicação, quais sejam: a) interações; b) organizações; c) sociedades.

A compreensão da unidade sistêmica tem por base, assim, a teoria luhmanniana, tendo por primeiro plano os próprios subsistemas processuais, que funcionam como mecanismos acoplados a favorecer a troca de comunicação regrada, preservando-se tanto a autonomia de um ramo quanto de outro, sem isolá-los totalmente, pois se assim não fosse se bloquearia a evolução do sistema.

A mudança que logrou produzir a compreensão da pragmática-sistêmica de Luhmann para a teoria do Direito, reconhecida por Rocha (2008), iniciou pela adaptação de alguns aspectos da teoria de Parsons, mas se voltou, ao final, para uma perspectiva epistemológica autopoietica, acentuando a sistematicidade do Direito como autorreprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (*input/output*) parsoniano:

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de idéias, é que se pode entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica), define o direito (na Sociologia do Direito, 1972), como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal, social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)”. Isso porque para Luhmann, na “sociologia do direito”, “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem

expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. (ROCHA, 2008, p. 1049-1050)

Isso caracteriza o que Luhmann denomina de generalização congruente, e sua constatação de que o direito atua como um alívio para as expectativas, e não primariamente como um ordenamento coativo, sendo o alívio consistente nas disponibilidades de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades.

A partir da teoria de Luhmann, se concebe o procedimento judicial como subsistema do sistema social, tendo como objetivo consciente e declarado a diminuição da complexidade que o circunda, entendida esta como uma ampla gama de possibilidades que influenciam as decisões da vida real, seja exterior, complexidade extra-sistêmica, seja interior, complexidade intrassistêmica.

O procedimento judicial assume grande proeminência, tornando-se a base de validade das decisões processuais. A validade, inserção da norma no ordenamento jurídico, para Luhmann relega a sua influência kelseniana, cuja norma superior valida a norma inferior, e mesmo a influência sociológica, calcada no apoio social, passa a residir no procedimento, consubstanciando-se paulatinamente de acordo com os *inputs* fornecidos pela sociedade (AGRA, 2010).

Há uma tendência crescente de complexidade das sociedades ocidentais do capitalismo avançado devido à amplitude de sua infraestrutura econômica. À medida que a economia capitalista diversifica a cadeia produtiva, diferentes serão as relações de produção e necessariamente diversas serão as necessidades almejadas pelos cidadãos, o que exige do Estado uma capacidade enorme para implementar políticas que possam atender a todas essas demandas.

O ambiente exterior tende a ser mais complexo que o interior, já que dentro do subsistema existem princípios que funcionam como “membranas de calibração”, filtrando as informações que entram, convertendo-as em elementos assimiláveis pelo código imperante no seu interior.

Quanto maior for a diferenciação entre o funcionamento do subsistema de procedimento jurídico e o meio ambiente, maior será o seu grau de autonomia, diferenciando-se dos demais subsistemas sociais. A autonomia e a consequente diferenciação com o meio ambiente reduzem a complexidade da seara fática e garantem a concretização da legitimação pelo procedimento.

Dessa forma, para Walber de Moura Agra,

a condição *sine qua non* para a existência do subsistema de procedimento judicial é a sua própria autonomia, concretizada na diferenciação estrutural frente às suas próprias estruturas e àquelas específicas ao meio ambiente. Essa diferenciação não significa o isolamento do sistema procedimental, as informações do meio ambiente devem ser agasalhadas, porém mediante um código próprio que permita que o sistema estabeleça relações exteriores e possa ser continuamente realimentado (inputs), sem prejuízo para a sua autonomia. Quanto maior for a diferenciação do sistema do procedimento judicial com o meio ambiente, menor serão as possibilidades de que elementos fáticos, de forma isolada, possam servir de parâmetros para a decisão judicial. (AGRA, 2010, p. 5)

A característica dessa autonomia é que o procedimento judicial se desenvolve mediante critérios internos, formulados por sua própria estrutura, não sendo o seu funcionamento direcionado por critérios externos. A autonomia do sistema de procedimento será maior na medida em que maior for a diferenciação do referido sistema com as relações predominantes na sociedade, todavia esse requisito, por si só, não se configura como condição essencial para assegurar a autonomia.

A decisão judicial, como consequência da autonomia sistêmica, faz uma diferenciação entre elementos de direito e elementos de fato, evitando que o procedimento judicial possa se tornar um prolongamento do meio ambiente. A diferenciação do procedimento judicial obriga que a decisão não possa ser exclusivamente amparada em elementos fáticos, que não foram codificados para a linguagem interna do sistema. Os participantes têm que escolher as normas de acordo com os fatos, mas devem da mesma forma escolher os fatos de acordo com a norma.

A redução da complexidade é uma função realizada pelas estruturas sistêmicas, na medida em que generalizam as expectativas de comportamento de forma ampla. Elas reduzem a complexidade do sistema porque ostentam uma seletividade dupla, uma do próprio processo de sua escolha, e outra da filtragem dos elementos do meio ambiente de acordo com seus parâmetros. As estruturas do sistema social do procedimento jurídico reduzem o grande número de possibilidades de comportamento possível de acordo com dispositivos normativos previamente determinados. Elas são formadas por normas gerais, válidas para os mais diversos procedimentos judiciais, com o objetivo de estabelecer as regras de funcionamento do sistema.

As estruturas, além de operarem uma redução na complexidade do sistema, têm a não menos importante função de garantir sua autonomia, já que através delas os elementos do meio ambiente são calibrados em uma linguagem que possa ser perceptível para os seus elementos internos. Elas transformam os dados provenientes do meio ambiente em códigos, que são utilizados internamente, fazendo com que o funcionamento sistêmico ocorra por intermédio de expectativas próprias e não devido a interferências externas.

A autorreferência do sistema jurídico é uma decorrência da formação de um código binário interno, que a partir de tal distinção garante a sua unidade. Este código se configura como um grupo de símbolos que permite uma comunicação entre as pessoas. Para Luhmann, o código apresenta duas características principais: generalização simbólica e estrutura binária. A primeira consiste em que os símbolos devam representar a pluralidade de elementos como uma unidade, tornado-os passíveis de comunicação, ao possibilitar maior quantidade de elementos inteligíveis. A segunda regulamenta o código por intermédio de uma estrutura binária, sempre com duas alternativas de possibilidades para cada, sendo, portanto, uma com valor positivo e outra com valor negativo, de modo que cada formulação se depare com sua negação para realizar a seleção.

Os códigos binários têm uma função essencial, ao mesmo tempo em que permitem a autonomia do sistema jurídico, possibilitam a base de sua interação com o meio ambiente, mesmo que para isto tenham que utilizar uma linguagem específica, que dificulte a percepção dos cidadãos comuns. Para ele, a finalidade da jurisdição não é necessariamente garantir a unidade sistêmica do ordenamento processual, de acordo com o escalonamento normativo de validade das normas. Seu escopo é servir como um instrumento autorreferencial do ordenamento jurídico, assegurando que nenhuma interferência antípoda ao ordenamento possa interferir no funcionamento sistêmico.

Cada subsistema social tem um código binário próprio que realiza uma especialização/diferenciação de seu processo comunicativo, permitindo o fluxo contínuo de *inputs* e *outputs* de forma circular, sem que as características que orientam o sistema possam ser comprometidas.

Na verdade, o procedimento inerente às decisões judiciais do ordenamento processual forma um subsistema social, que está em permanente interação com os outros subsistemas, garantindo a sua autonomia funcional através de estruturas

próprias de funcionamento. Ele é importante para a fundamentação do ordenamento processual, constituindo-se como um dos seus elementos. Contudo, a fundamentação do ordenamento processual amparada apenas no procedimento judicial impede a sua densificação porque cerceia a interferência da sociedade. As “membranas de calibração” se configuram em um ardil para justificar as decisões judiciais em elementos exclusivamente de natureza técnica, sem a orientação de qualquer vetor que possa controlar o seu conteúdo.

Será a partir da compreensão sistêmica da dimensão processual, então, que se entenderá em que medida os subsistemas se interligam e se aproveitam mutuamente, importando e exportando institutos, fundamentos, princípios e normas, não apenas entre si, mas também em relação ao ambiente, pois de modo contrário a concepção hermética, estática e isolada de que cada um deles não poderia propiciar sua mútua influência.

1.3 Dos sistemas e do intercâmbio com o meio

Fundamentalmente, sistemas abertos são aqueles operados por sistemas vivos, como exprime Bertalanffy (2009), definindo-o como um sistema em troca de matéria com o seu ambiente, apresentando importação e exportação, construção e demolição dos materiais que o compõe, sendo sua termodinâmica compreendida como irreversível.

Transplantando o conceito para as ciências sociais, já superada a concepção então reinante no século XIX e na primeira metade do século XX do mundo como um caos, num jogo cego dos átomos, embalado pela filosofia mecanicista e positivista, parecendo representar a realidade última e entendendo a vida como um produto acidental de processos físicos e o espírito um fenômeno epifenômeno (BERTALANFFY, 2009, p. 239), pode-se afirmar que a ciência social é a ciência dos sistemas sociais, daí porque se deve usar o enfoque da teoria geral dos sistemas para sua compreensão.

Difícilmente se poderia negar que as teorias sociológicas contemporâneas e mesmo seu desenvolvimento ao longo da história seguiram este programa, porém o estudo correto dos sistemas sociais difere de duas concepções bastante difundidas:

primeiro, das concepções atomistas, que desprezam o estudo das “relações”. Em segundo lugar, das concepções que desprezam a especificidade dos sistemas em questão, tais como a física social, frequentemente intentada segundo o espírito reducionista.

Especificamente no campo da sociologia, anota Bertalanffy:

A sociologia, com seus campos afins, é essencialmente o estudo de grupos ou sistemas humanos, desde os pequenos grupos como a família ou a equipe de trabalho, passando por inumeráveis intermediários de organizações informais e formais, até as maiores unidades, como nações, blocos de poder e relações internacionais. As múltiplas tentativas de fornecer formulações teóricas são todas elaborações do conceito de sistema ou algum sinônimo deste domínio. Ultimamente o problema da história humana avulta como a mais ampla aplicação possível da idéia de sistema. (BERTALANFFY, 2009, p. 240-241).

A vista dos progressos científicos, de um modo geral, tem revelado a presença cada vez mais inquietante de princípios gerais semelhantes nos vários campos da ciência, resultando numa extraordinária visão de uma unidade da concepção do mundo até agora desconhecida, pautada exatamente na superação da aludida concepção mecanicista até pouco dominante.

De um ponto de vista científico exato, contudo, a base do modelo de sistema aberto é a interação dinâmica de seus componentes. A base do modelo cibernético, por exemplo, é o ciclo de retroação, no qual, por via da retroação da informação, mantém-se um valor desejado, atinge-se um alvo, etc. (BERTALANFFY, 2009, p. 195). A teoria dos sistemas abertos, assim, é uma cinética e uma termodinâmica generalizadas, o que propicia fértil hipótese de trabalho a permitir novos discernimentos, novos enunciados quantitativos e verificação experimental.

A grande contribuição de Luhmann em relação à teoria dos sistemas foi a de suplantando o fosso que existia em relação às ciências exatas e permitir sua aplicação no âmbito do direito, a partir do prévio entendimento de que a teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação (ROCHA, 2005). E é a partir do pressuposto de que a sociedade apresenta características de um sistema, permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os une e os constitui numa totalidade, que se acolhe a análise sistêmica.

Se, como para Bertalanffy, o sistema é um conjunto de elementos que se encontram em interação, se entende que o sistema reage globalmente, como um

todo, às pressões exteriores e às reações de seus elementos internos, possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação.

Todavia, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as novas contribuições das ciências ditas cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos, enfatizando-se a importância do construtivismo, do ponto de vista epistemológico, para esta transformação (ROCHA, 2009). O construtivismo entende que conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador. E, para a área jurídica, nesta última linha de investigação, é interessante salientar duas perspectivas neoparsonianas: a teoria da diferenciação e a teoria da ação comunicativa:

Para as teorias neo-sistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo linguístico da semiótica normativista de matiz analítica, nem ao contextualismo, um tanto psicologista, da matriz hermenêutica, mas voltar-se para questões mais sistêmico-institucionais. Nesta perspectiva, centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados, nas organizações encarregadas de produzir decisões jurídicas, e nas novas maneiras de decidir conflitos, como a arbitragem e a mediação. (ROCHA, 2005, p. 28-29).

Luhmann e Habermas vão destacar igualmente determinados contornos filosóficos desta matriz, aspecto que a Sociologia de Parsons não havia acentuado. Habermas, por exemplo, vai elaborar uma teoria dos sistemas em que o ambiente tem uma certa autonomia. Para Habermas existe a ideia de sistema, mas também existe igualmente um ambiente, que ele chama mundo da vida. A ideia de sistema de Parsons é mantida com a revisão possibilitada pela concepção de mundo da vida.

Luhmann é, contudo, o autor que mais interessa aprofundar quanto a questão, também considerando a intensa polêmica que manteve com Habermas, lançando mão de algumas noções distintas, embora se mantenha fiel às grandes linhas traçadas por este último. Trata-se da teoria dos sistemas com um retorno a certas bases filosóficas, à teoria de Hegel. Hegeliano, Luhmann vai se inspirar numa dialética para assentar que o mais importante não é uma perspectiva que está em Habermas de se obter o consenso, mas dizer que, ao contrário, o sentido da sociedade é a produção da diferença. Por isso a teoria da Luhmann pode ser chamada de uma concepção pós-moderna de mundo, que acentua não a

racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade e, neste sentido, crítica, pois avança além de qualquer noção de racionalidade tradicional.

A matriz pragmática-sistêmica em Luhmann logrou produzir profunda mudança epistemológica na teoria do Direito, acentuando a sistematicidade como autorreprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (*input/output*) parsoniano, a partir da compreensão autopoiética da ciência.

O comportamento social, para Luhmann, num mundo altamente complexo e contingente, requer reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas, que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Daí que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Tais reduções podem se dar através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização” (LUHMANN, 1983); na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e na dimensão prática, essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de conformações e limitações recíprocas.

Isto caracteriza o que Luhmann denomina “generalização congruente”, sendo importante sua constatação de que:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. (ROCHA, 2005, p. 32).

Neste trilhar, a função do direito residiria na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. Embora concebido como estrutura, o Direito é essencialmente dinâmico para Luhmann, devido a permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da

complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causada pela chamada dupla contingência, é combatida pelos processos de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais. A teoria sistêmica do direito, comunicando a norma jurídica com o social e a *práxis* significativa, significa um importante passo para que a construção de uma nova teoria do direito aborde simultaneamente os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, em relação ao sistema social.

A lúcida visão de Miguel Reale, em sua postura do direito como experiência histórico-cultural, também acaba por manifestar uma dialética de implicação-polaridade em busca de um normativismo jurídico concreto.

Ocorre que se verdadeiro o reducionismo proposto, como mecanismo eficaz de solução de expectativas, também há de ser observado no próprio interior do sistema, já que como o exterior, igualmente acaba se nutrindo do contato entre o meio e o sistema, e entre o sistema-meio e o sistema, posto que somente a comunicação pode produzir comunicação, inclusive em relação intersistêmica. Tal postura permite afirmar que as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisões jurídicas podem e devem ser redefinidas somente no interior dos sistemas e a partir destes.

Em decorrência de uma concepção de sistemas abertos, com viés preponderantemente sociológico, questiona-se em que modelo e sob quais circunstâncias pode-se intensificar a relação entre o sistema e o ambiente. Sucede que o desenho sociológico dos sistemas trabalha com um conceito indeterminado de meio e não distingue a relação geral entre sistema e meio, da relação mais específica entre sistema e sistemas-no-meio. A ordem de generalidade dessa teoria acaba por dificultar a percepção das dependências internas, por exemplo, as dependências ecológicas, ou a dependência do sistema político em relação ao bom funcionamento da economia.

Já o que se apregou denominar como esquema *input/output* se dirige à relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio. De maneira geral, esse esquema pressupõe que o sistema desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, e que, nesse sentido, este último careça de significação para o sistema, de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema. O sistema possui, assim, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deve ser

considerado como *output*, como serviço, como prestação, e possa ser transferido a outros sistemas no meio.

Duas são as variantes do esquema *input/output*: a primeira extrai seus estímulos a partir de um modelo matemático ideal, na qual o sistema transforma uma configuração de *inputs* segundo as diretrizes de um modelo. O fundamental, aqui, é que essa transformação é decidida estruturalmente. Fala-se, então, em máquinas no sentido real, ou em máquinas, no sentido de funções matemáticas: transformação de *inputs* em *outputs*. Como se pode observar, trata-se de um sistema formal, no qual a *inputs* com funções iguais correspondem *output* iguais. Este esquema foi caracterizado como modelo de máquina de fábrica, e daí a crítica acirrada de que a teoria dos sistemas seja um modelo tecnocrático que não é capaz de dar conta da complexidade multifacetada das realidades sociais.

Em sua fase atual, denominada autopoiética, Luhmann radicaliza sua crítica da sociedade, graças então as suas concepções de risco e de paradoxo, que apontam interessantes avanços para a discussão a respeito da racionalidade do direito e da sociedade. A constatação da presença permanente do risco de não se obter consequências racionais em relação aos fins pretendidos nas decisões, como pregara Weber, para Luhmann gera o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna (ROCHA, 2005). Ou seja, impede a diferenciação entre a operação de fechamento e abertura dos sistemas. Assim, rompe de vez com o funcionalismo parsoniano, voltado à teoria do interesse: cuja racionalidade dependeria da objetividade da ação do ator em relação a determinados fins.

A teoria da sociedade autopoiética procura explicar a sociedade como sistema social. Importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social, o que implica numa grande complexidade que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., que por suas vezes se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. O risco coloca a importância de uma nova racionalidade para a tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídica, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica.

Para Leonel Severo Rocha (2005), sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença. É tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões. A ideia de autopoiese surge, assim, como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é aberto e nem fechado, pois um sistema fechado é rigorosamente impossível, ao passo que um sistema aberto seria só para manter o conceito de sistema.

Existindo, então, um critério de repetição e diferença simultânea, tem-se a ideia de autopoiese. A partir do momento que rompe-se com essa noção e se começa a pensar na produção da diferença, a construção de uma nova realidade, tem-se que discutir que tipo de consequência vai ocorrer com as nossas decisões. É preciso pensar no problema do risco, do risco da contingência: uma decisão sempre implica na possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente.

A proposta sociológica luhmanniana permite a observação do Direito de uma maneira mais dialética (sem síntese), no sentido de que é preciso ver a sociedade com uma tentativa de construção de futuro, pois é difícil ver o Direito atual fazendo uso somente critérios dogmáticos normativistas. “A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular, e não mais linear como tradicionalmente enfocada” (ROCHA, 2005, p. 32).

O entendimento deste novo enfoque passa pela abordagem das características decorrentes da autorreferencialidade do sistema jurídico. Conforme Gunther Teubner (1989), a autorreferência é a “característica visceral” do Direito Pós-Moderno. Referência é a designação proveniente de uma distinção, e a peculiaridade do prefixo auto reside no fato de que a operação de referência resulta naquilo que designa a si mesmo. Para Luhmann, a expressão designa toda operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si: “a pura autorreferência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a uma tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um ‘desdobramento’ ou destatutologização desta tautologia”. Somente assim, então, é

possível compreender que são somente possíveis em um ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária.

A partir desta nova característica do Direito, Teubner (1989) sugere quatro interpretações: a primeira, de que a autorreferência aponta uma indeterminação por parte do Direito, algo como algo insuscetível de qualquer controle ou determinação externa, não sendo determinada por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina, sendo as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito, e este determina a si próprio por sua autorreferência, baseando-se na sua própria positividade. É o Direito retirando sua validade desta autorreferência pura, segundo a qual “o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores” (ROCHA, 2005, p. 41). A validade não pode ser importada do ambiente do sistema jurídico porque “O Direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade” (LUHMANN, 1994, p. 6), assim, a única racionalidade possível é a que consiste numa configuração interna possibilitadora de redução de complexidade do meio, o que incompatibiliza-se com as noções de *input* e *output*.

A segunda interpretação salienta a relação entre a autorreferência e a imprevisibilidade do Direito. Segundo esta interpretação, o dogma da segurança jurídica (previsibilidade da aplicação do Direito aos casos concretos) seria incompatível com a autorreferência. A própria ideia de contingência, assim, afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente vinculada à autonomia do Sistema do Direito. O Direito apresenta uma contínua mutação estrutural, no sentido de satisfação de sua funcionalidade específica. “Existe a certeza de que haverá Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo” (NICOLA, 1997, p. 238).

A terceira interpretação proposta por Teubner, salienta a circularidade essencial do Direito. Tal perspectiva parte da constatação de que ao atingir os níveis hierarquicamente superiores, há a impossibilidade de se seguir, sendo remetido diretamente ao nível hierárquico mais inferior, num estranho círculo, onde geralmente, uma norma processual tenderá a decidir o conflito posto ao sistema jurídico:

O Sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, cria uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não-Direito) através da formação de uma

comunicação peculiar (comunicação jurídica). Com isso, a operacionalidade deste sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende aprender situações do mundo real (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado que é o Direito. O Direito apresenta-se, assim, como um código comunicativo (a unidade da diferença entre Direito e Não-Direito), no sentido de manter sua estabilidade e autonomia – mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) – através da aplicação de um código binário. (ROCHA, 2005, p. 41-42).

Assim é que pode-se ter o Direito como a construção de uma “para-realidade, uma *Wirklichkeit*, de complexidade reduzida, em cima de uma realidade propriamente dita” (GUERRA FILHO, 1991, p. 190). Isso ocorre por conta de que, a partir de um circuito comunicativo geral (sistema social), novos e específicos circuitos comunicativos vão sendo gerados e desenvolvidos até o ponto de atingirem uma complexidade e perficiência tal, na sua própria organização autorreprodutiva (através da aplicação seletiva de um código binário específico), que autonomizam-se do sistema social geral, formando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau/sistemas parciais (NICOLA, 1997), isto é, sistemas parciais de comunicação específica.

Cada Sistema Parcial passa a constituir o sistema social geral mediante uma perspectiva própria. Com isto tem-se um acréscimo no potencial do sistema social para poder enfrentar e reduzir a complexidade que, paradoxalmente, devido a esta especialização funcional, é aumentada. O problema surge quando, irresistivelmente, tende-se a aplicar a distinção Direito/não-Direito (a qual possibilita a clausura operacional) à própria distinção, o que repercutiria em conclusões do tipo: não é Direito dizer o que é Direito/não-Direito. Isto causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Estes bloqueios denominam-se “paradoxos da autorreferência”. A partir destes, apresenta-se a quarta interpretação possível acerca da autorreferencialidade do Direito, cuja perspectiva reflexiva constata que a realidade da prática do Direito é uma realidade circularmente estruturada. Esta interação autorreferencial dos elementos internos (que se dão mediante articulações circulares) acarretam em tautologias que bloqueiam a operação interna (ROCHA, 2005). Luhmann explica este problema da seguinte forma:

Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei. (...) Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda a auto-referência teria lugar dentro

destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código. (LUHMANN, 1994, p. 3-4).

E, concluindo, de forma desparadoxizante, afirma Luhmann: “A não ser: por um observador” (idem, ibidem). A assimilação do problema serve para se reconhecer e identificar todo o conjunto de fenômenos permanentes de autorreferência, paradoxo e contradições que permeiam o sistema jurídico. Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica, que tende mais a apenas demonstrar a existência mesmo de paradoxos dentro do sistema, ou ainda por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção, mas sim pela constatação de que os elementos que compõe o sistema do Direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se circularmente, além de vincularem-se uns aos outros também de forma circular.

Como sistema autopoietico, assim, o sistema jurídico apresenta-se ante uma interação autoreferente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, se autoproduzem, ou seja, produzem os elementos necessários para a sua reprodução, mas também, se retroalimentam e permitem que a textura porosa imponha a troca de expectativas e de soluções de expectativas intersistêmicas. Paulatinamente, na medida em que suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução, o sistema também acaba por se servir das reações e das relações construídas ao longo de sua construção. É que depois, além de o sistema efetuar uma autoprodução de seus elementos e estruturas, “o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se (re) alimentar” (ROCHA, 2005, p. 44). “Esta função de automanutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições de sua própria produção (é o chamado hiperciclo)” (TEUBNER, 1989, p. 48-49).

1.5 Processo judicial e sua compreensão sistêmica

Admitindo-se, tal como Luhmann (1980), que o procedimento também pode ser compreendido como um sistema social de ação, de tipo especial, desde que não seja o mesmo compreendido simplesmente como uma sequência fixa de ações determinadas, já que a ritualística decorrente do mero encadeamento dos atos, onde cada qual pressupõe o seguinte, se presta apenas para garantir a aparência de segurança e estabilidade, mas não para dar conta dos modelos de decisão utilizados modernamente. Em outras palavras, não há como se interpretar o procedimento como rito, já que o processo legal deve levar em conta a incerteza do resultado e suas consequências para seu desenvolvimento, porque não é a forma concreta já definida, ou a palavra exata, “que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, e reduzem a complexidade” (LUHMANN, 1980, p. 38).

É a incerteza decorrente das escolhas dos atores envolvidos que vai dar sentido ao processo, diante da informação que se possa ter sobre a capacidade de seleção dos demais, e não por meio da ação de alavancas pré-estabelecidas, tal como se daria com a ritualística em si considerada. A conexão de ações deste gênero, esta sim, é que vai permitir afinal a compreensão sistêmica do procedimento, ao desempenhar uma função específica, de aprofundar uma única decisão obrigatória:

Esta aplicação da teoria dos sistemas significa, na verdade, que tem de se renunciar às violentas oposições dominantes entre sistema e processo, ou estrutura e processo, ou que estas têm uma estrutura; doutra forma não podiam ser processos e doutra forma não podiam ser sistemas e estruturas. (...)

Uma das características importantes dum sistema é uma relação com a complexidade do mundo. Por complexidade deve entender-se a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real – quer seja no mundo (complexidade do mundo) quer seja num sistema (complexidade do sistema). Para cada construção dum sistema é significativo que apenas abranja um aspecto do mundo, apenas admita um número limitado de possibilidades e a leve a cabo. (LUHMANN, 1980, p. 39).

Tal como todos os sistemas, os procedimentos judiciais, assim, se constituem pela diferença, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente, sem que tal signifique isolamento causal ou comunicativo, tratando-se antes de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma que possam agir os

processos seletivos de elaboração de informações e que estes sejam orientados por regras e decisões próprias do sistema.

A diferenciação em geral que acaba por acometer o sistema e criar um subsistema, dado o aumento da sua própria complexidade, acaba representando vantagens de aumento de rendimento por conta da distinção funcional decorrente. Mas ao se aplicar a regra de contingência que aponta para a distinção entre o ambiente, torna-se possível concluir que o próprio aumento da complexidade do subsistema, seja em relação ao sistema originário, seja em relação ao meio, pode implicar na sua nova adaptação. Se o sistema se contentasse simplesmente com a redução de complexidades e a sua microestruturação, jamais a influência do meio poderia produzir resultados internos, apenas externos.

A distribuição da complexidade do sistema em subsistemas também não está imune à sua própria complexidade, decorrente da operação. A funcionalidade procedimental serve mesmo à “integração do sistema global” (LUHMANN, 1980, p. 197), de forma que não há aqui um trilhar unidirecional, do sistema para o subsistema, mas sim ambidirecional, que logra mesmo poder conferir ainda mais condições de legitimidade ao próprio sistema e, no nosso caso, ao procedimento. Segue-se, daí, que o sistema processual, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade (CANARIS, 1996, p. 107-108).

A realidade dinâmica do ordenamento não é encoberta pelo fato de que, em vez de um sistema em si mutável e, por isso aberto, se partir de uma sucessão de sistemas diferentes estáticos e, assim, fechados. Na verdade, destaca Canaris que “teoricamente, sempre que um novo princípio constitutivo para o sistema obtivesse validade, poder-se-ia aceitar o nascimento de outro sistema, que absorvesse o até então existente; mas com isso não se teria resolvido o fenômeno aqui em causa” [da teoria dos sistemas] (1996, p. 108). É que a modificação do ordenamento processual não se dá em saltos bruscos, antes operando num desenvolvimento paulatino e contínuo ou, como aponta Teresa Arruda Alvim Wambier, o direito não comporta mudanças radicais, exatamente porque se trata de um produto cultural “e a cultura dos povos se modifica aos poucos” (2010).

2 A CONSTRUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A DUALIDADE COMO IMPERATIVO HISTÓRICO

2.1 A origem do Estado e do espaço do Direito Público

O processo primário de formação do Estado está ligado ao processo de formação do próprio Direito, de modo que, historicamente, não há como se ignorar a representação genealógica entre um e outro. Se a compreensão do Estado passa pelo Direito, então também a compreensão do Direito passa pelo Estado, pela formação de seus mecanismos de atuação e pela sua acentuada participação nas relações sociais.

O amálgama da formação do Estado – e não dos novos Estados – se encontra na lenta decantação das formações sociais primitivas, especialmente para aquelas que experimentaram mais fundamentalmente sua significação finalística, segundo Jellinek (2005). Uma das hipóteses é de que a afirmação do patriarcado, seja mesmo em decorrência do moldar religioso, tenha contribuído para a fixação do homem na terra e no manejo eficaz coletivo da defesa comum, que exigia a associação singular em prol do cultivo e da caça. Há um traço característico, geral, que é o do assentamento dos homens a um solo – mesmo temporariamente, para o caso dos povos nômades -, de modo que com as ocupações das terras se torna necessário uma ordenação da propriedade, muito mais complicado do que era nos estágios anteriores da vida econômica, de modo que paulatinamente “*los limites entre bienes comunes y bienes privados, necessitan ya ser señalados*” (JELLINEK, 2005).

Tanto assim que, para Losano, todo sistema de normas jurídicas regula, direta ou indiretamente, “modos não-violentos de transferência da propriedade, mediante a organização de um poder supra-individual capaz de impedir ou corrigir as transferências violentas da propriedade” (2007, p. 3-4). Por aí se vê que a

necessidade de um controle do Estado das ações de seus subordinados está vinculada à ideia de delito, porém contra uma “propriedade”, sendo este direito o primeiro de todos. “A ideia de guerra”, assinala Cláudia Ebeling (2004, p. 23), “é que permeia a instituição de direitos, e a busca da paz acaba por ser o escopo do próprio Estado”, o que leva, ante o permanente estado de desconfiança, “cada um a se preparar mais para a guerra – e quando necessário, a fazê-la – do que para busca da paz”, acrescenta Norberto Bobbio (1991, p. 34).

A passagem do estado de natureza para o estado civil, como assinala Salo de Carvalho, “representaria a transferência consensual do poder privado ao poder público, designando a saída da barbárie e a opção pela civilidade” (CARVALHO, 2001, p. 43).

Até a construção do Estado, na forma em que reconhecemos, não havia como se sustentar a presença da figura autônoma do Direito Público, embora se sustente a presença do Direito Natural, desde os primórdios. A dicotomia ganhou ares dogmáticos muito mais tarde, encontrando seu ápice com a distinção oferecida pelo Direito Romano, que separou o *Jus Publicum* do *Jus Privatum*, “*pero esta oposición no es en modo alguno absoluta*”, como assinala Jellinek (2005, p. 484). Chega-se inclusive a discutir se a distinção entre o Direito Privado e o Direito Público já havia sido estabelecida mesmo no Direito Romano ou, senão, às vésperas do Código de Napoleão. A primeira tese costuma ancorar-se na seguinte passagem de Ulpiano do *Corpus Iuris Civilis*:

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod tripartitum est; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

(São dois os temas deste estudo: o público e o privado. Direito público é o que se volta ao estado da res Romana, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente. O direito público se constitui nos sacra, sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes). (MADEIRA, 2002).

Quando Ulpiano afirmou “*Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum*”, poderia querer dizer apenas que as questões jurídicas são cognoscíveis em duas perspectivas. Todavia, “*il testo è stato generalmente inteso come se le positiones avessero carattere sostanziale, come se il diritto pubblico e il diritto privato fossero distinti, e in questo dibattito insolubile si rifletteranno nei secoli le concezioni*

e le ideologie della scienza giuridica, fino ai nostri giorni” (SATTA, 1958, p. 1151, apud SCARPARO, 2009).

Marca candente da superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado é a aceitação do homem como objeto primordial, titular de direitos e interesses próprios, que implicou, com o Estado Moderno, na construção dos Direitos Sociais, embalada pela assimilação da matriz constitucional, embora tanto os gregos, em Aristóteles, quanto os romanos, já tinham conceituado e admitido a existência de uma lei fundamental (LATORRE, 1997).

A distinção ganha importância na medida em que a primitiva compreensão de que o processo civil, diferentemente do processo penal, envolveria um litígio entre particulares, perante o qual o Estado “têm de observar uma actividade relativamente passiva” (LATORRE, 1997, p. 231), e, portanto, estaria identificada com as implicações materiais do Direito Privado, coisa que hoje está superada,

[...] pois tão-pouco existe aqui uma nítida separação entre o interesse individual e o público. A colectividade e a ordem jurídica no seu conjunto estão interessadas em que os conflitos entre particulares se resolvam com rapidez e justiça. A função judicial no âmbito do processo civil é também um exercício do poder público em prol da comunidade e não simplesmente nas mãos dos particulares. (LATORRE, 1997, p. 231).

De todo modo, não se concebe um sistema processual, ao menos desde o ponto de vista Ocidental, que não esteja identificado de alguma forma com a figura do Estado, ainda que primitivamente considerado, ainda que ignorada a figura da jurisdição, ainda que o próprio conceito de ação tenha sido apenas tardiamente reconhecido. Mas se não havia, então, processo fora do Estado, ao menos como o reconhecemos a partir de um mecanismo de solução de conflitos, como exercício de jurisdição, sua construção teórica está conformada com a própria evolução que se passou no âmbito do Direito Público, no que veio ainda mais pontuada pela posterior distinção que se estabeleceu com o Direito Privado.

À centralidade do Estado, que hodiernamente veio a ser substituída pela centralidade da Constituição, pode ser tributada a subtração da esfera privada na solução dos conflitos, tal como se daria por meios comunitários ou informais de atuação, e com isso propiciou a construção dos sistemas processuais que conhecemos.

2.2 Os sistemas processuais

A formação histórica dos sistemas jurídicos ocidentais pode ser dividida, como ensina Rene David (1986), entre a família romano-germânica e a *common law*. Para fins metodológicos, e diante da inegável diversidade, é necessário conceituar por sistema processual o agrupamento dos direitos que concebem os aspectos mais fundamentais e elementares do ponto de vista formal, embora,

[...] não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos, ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros, julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social. (DAVID, 1986, p. 17).

Pragmaticamente, então, se impõe a consideração dos elementos sumariamente essenciais que implicam na constatação ou não da existência de um modelo que se possa considerar como sistema processual, para que não se incida no erro de identificar como tal meros procedimentos estabelecidos a esmo, sem vinculação estrutural.

De toda forma, tem-se que o direito da autoridade política de julgar em última instância as disputas e conflitos entre cidadãos se consolida com o desenvolvimento da forma moderna de Estado, a começar lentamente na Baixa Idade Média, com a progressiva centralização monárquica e nacional da Europa Ocidental (LOPES, 2009). Antes disso, outras formas de adjudicação haviam surgido, ligadas a autoridades, mas diferentes da atual adjudicação estatal. Especialmente em relação às comunidades de aldeia, os controles sociais eram – e o são até hoje – muito mais próximos, tradicionais e comunitários, não havendo a necessidade de regras abstratas, autônomas e formais, tais como nos dias atuais.

Mas a história do processo pode também ser analisada em termos do dominador, ou seja, dos atores relevantes quanto ao seu desenvolvimento, o que serve inclusive para a diferenciação que se passa entre o sistema inquisitorial e o

sistema adversário, e a marca que imprimia a apropriação do processo, ora por leigos ora por profissionais.

E é exatamente o progressivo afastamento dos leigos, aliado ao fim das tradições republicanas e a centralização dos poderes políticos que servem para caracterizar o fim da fase clássica do direito romano, como aponta José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] Fecha-se o ciclo de criatividade e tem início a tarefa conservadora e formalizante do direito pós-clássico, aplicando o saber do passado sobre os casos então existentes. Quando Justiniano mandou compilar o trabalho dos juristas no período clássico, o progresso e o rito que se refletiram na compilação eram típicos da *cognitio extra ordinem*. Nesse sentido, o processo romano que sobreviveu até Justiniano muito pouco teve a ver com o processo formular, origem da literatura jurídica clássica. Entre Justiniano e o século XI da Era Cristã, quando os textos jurídicos que mandara reunir passaram a ser recuperados e estudados na Itália setentorial (Bolonha), a porção latinizada da Europa conheceu o fim das organizações relativamente estáveis e centralizadas do Império Romano. Mesmo que houvesse reinos e que a administração carolíngia houvesse criado suas estruturas, a descentralização foi mais típica do ocidente. (LOPES, 2009, p. 414).

Entre o desaparecimento do Império Romano e o surgimento dos Estados Nacionais, efetivamente, é que a hodierna ideia de processo começa a tomar corpo, pelo florescimento das instituições e das justificativas para a centralização do poder de julgar, a medida que mais e mais se impunha à autoridade a tarefa de zelar para que fosse feita justiça entre seus súditos, quiçá mesmo em substituição à vontade divina e aos seus representantes terrenos, cada vez mais limitados por conta da secularização deflagrada.

2.2.1 Formação histórica do sistema processual romano-germânico

Sob o aspecto rigorosamente científico, não se concebe anteriormente ao século XIII um sistema jurídico romano-germânico na Europa Continental, embora já se contasse com elementos que com a ajuda dos quais o modelo será constituído, sendo prematuro, assim, se suspeitar de sistema antes daquele (DAVID, 1986). Até então, havia um caráter nitidamente consuetudinário, fruto do pronunciado hiato

entre a queda final do Império Romano, no século V, e o renascimento nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu.

Para Gilissen (1995, p. 18), contudo, o Direito Romano não desaparece com a derrocada do Império Romano no Ocidente, no século V; subsiste no Oriente, no Império romano do Oriente ou Império bizantino, em que vai conhecer uma evolução própria durante dez séculos (séculos V-XV). No Ocidente,

[...] o direito romano sobrevive durante algum tempo nas monarquias germânicas que formaram aí, graças à aplicação do princípio da personalidade do direito. Depois de um eclipse de alguns séculos (sécs. IX-XI), o direito romano, tal como tinha sido codificado em Bizâncio no séc. VI, na época de Justiniano, reaparece no Ocidente, graças ao estudo que os juristas dele fazem no seio das universidades nascentes (sécs. XII e XIII). (GILISSEN, 1995, p. 18).

Seja como for, a manifestação renascentista se opera em diversos planos sociais, dentre os quais os jurídicos, em que se afirma a separação entre a religião e a moral com a ordem civil e o direito em si mesmo considerado. Embalada na romanização do direito, e após o IV Concílio de Latrão, a Europa continental imita o direito canônico e passa a adotar um processo mais racional – mas também mais complexo -, escrito e já não oral.

A introdução desse processo originou reformas profundas e decisivas na sua organização judiciária. O sistema carolíngico, no qual o juiz aparecia como uma personagem simplesmente encarregada de dirigir o processo (Richter), enquanto os almotacés (Scabini, Schöbffen) estavam presentes para afirmar qual era o costume e para pronunciarem a decisão, é abandonado gradualmente; a administração da justiça torna-se, do século XII para o XVI, a função exclusiva de juristas letrados, formados nas universidades, na escola do direito romano. (DAVID, 1986, p. 40).

A transformação do sistema irracional para um sistema racional, como alude Gilissen (1995, p. 205), pode mais facilmente ser identificada com a evolução da prova, em que se procura alcançar a verdade por meio de inquérito, testemunhos, atos reduzidos a escritos, ao invés da intervenção divina ou de outros elementos sobrenaturais (ordálios, juramentos, julgamentos de Deus) para dizer quem tem razão.

É aí que se inicia, também, o princípio do julgamento pelos pares, em contraste com a jurisdição eclesiástica, de modo a afetar sobremaneira a organização judiciária, com a proeminência da figura dos juízes-juristas, de formação

universitária, os quais acabam por exercer papel preponderante na romanização do direito.

Ainda assim, não se pode ignorar a profunda influência, que se estende até os dias de hoje, do processo romano, em conjunto com o processo germânico, e que compreende o período moderno de evolução do processo, entre 1500 a 1868 (ALVIM, 1979, p. 12).

A partir dessa disseminação, David (1986) arrisca salutar explicação de que a posterior ramificação do direito, primeiramente no Direito Público e no Direito Privado, mas depois, entre o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, o Direito Processual, etc, pode se dar pelo fato de que a ciência jurídica floresceu historicamente nas universidades, inferindo parentesco entre esses ramos e as matérias que eram ensinadas naquelas.

A par da evolução do sistema, a ciência do direito processual tem sua gênese bem mais tarde, em 1868, com a publicação da obra de Oskar von Bülow na Alemanha sobre as exceções e pressupostos processuais, sendo que, antes disso, as normas processuais seguiam aspectos pragmáticos e eram abordadas pelo critério exegético, não havendo uma construção estável dos institutos processuais (DINAMARCO, 1987, p. 12). Não havia nem sequer uma coordenação harmoniosa entre eles, que eram tratados por romanistas e civilistas, o que lograva afastar a distinção entre o direito substancial e o direito formal.

Bülow foi o que primeiro afirmou ser o processo uma relação jurídica, afastando as dúvidas de que o processo determina as faculdades e os deveres que cabem às partes e ao juiz, colocando-os em vinculação uns com os outros (TORNAGHI, 1987, p. 7). Verdade singela, mas importantíssima para a ciência do direito processual, tanto na medida em que apontou para a implicação decorrente do Direito Público em tal concepção, quanto ao obtemperar que, diferentemente do que ocorre com as demais relações jurídicas, a processual caminha gradualmente, passo a passo.

Até a monografia de Bülow (*Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*), os estudiosos do processo davam demasiada importância ao aspecto externo, evolutivo, isto é, ao procedimento, ignorando o conteúdo, a relação jurídica na qual o processo consiste: relação de Direito Público, que se desenvolve gradualmente entre o juiz e as partes, cuja visão havia se originado com

a jurisprudência romana medieval e foi alimentada pela concepção germânica do Direito.

A revolucionária obra de Von Bülow, enfim, sistematizou a relação jurídica processual e afirmou a autonomia daquele ramo do direito. O seu mérito indiscutível

[...] foi o de apresentar sistematicamente a teoria, a qual fora anteriormente objeto de um simples aceno. Vieram depois sérias disputas a respeito (a relação é linear, angular ou triangular?), contestou-se a validade da descoberta, mas é uma verdade reconhecida pelos processualistas de hoje que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual como ramo autônomo na árvore do direito. Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais (especialmente daquelas referentes aos seus institutos básicos: jurisdição, ação, defesa, processo). (DINAMARCO, 1987, p. 13).

A preocupação de Von Bülow, no entanto, foi precedida pela famosa polêmica entre Windscheid e Muther, nos anos de 1856 e 1857, em que se inquiriu acerca da diferença entre a idéia de *actio romana*, fundamental para o desenvolvimento do conceito de ação (DUTRA, 2008; DINAMARCO, 1987), passando a ação a ser compreendida como um direito autônomo, de um novo direito, um direito processual.

Também Richard Schmidt, em 1906, anteviu que

[...] a teoria do processo como relação jurídica engloba todos os princípios de Direito que são chamados a garantir o indivíduo em face do Poder Judiciário do próprio Estado. E daí provêm as emanações de uma concepção dominante, segundo a qual o legislador deve entender e disciplinar o processo em sua inteireza e em suas diversas partes. É antes de tudo necessário atentar para as principais tarefas que, com essa orientação, se propõe ao Direito Processual. A doutrina, até aqui, padece da doença de haver examinado esse ponto de vista retor, hoje admitindo quase unanimemente, apenas para determinadas questões. [apud TORNAGHI, 1987, p. 10).

Até então, ainda, o processo era classificado como mero compartimento do direito civil, não passando de uma projeção deste, e vivia “vergado ao peso do civilismo avassalador”, como aponta Alvim (1979, p. 27). O próprio processo e sua dinâmica eram disciplinados por princípios de direito civil, sendo que apenas com a sua renovação conceitual é que se provocou sua integral revisão dogmática, evidenciando a autonomia deste ramo do direito.

Naquela Europa envolvida pelos ventos liberais, o processo era visto apenas como o campo onde os particulares duelavam acerca de seus interesses

substanciais, e não como mecanismo de realização publicística dos direitos materiais, de modo que a ação era naturalmente exercida contra o adversário, e não contra o Estado.

Não há como ignorar, contudo, a redação do Código de Processo Civil de Napoleão Bonaparte, em 1806, que vigorou na França até 1976 e se constitui em marco normativo histórico da evolução do sistema processual, e que, aliás, tinha por desejo tornar o processo “mais expedido e menos caro” (GILISSEN, 1995, p. 454), nada muito distante do que vivencia-se ainda hoje, não apenas no Brasil, mas em tantas outras democracias ocidentais.

A preocupação implicou no ganho de consistência e de densidade científica do direito processual, depois que deixou de ser mero complemento do Direito Civil para adquirir posição de disciplina autônoma dentro da ciência jurídica. E isso se deve, principalmente, “aos processualistas alemães – seguidos pelos da Itália a partir de Chiovenda – e à formulação, por eles, da teoria da relação processual, bem como da nova conceituação que imprimiram ao direito de ação” (MARQUES, 1998, p. 87).

Adolf Wach também contribuiu para a renovação do direito processual, conceituando a ação como direito público e autônomo. Marques (1998, p. 92) acrescenta ainda que “com a doutrina da ação como direito abstrato, de Degenkolb, na Alemanha, e Ploz, na Hungria, maior impulso tomou a ciência processual”. Passa o direito, então, a ser visto como abstrato, já que independeria de sentença favorável ou desfavorável para a existência do direito de acionar.

Da Alemanha à Itália, as novas ideias acerca do processo encontram ressonância na abordagem de Chiovenda, que emplacou uma nova sistematização doutrinária, partindo da conceituação publicística e da ideia de autonomia do direito (DUTRA, 2008), e, antes ainda, na figura de Carnelutti, que afirmava que o processo existe para a justa composição da lide (DINAMARCO, 1987, p. 20).

Metodologicamente, entretanto, pode a história do direito processual incluir três fases fundamentais, como ensina Grinover (2009):

Até meados do século passado, processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em

face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A segunda fase foi autonomista, ou conceitual, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem judicial material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-los nos seus resultados práticos.

[...]

Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do interesse pelo estudo das grandes matrizes constitucionais do sistema processual. O direito processual constitucional, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, em primeiro lugar, para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual. Houve clima metodológico, então, para o desenvolvimento de uma teoria geral do processo, favorecendo o progresso científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil. A partir daí, bastou um passo para o superamento das colocações puramente jurídicas e passagem à crítica sócio-política do sistema.

2.2.2 O processo na Península Ibérica e suas implicações no Brasil

Data de 506 a primeira lei que se tem conhecimento depois da invasão dos Bárbaros, pelo rei visigodo Alarico, que se chamou *Breviarium Alaricianum*, que não era senão uma recopilação de algumas leis romanas, ou seja, dobrou-se o invasor à cultura invadida, recolhendo-se nos povos conquistados as normas para regular suas relações (ALVIM, 1979, p. 20). Pouco depois, em 693, se fez baixar outra lei,

chamada *Forum Juditium*, que revogou a anterior, mas que continuou embebida em seiva romana. Afirma João Bonumá que:

O processo civil que a esse tempo vigorou na Lusitânia não poderia ser outro que não o processo imperial romano, através da formula provinciae, dos escritos e constituições dos imperadores e da coleção dos éditos de seus próprios magistrados, denominada Édito Provincial. (apud PAULA, 2003, p. 39)

Até o ano de 1138, com o destacamento da Península Ibérica e o chamado Condado Portucalense - embrião do que veio a ser Portugal -, as invasões árabes não modificaram o cenário processual da região, posto que insignificante sua influência para a formação da cultura jurídica (PAULA, 2003, p. 40), que continuou, assim, a ser regida pelo *Forum Juditium*. A primeira grande lei portuguesa só viria em 1446, pelas mãos de D. Afonso V, com suas *Ordenações Afonsinas*, que vigeu até 1521, quando foi substituída pelas *Ordenações Manuelinas*, baixadas pelo rei D. Manoel.

Finalmente, a última das leis desses tempos antigos de Portugal: as *Ordenações Filipinas*, que tiveram importância marcante para o processo civil, baixadas pelo D. Felipe II da Espanha, e I de Portugal, e que apresentavam estrutura bastante moderna, dividindo em quatro fases os procedimentos (postulatória, instrutória, decisória e executória), vigorando até 1850 no Brasil por conta do vácuo normativo decorrente da desvinculação com a metrópole. Numa famosa descrição do sistema jurídico brasileiro, Tulio Ascarelli dizia que só foi capaz de entender o que se passava quando leu e estudou o sistema legal das *Ordenações Filipinas* (LOPES, 2009, p. 434), o que bem revela a importância que exerceram não só ao direito português, mas, também ao direito brasileiro, como aponta Jônatas Luiz Moreira de Paula:

Como tais ordenações se fizeram presente desde a descoberta do Brasil, sobretudo as Ordenações Filipinas que teve vigência durante boa parte do período colonial e durante o período do Império, a concepção do procedimento ordinário difundiu-se na estrutura processual e judiciária brasileira. (PAULA, 2002, p. 178).

Até então, no período anterior à Independência, o processo civil, criminal, fiscal, administrativo e comercial, sem distinção, tinha suas normas nas *Ordenações Filipinas*, cujo Livro III era o manancial, além das Leis Extravagantes e Cartas de

Doação. Como diz Cândido Mendes de Almeida, em sua introdução ao Código Filipino, o seu terceiro livro “ocupa-se, particularmente, com o processo civil, que é idêntico ao criminal, menos em alguns pontos definidos nas Ordenações dos Livros 1º e 5º” (PACHECO, 1999, p. 98).

A adoção do Código de Processo Comercial, por conta do Decreto 763, de 1850, significou a aplicação do Regulamento 737 – que tratava do processo comercial -, e implicou na revogação das *Ordenações Filipinas*, até que a promulgação da Constituição da República, em 1891, de inspiração nitidamente norte-americana, confederalista, autorizou os Estados a adotar seus próprios regulamentos processuais, principiando pelo Estado do Pará, em 1905. As reformas mais importantes, antes disso, eram sempre ligadas às variações da política do Império, a tal ponto que nunca se chegou a adotar um verdadeiro Código de Processo Civil.

Somente com a reunificação legislativa processual no Brasil, propiciada tanto pela Constituição de 1934 quanto pela Carta de 1937, fruto de um contragolpe, que se adotou um Código de Processo Civil nacional, em 1939, que vigorou até a adoção do atual Código de Processo, em 1973, e que aparentemente se distanciara ainda mais do sistema anterior, tentando impor uma nova ordem: separou o processo sumaríssimo do ordinário, nos processos de conhecimento; tentou racionalizar o sistema recursal, distinguindo recursos de decisões finais e de decisões interlocutórias, reorganizou o processo de execução (LOPES, 2009, p. 437), numa nítida intenção de produzir maior concentração, oralidade e imediatidade.

Entretanto, como já havia observado Ascarelli, algumas das tradições mais arraigadas do modelo anterior sobreviveram, tal como a figura cartorial e a conotação de uma sucessão de atos burocratizantes, de impacto fundamental quanto ao estilo de funcionamento do aparelho judicial.

A vinda de Liebman ao Brasil e a formação da chamada Escola Processual de São Paulo não pode ser posta de lado ao se abordar a formação histórica do pensamento jurídico-processual brasileiro, tamanha a contribuição que o aluno de Giuseppe Chiovenda trouxe em sua curta passagem (PAULA, 2002). Mas a autonomia científica do direito processual “nunca levou Liebman a esquecer que o processo é um instrumento a serviço do direito objetivo substancial, nem que o

ordenamento jurídico, todo ele, só tem sentido se encarado como servo da justiça e do bem” (DINAMARCO, 1987, p. 7).

2.3 O alvorecer constitucional

A importância da evolução histórica do Direito Constitucional para os sistemas processuais pode ser tratada em duas perspectivas, enquanto *processo* e enquanto *conhecimento* (DANTAS, 2003), sendo o primeiro responsável pelos limites ao exercício de poder. Enquanto *processo*, o Direito Constitucional foi acompanhado das grandes transformações pelas quais o próprio conceito material de Constituição passou entre os séculos XVIII e XIX, coisa muito diferente daquela que se inicia a partir do século XX, notadamente após a Primeira Grande Guerra Mundial de 1914-1918.

Enquanto perspectiva *sistêmica*, o Direito Constitucional nasce profundamente ligado à ideologia do Estado liberal, em franca oposição ao Estado absoluto, de modo que acaba servindo como veículo para expressão de dois pontos fundamentais: a consagração dos direitos e garantias individuais e da teoria da divisão dos poderes, sendo estes o combustível para o delineamento do processo e da jurisdição que se passa a admitir, como ensina Eduardo Couture:

[...] lo grave, se há dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela de proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales. Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. (COUTURE, 1993a, p. 148).

Giuseppe Bettiol, ao se referir à instabilidade dos Códigos e à necessidade de que as normas processuais encontrem-se consagradas constitucionalmente, afirma:

Un Código procesal que no encuentre su fundamento racional, político y jurídico, en el articulado de una Constitución que 'reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre' (art. 2) se encuentra expuesto a todas las posibilidades de reformas vinculadas a mayorías político-parlamentares ocasionales, con grave perjuicio de las libertades públicas y privadas. La Constitución es así una garantía y un límite insalvable hasta el momento de su reforma. (BETTIOL, 1977, p. 222-223).

O fenômeno da constitucionalização do direito, assim, é integrado pela presença cada vez mais marcante de normas processuais nas Constituições, funcionando principiologicamente como garantias constitucionais individuais e do processo, causa e consequência do caráter analítico das Constituições contemporâneas (MACHADO, 2001), as quais conferem um *status* de supralegalidade constitucional àquelas matérias antes tratadas, exclusivamente, em nível infraconstitucional.

Em seu desenvolvimento lógico, as premissas da garantia constitucional são aquelas em que a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana, com a lei devendo instruir a este processo, sem instituir formas ilusórias da concepção consagrada constitucionalmente, entrando em jogo os meios de idôneos de defesa disponíveis (COUTURE, 1993a, p. 149-150). Neste sentido, Moacyr Caram Júnior anota que

[...] as regras processuais e constitucionais estão estreitamente interligadas. Estabelecem estas o comando geral para a criação de todos os demais preceitos que ordenam o convívio social. O Código Processual Civil também foi, naturalmente, instituído com observância nos mandamentos previstos na Constituição Federal.

A atenção às previsões constitucionais pelo hermenêuta vai além dos limites da mera necessidade de estar em consonância com as suas previsões, adentrando nos limites da moral e da ética; isso porque os preceitos de ordem constitucional trazem em seu bojo não simples regras de condutas, mas verdadeiros conceitos, dogmas ou posicionamentos axiológicos. (CARAM JÚNIOR, 2001, p. 67).

Essencialmente, as regras do Direito Processual Constitucional acabam por firmar direitos subjetivos individuais e as correspondentes garantias, denominadas por Rogério Lauria Tucci como *regramentos constitucionais do processo*, que podem ser alinhados a partir da concepção de Direito Processual como “expressão com

conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei” (TUCCI, 2003b, p. 195-196), de modo que a Constituição logra oferecer, pois, “uma primeira estrutura basilar da ordem processual” (COUTURE, 1993b, p. 37).

Identificando uma “linha evolutiva dos sistemas processuais dos últimos séculos, encarados precisamente sob o prisma do progressivo aumento das garantias judiciárias fundamentais dos cidadãos”, Alexandre Mário Pessoa Vaz arrola os quatro modelos dominantes que marcaram aquela: o sistema do processo comum europeu medieval, dominante até fins do século XVIII; o sistema do processo liberal introduzido pela Revolução Francesa; o sistema do processo social consagrado na Ordenação Processual Austríaca de 1895; e o sistema dos processos socialistas (VAZ, 1998, p. 128).

A consagração ostensiva das garantias processuais pela própria Lei Maior só ocorre, porém, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando se produz na Europa e especialmente naqueles países que na primeira metade do século XX tiveram regimes políticos totalitários o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa e, dentre estes, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir qualquer processo judicial (JUNOY, 1997 apud DANTAS, 2001, p. 100), pretendendo com isso se evitar que o futuro legislador desconhecesse ou violasse tais direitos, protegendo-os mediante um sistema reforçado de reforma constitucional. A Constituição, assim, aparece como o instrumento idôneo para instaurar uma nova ordem política e social e para dar uma resposta válida ao momento histórico vivido no pós-guerra.

Tradicionalmente, as normas de direito constitucional processual não eram numerosas, se contentando com a sinalização da organização do poder judicial e algumas garantias sobre o exercício da função jurisdicional. Mas a experiência das ditaduras e dos regimes totalitários, com os quais se operava a manipulação da Justiça, a extirpação de garantias processuais e a subtração de competências jurídicas da jurisdição, motivaram os redatores das Constituições do pós-guerra a tomarem certas precauções, “*en orden a la fijación expresa en las cartas constitucionales, de reglas que impidieran abusos legislativos y gubernamentales en estas materias*” (NOSETE, 1984, p. 156), surgindo assim o fenômeno da obrigatória constitucionalização das normas processuais, consideradas como indispensáveis para a manutenção do império da lei nas sociedades democráticas.

Até pouco tempo atrás, os processualistas descuidavam da análise das normas e dos princípios que estabelecem a Constituição acerca da matéria, se ocupando fundamentalmente das normas e dos princípios contidos nos próprios códigos processuais, como adverte José Ovalle Favela, a partir de uma perspectiva mexicana:

Fueron las obras del gran maestro del procesalismo iberoamericano, Eduardo J. Couture, los que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clásico, acerca de “Las garantías constitucionales del proceso civil”, Couture se propuso “mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementares son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución.

Con este designo, Couture destacó los aspectos constitucionales de acción y la excepción, los actos procesales y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción. (FAVELLA, 1994, apud DANTAS, 2001, p. 101).

A omissão da doutrina processual poderia também se dar por conta da escassez estrutural do direito constitucional em matéria processual, o que não impediu outros, como Pimenta Bueno, de se debruçar sobre a análise do fenômeno. O fato é que a ênfase constitucional do processo é algo relativamente recente, mas que aos poucos se consolidou de modo a aferir e a identificar a atração gravitacional exercida pela Constituição, até o ponto do reconhecimento imanente da sua superioridade, como aludem Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci:

Mostra-se, a cada instante, notória e grande influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre todas as demais normas jurídicas à luz delas, necessariamente editadas. E isso, de modo destacado, no tocante às normas processuais.

Com efeito, lei suprema que é a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, em seus textos repousam numerosos dispositivos e institutos de direito processual.

Justifica-se essa metodologia, como lembra Renzo Provinciali, sobretudo em época de transição, pelo escopo de conferir maior garantia de perenidade a normas reputadas fundamentais – concluem.

Todo o direito processual, como ramo do direito público – escrevem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e característicos.

Alguns dos princípios fundamentais que o informam, são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários; em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária. (TUCCI, 1989, p. 1).

Falar de uma justiça ou de uma jurisdição constitucional, pela gravitação dos sistemas ao seu redor, conduz inexoravelmente a um fator mais amplo, abrangente, por meio do direito processual constitucional. Se o direito civil não pode se realizar completamente sem o direito processual civil, de igual modo o direito processual constitucional deve se nutrir de uma construção moderna e conglobante de uma edificação do constitucionalismo, guardando perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa (DINAMARCO, 1996, p. 32).

O movimento acaba por conformar o processo à Constituição, dada a pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) que perturba a existência de um paradigma constitucional processual. Por outro lado, como alude Canotilho, a existência de um paradigma processual na Constituição acaba por obrigar a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária, mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais e das várias jurisdições (CANOTILHO, 1995, p. 957).

A Constituição passa a guardar estreita ligação com o processo, no estudo concreto dos institutos processuais, que transbordam a esfera fechada para abarcar um sistema unitário do ordenamento: “é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2008, p. 84), assumindo, assim, o direito processual a disciplina legal do exercício da jurisdição (DINAMARCO, 1987, p. 85).

2.4 A afirmação da autonomia do direito processual

A evolução histórica do direito processual não deixa de ser uma afirmação de sua autonomia em relação aos demais ramos do direito, não apenas quando se catalisou a separação entre o direito substancial, com a superação de que fosse um mero compartimento do direito civil, não passando de uma projeção deste, mas também, quando se lança a um distanciamento dos demais ramos processuais, notadamente em relação ao processo penal, a culminar com a *prolusion e bolognese* de Chiovenda, em 1903, que afirmava como premissa elementar de seu sistema a autonomia da ação (LIEBMAN, apud ALVIM, 1979, p. 28), nos seguintes moldes:

[...] Presupuesto fundamental del deber del juez es, pues, en ambos casos la demanda judicial, aun cuando bajo diversos aspectos: y puesto que también los otros presupuestos procesales son idénticos en los dos casos (porque la demanda irregular engendra solamente la obligación de juez de declarar que no puede ni acogerla ni rechazarla, absolutio ab instantia, así la obligación alternativa del juez asume una unidad o simplicidad exterior, como obligación de pronunciar en mérito: y todo el proceso asume una autonomía formal, como medio de obtener mediante una declaración lógica este pronunciamiento en cuanto al mérito. (CHIOVENDA, 1986, p. 29).

A propagada autonomia da ciência processual, muito mais do que da relação processual em si mesmo considerada (ou seja, independentemente da relação de direito substancial controvertida), atingiu aos poucos ares de dogma jurídico, que acabou por insuflar o apego às formas e o processo como fim em si mesmo, coisa ainda não definitivamente superada, mas que encontrou importante freio ao se tratar da instrumentalidade das formas e do processo como meio de garantia do direito material.

Para Marques (1965, p. 17),

O direito processual não é mais um complemento do chamado direito material. Sua autonomia nos quadros da Ciência Jurídica está, plenamente, reconhecida e firmada pela moderna doutrina do direito. O processo tem uma teoria geral, aplicável a todos os seus ramos e, para fins práticos, está dividido em dois grandes setores: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal.

A autonomia científica e legal, sua unidade lógica e ontológica, passa a ser vista como pedra de toque do sistema processual, mas tal não ocorreu de forma rápida, e se deu a partir da evolução do entendimento de que a composição privada, na própria sociedade, pela própria sociedade, não fosse regra pacífica e ordinária da

vida em comum, de modo a assimilar a idéia de imprescindibilidade do processo para a perfectibilização de direitos que se buscam em juízos (EBLING, 2004, p. 27).

A diferença fundamental que se apresenta, então, e que aponta para a autonomia entre o direito material e o direito processual, é o que se refere à diferença entre o *direito enquanto se faz* e o *direito depois que se fez*, como aponta Carnelutti (1950), sendo que geralmente o processo é chamado ao *fazer-se o direito*, de modo que o direito processual é o *direito que se faz mediante o processo judicial*, sendo material toda outra espécie de direito.

Daí que o direito material e o direito processual, embora autônomos, se constituem em dois lados de uma mesma moeda, a partir do momento em que assume uma posição conflagradora, ensejando a invocação da jurisdição.

Tem-se presente, assim, que a autonomia se aperfeiçoou e se cristalizou no ordenamento, de modo que admissível tanto o seu desprezar científico como seu objeto, sua finalidade e seu modo de atuação, a nos permitir, dado o reconhecimento histórico do argumento, a compreensão dos fenômenos que apontam para sua convergência sistêmica.

Quer-nos parecer, de um ponto de vista histórico brasileiro, que a autonomia se aprofunda e se irradia de modo irrefreável até a assimilação da tendência *instrumental* pela Escola Paulista, que especulou as reformulações do processo por escopos políticos, sociais e jurídicos, com enaltecer do *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus desígnios. Falar em instrumentalidade do processo, assim,

[...] não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2008, p. 47).

É a partir da *instrumentalidade* e da conexão endógena com as normas materiais que o processo principia seu trilhar no afã de alcançar a dimensão *holística*

– mas não simplesmente sincrética - que passa a assumir desde então, abandonando paulatinamente a autonomia hermética que lhe acompanhava, e desta vez num movimento dúplice, tanto ao se nutrir *substancialmente* do ordenamento como, em sentido contrário, de levar ao direito material também suas soluções e seus primados para consecução da paz social. Já tendo, assim, a visão autonomista do processo cumprido sua função histórica, ao separar a ideia do processo como direito material, passa a adotar a concepção instrumentalista, sem desprezar as conquistas anteriores, de modo a aperfeiçoá-la, a fim de que a preocupação do novo processo seja com a tutela jurisdicional (CAMBI, 2003, p. 91-92), de modo a relativizar o binômio direito processual-direito material.

Passa o processo a ser visto não apenas pelo seu ângulo *interno*, “como sendo um conjunto de atos preordenados a uma sentença” (CAMBI, 2003, p. 92), mas, principalmente, pelo seu ângulo externo, superando a atuação da vontade da lei para se afirmar no contexto social, assumindo um caráter eminentemente teleológico, deixando de ser um direito enclausurado no tecnicismo jurídico, fazendo lembrar o famoso pensamento de Rudolf Von Ihering: a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida.

Jorge de Figueiredo Dias (2004, p. 51) também logrou identificar a autonomia como resultado histórico da evolução dos sistemas processuais, a partir da constatação de que no estágio primitivo das legislações, há séculos ultrapassado, faltava a consciência clara de uma “diferenciação de vários tipos de processo, nomeadamente do processo penal e do processo civil”. Foi, assim, com o decurso do tempo, e a progressiva autonomização dos ramos do direito substantivo – derivada da cada vez mais nítida consciência dos diferentes espaços sociais em que se projetam as relações da vida juridicamente relevante – e à descoberta de sua intrínseca legalidade própria corresponde à necessidade de um específico modo de realização de cada um daqueles ramos.

Assim é que, precisamente, do processo unitário dos tempos remotos nascem diferentes tipos de processo, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo do direito material, constituindo no produto da exigência “teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 53), daí não se podendo mais falar-se, pura e simplesmente, de “processo”, mas só de singulares “direitos processuais”.

Aliás, convém lembrar que o direito processual penal já foi comparado, por Francesco Carnelutti (1946), à Gata Borralheira (*Cenerentola*, em italiano) da tradição oral popular: Era um vez três irmãs que tinham em comum, ao menos, um dos genitores: eram chamadas ciência do direito penal, ciência do processo penal e ciência do processo civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram muito belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções.

De fato, desde longa data coube ao direito processual penal uma posição indistinta e subordinada ao direito penal, do qual era considerado um apêndice. Já, agora, no que toca ao direito processual civil, suas influências se fizeram perceber na seara processual penal ainda mais recentemente (SILVEIRA, 2008). Como aponta Carnelutti - em uma palavra, a teoria do processo penal está, ainda, em uma fase de fiel dependência em relação à teoria do processo civil: onde se procura superar o empirismo, serve-se quase exclusivamente de modelos importados.

3 O IMPULSO CONVERGENTE

O movimento convergente entre o processo civil e o processo penal deve ser focado sob os aspectos de sua unidade, respeitante aos valores que pretende consagrar, no exercício da jurisdição, mas também, quanto à diferença, considerando a evidente peculiaridade dos desafios – enquanto demandas sociais mesmas – que se apresentam nos diferentes campos processuais.

A riqueza de uma perspectiva unitária estaria, assim, envolvida pela incontornável diversidade, que dispensa uma uniformidade de soluções, mas que ousaria oferecer um ferramental específico, resguardando sua função instrumental e suas diferenças e manifestações fenomênicas, espelhada, como um todo, no direito material.

De relevante valia, nessas circunstâncias, o pensamento exposto por Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 59), ao se referir à teoria geral do processo – ou da jurisdição – como uma “disciplina problematizante” que, ajustada sob o ângulo instrumentalista, empenha-se em

[...] coordenar duas perspectivas do sistema processual, a interna e a externa: do conhecimento da mecânica do sistema e dos seus variados institutos, passa-se ao mundo em que ele vive e do contexto axiológico a que deve servir, para depois então, já com a visão nítida do telos que lhe traz legitimidade, voltar aos institutos e compreendê-los melhor e saber como aprimorá-los.

Apresentam-se as convergências e as divergências, assim como um movimento ondulado, impulsionado pela evolução histórica, sendo os sistemas processuais penais e civis, como arrisca Norberto Flach, helicóides cilíndricos paralelos que se entrecruzam, a um certo tempo, e com isto, “modificam suas respectivas trajetórias, sob influência recíproca, mas sempre se reencontram, para novamente se modificar, *ad perpetuum móbile*” (1997, p. 69).

Não se trata de se identificar uma pretenciosa generalização dogmática – embora possível – mediante a comparação e o contraste de procedimentos e regras de direito positivo, de modo a se evitar os paralelismos excessivamente lineares.

Mas se a precisa identificação da consolidada tendência de constitucionalização do processo servir como deflagrador de um lado, da evolução do processo penal, mediante a processualização do *ius puniendi* estatal, com a imposição do princípio da *nulla poena sine iudicio* e o posterior abandono, parcial, do sistema inquisitivo em favor de um novo modelo acusatório e de outro lado, da crescente publicização do processo civil, aproximando-o das preocupações constitucionais de garantia da jurisdição e à tutela de interesses difusos e coletivos, bem como daqueles direito que se passam a considerar indisponíveis, então, a unidade entre os sistemas pode ser desvelada.

Daí porque aponta acertadamente Tourinho Filho (2005, p. 19) que “o processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só”, por meio do qual o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional, de modo que o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal não passam das faces e um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por cissiparidade.

Observa Giovanni Leone (*Tratatto di diritto processuale penale*, v. 1, p. 16), que as pilastras do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo: a) ambos têm a mesma finalidade (atuação do Poder Jurisdicional); b) em ambos a intervenção do Poder Jurisdicional é condicionada ao exercício da ação; e, finalmente, c) ambos se iniciam, se desenvolvem e se concluem com a participação de três sujeitos: autor, réu e Juiz.

Nas suas linhas estruturais, não divergem os Processos Civil e Penal. Muitos institutos de um e de outro são idênticos. Que é a ação senão um direito público, subjetivo, qual o de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais? Não têm razão, por acaso, Alcalá-Zamora e Carnelutti, ao afirmarem que todas as ações de todos os ramos do Direito Processual têm um caráter público, dado que se dirigem ao Estado para obter a atuação de seus órgãos jurisdicionais?

Assim, quer no Processo Penal, quer no Processo Civil, o conceito de ação é um só. Não há um conceito de ação no Processo Penal e outro no Processo Civil. Apenas a natureza da pretensão é que dá, quanto ao conteúdo, um colorido diferente à ação penal e à ação civil. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 20).

Mesmo no que toca ao conceito de jurisdição, sua distinção se assenta única e exclusivamente na divisão de trabalho, com determinados órgãos jurisdicionais incumbidos de dirimir conflitos intersubjetivos de natureza civil, enquanto outros se encarregam de equacionar os de natureza penal, sendo que, às vezes, exercem cumulativamente tais funções, como os Juízos de Direito de Vara Única, por exemplo.

Tal trilhar não impede, eficazmente, os riscos da aproximação ilimitada entre os sistemas, nem é o objetivo deste trabalho, pois, se é verdade que as fronteiras entre os processos não são estáticas, mas dinâmicas, também é verdadeiro que existem de fato diferenças intransponíveis, com reflexo na teoria, na legislação e mesmo na formação acadêmica, no mais das vezes determinadas inclusive pela própria natureza dos direitos materiais implicados, de modo que, a rigor, poderia se sustentar que o tema de fundo, mais precisamente, seria o de tratar das convergências e das divergências *políticas* entre processo civil e processo penal. A unidade, assim, não significa a identidade de seus ramos distintos, que se preserva.

Sustentar a unidade do Direito Processual não significa confundir o Direito Processual Penal com o Direito Processual Civil, ou que aquele venha a ser reabsorvido por este, e nem se estabelecer identidade absoluta entre ambos, mas apenas enaltecer que as pilastras são comuns, que muitos institutos são idênticos e que por isso se pode falar em uma *Teoria Geral do Processo*.

Historicamente, inclusive, já destacou Tourinho Filho (2005, p. 21), que

Na França, em 1872, já se pretendeu “penalizar” o Processo Civil, segundo relato de Aramburu (v. J. Asenjo, *Derecho*, cit., p. 63). Observe-se que tão grande é a afinidade entre ambos que, entre nós, ao tempo do “pluralismo processual”, havia na Bahia, em Santa Catarina e no antigo Distrito Federal um Código de Processo para os dois setores.

O *Retspleje lov* (pronuncia-se “retsplailov”) dinamarquês de 1919 continha normas comuns ao Processo Penal e ao Processo Civil. O Código da Suécia, de 18-7-1942, é exemplo frisante dessa unidade (cf. G. Leone, *Trattato*, cit., p. 16).

O anteprojeto do CPP de Frederico Marques praticamente manteve a mesma estrutura do CPC.

Não dando tento dessa comunhão, dessa semelhança, processualistas (*rectius*: *doublés* de penalistas e processualistas) da estatura de Florian e Manzini (*Principii*, p. 8, e *Trattato di diritto processuale penale*, v. 1, p. 70) negam a unidade do Direito Processual. Mas por não haverem penetrado no âmago da questão, é que Alcatá-Zamora, autoridade cujo valor seria impertinência salientar, observou:

“finalmente, el más grave error en que incurren consiste en confundir unidad del Derecho Procesal con identidad de sus distintas ramas: la postura correcta no es, por tanto, la suya, sino esta otra: la de que existiendo, sin duda, hondas diferencias entre el proceso civil y el penal, no bastan a destruir la unidad esencial de todo el Derecho Procesal, porque al proclamarla, nadie pretende sostener que el Derecho Procesal Penal sea, se confunda o se reabsorva en el Derecho Procesal Civil, sino, ‘sencillamente’ (un ‘sencillamente’ que, sin embargo, ha pasado inadvertido a los partidários del dualismo) que el Derecho Procesal Penal, como el civil, es, ante todo y sobre todo, Derecho Procesal” (Derecho, cit., v. 1, p. 41).

A doutrina majoritária, *carnelettiana*, representada por estandartes do direito processual como Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido

Rangel Dinamarco, entre tantos outros, reconhece a unidade entre os processos, não apenas pelo seu tronco comum, mas sobretudo, atrelada à ideia de unidade da própria jurisdição. A aferição ou não do impulso convergente não pretende repisar os ensinamentos a respeito ou negar validade à teoria dualista, mas sim identificar por meio de elementos objetivos a tendência a tal movimento, talvez irresistível e irreversível, por conta da força de atração exercida pela Constituição.

3.1 A constitucionalização do processo

O reconhecimento da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional e, especialmente, a franca expansão da jurisdição constitucional caracteriza o chamado *neoconstitucionalismo* (BARROSO, 2005), de modo que superada a visão clássica do Direito Constitucional, em que se admitia a existência das *normas constitucionais programáticas*, as quais eram meras declarações políticas ou exortações morais.

Valendo-se da lição de Garcia de Enterría, conclui José Joaquim Gomes Canotilho que:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às 'normas programáticas', deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre 'norma jurídica actual' e 'norma programática' (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são actuais, isto é, tem força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, 'simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico de dito valor' (Garcia de Enterría). (CANOTILHO, 1995, p. 193).

Por outro lado, a *ampliação do acesso à Justiça* e a própria *expansão da litigiosidade*, seja em decorrência da simplificação verificada com a adoção dos Juizados Especiais, seja pela tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, são marcas inegáveis da difusão da jurisdição constitucional, a culminar com o chamado *ativismo judicial*, cuja gênese se encontra no próprio controle incidental (difuso) da constitucionalidade.

Ainda que temperado pela *reserva do possível*, pela *reserva da consistência* e pelo próprio *princípio da proporcionalidade* (CAMBI, 2007) o *ativismo judicial* não pode ser compreendido sem a umbilical relação que guarda com a difusão da jurisdição constitucional, posto que se nutre de seus fundamentos e de seus princípios para consecução de seus objetivos, para a realização das promessas a que alude Antoine Garapon (2001, p. 24), assinalando que “o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste final do século XX”.

A aparente resposta institucional da atuação estatal tem se dado de modo a prestigiar a atuação do Poder Judiciário, viabilizando uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (FERRAZ JR., 1989, p. 11), com a incorporação de direitos e princípios fundamentais, pelo texto constitucional, e a configuração do Estado Democrático de Direito ao estabelecer princípios e fundamentos do Estado. Como assinala Luiz Werneck Vianna,

[...] à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra [...] seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça. (1996, p. 263).

Tal atuação do Poder Judiciário se conceitua como *ativismo judicial*, que se caracteriza pela participação do magistrado e o afastamento da neutralidade jurídica para interpretação e aplicação da lei.

A propagada expansão da jurisdição constitucional não pode ser compreendida separadamente da brutal aceleração da difusão jurídica, que não é meramente conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas. Nós não nos tornamos mais litigantes porque as barreiras processuais caíram: “A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Ele se origina da depressão social que se expressa e se reforça pela expansão do direito” (GARAPON, 2001, p. 19). O prestígio contemporâneo do juiz – e da jurisdição – procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Para Garapon,

Após a embriaguez da liberação, descobre-se que é nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 2001, p. 26-27).

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que em vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária (SOUZA NETTO, 2009). Nos últimos cinquenta anos,

[...] ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade. A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o Poder Público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, onde sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também em encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das idéias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, de tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do poder, de impor penas, de atenuar as diferenças entre os indivíduos, de defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio e morte, etc...

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Na sua nova função, o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes se tornam depositários do direito que se torna o que é por eles feito. O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário. A idéia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumprir. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso que o controle da sociedade sobre as

razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo, colocando em xeque o preparo do juiz. (SOUZA NETTO, 2009).

É que, afinal, quanto menos o direito for assegurado à sociedade, mais e mais esta é induzida a tornar-se jurídica, fazendo do direito o último bastião da moral comum de uma comunidade que é carente desta, pelo que se admite a veemente repulsa para a democracia de qualquer outro tipo de julgamento que não o do juiz.

Ainda assim, seja causa estrutural ou consequência conjuntural, a expansão da jurisdição constitucional é um dado objetivo, como revelam as estatísticas do Supremo Tribunal Federal: enquanto no ano de 2002 houve 34.719 recursos extraordinários distribuídos, no ano de 2006 este número atingiu 54.575, embora nos anos posteriores tenha ocorrido um notável decréscimo real (49.708 em 2007 e 21.531 em 2008), atribuível à necessidade de demonstração da repercussão geral, exigível a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. De outro lado, entre 1988 até fevereiro de 2009 foram distribuídas 4.207 ações diretas de inconstitucionalidade, das quais 843, ou seja, 20,03%, foram julgadas procedentes ou procedentes em parte.

Aliado aos números estatísticos há também a experiência prática que revela a intensidade da postulação perante o Judiciário, no exato momento em que se advoga a falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompendo o método silogístico e abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Se a expansão jurisdição constitucional, num viés estruturalista, é embalada pela nova dogmática, sem abandonar os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas relativizando-os à hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre as regras, torna-se possível encontrar o meio-termo entre a *vinculação* e a *flexibilidade* (ALEXY, 1999, p. 79; HABERMANS, 1997, p. 259; e CAMBI, 2002, p. 110-111), buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais.

A esse fenômeno deve se somar a *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, que para Eduardo Cambi retiraria o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual (2007), coisa que, em verdade, não poderia existir nem mesmo precedentemente, por conta da hierarquia ínsita do sistema. Central é e sempre foi a Constituição, de modo que parece insustentável

advogar a hodierna condição periférica do Código de Processo, eis que ela sempre esteve presente. Com efeito, destaca ainda Eduardo Cambi que

(...) o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc. (2007).

Se a constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz, entre outros fenômenos, explicam o surgimento do neoprocessualismo, também servem para afirmar um modelo que se nutre cada vez mais, de forma irreversível, com a própria dogmática constitucional, posto que, se a fonte é comum, o resultado não pode ser dissonante.

3.2 A processualização do poder punitivo estatal e a passagem para o sistema acusatório no processo penal

A proibição da autocomposição ou da vingança privada em matéria penal é clara implicação da monopolização do exercício da reação punitiva pelo Estado, sendo tal monopólio, em última análise, o monopólio da própria violência na sociedade. A garantia contra a prepotência e os abusos do soberano, essa sim, dada a natural assimetria na relação com o acusado, é que se apresenta mais peculiar, posto que é fácil perpetrar o literal esmagamento daqueles que fossem responsáveis pela quebra da ordem; difícil mesmo é medir e estabelecer critérios para o emprego da força.

Tal limitação, quanto ao desempenho da função punitiva estatal, é que dá origem à processualização do direito penal, vinculando-a ao direito, seja pela previsão prévia e taxativa das condutas incriminadas, seja pela submissão da pretensão punitiva ao processo dialético de busca da verdade, com garantia de contraditório em sentido material, e não meramente formal, ampla defesa e, especialmente, pela imparcialidade do juiz e o exercício da função persecutória por órgão estatal.

Ora, se o direito penal, nos Estados de direito, só se realiza no processo penal, este é o verdadeiro *modus existendi* do direito material, o que, por si só, já bastaria para estabelecer uma irredutível diferença quanto à relação de complementariedade que o processo civil guarda para com o seu respectivo direito material. Aliás, a judicialização do direito penal, sob a forma de poder-dever estatal, atingiu desde o direito penal material, como o princípio da *nulla poena sine lege*, até o penal executivo, passando pelo formal – com a *nulla poena sine iudicio*. (FLACH, 1997, p. 73-74).

Tanto na jurisdição penal quanto na jurisdição civil se assume um caráter substitutivo, de caráter compulsório, aliás, no campo penal, dada a absoluta proibição de que o sujeito passivo do delito pratique qualquer forma de vingança; concepção, no entanto, que não anima Luis Eulálio de Bueno Vidigal:

De um lado, é impossível divisar-se qualquer substituição na jurisdição penal. O juiz (togado ou jurado) não aplica a pena que a vítima poderia ter aplicado se quisesse ou que o acusado, em uma espécie de autoflagelação, se teria imposto voluntariamente. Órgão do Estado, aplica ao caso concreto a lei que outro órgão do Estado elaborou. De outro lado, sem focalizar a discutidíssima questão da lide no processo penal, é evidente que a pena, sanção ou medida de segurança, não compõe o conflito de interesses que porventura se encontrasse no processo penal. (VIDIGAL, 1982, p. 41).

Apesar de que esteja em causa a própria noção de substitutividade, ousamos discordar de Vidigal na medida em que parece claro que a proibição da autotutela ou da vingança privada, mediante o monopólio estatal do poder de punir, reveste-se de caráter substitutivo, ainda que compulsório.

Luiz Nuñez Padilla, embora reconheça que superficialmente pareça inexistir *substituição* das partes no processo penal, sustenta que as críticas não resistem a uma reflexão mais aprofundada, posto que, ainda que incidentalmente, a punição do criminoso traz à vítima ou familiares “certo conforto” (1996, p. 238). Isso sem contar que entendia de modo reverso, que a *substitutividade* poderia estar, inclusive, na proteção ao direito de liberdade do réu, resgatando, assim, a memória do mestre

Chiovenda que vislumbrava em tal conceito (a *substitutividade*) a característica mais importante da atividade jurisdicional.

Clara evidência do seu caráter substitutivo encontra eco no projeto do novo Código de Processo Penal em tramitação no Senado Federal (PLS 156/2009), em que a vítima passa a poder ser comunicada da prisão ou soltura do suposto autor do crime e da conclusão das etapas da ação penal, obter cópias de peças do processo e encaminhar petição às autoridades a respeito do andamento do processo, passando a ser direito da vítima, e não mais decisão do delegado, ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais. Isso sem considerar a própria ação penal privada, que tampouco vivifica a figura da vingança privada. Disse-o, muito bem, Frederico Marques: Se a ação penal privada estampasse qualquer forma de vingança primitiva, também as ações civis teriam o mesmo aspecto e fisionomia. Em uma e outra, o particular não tem qualquer atitude direta contra a parte contrária, mas, ao revés, invoca a prestação jurisdicional para a solução do conflito de interesses em que se traduz a lide ou controvérsia (MARQUES, 1956, p. 375).

Seja como for, ao exercer o Estado a prerrogativa da reação punitiva se estará diante, sempre, de processo cercado de garantias fundamentais, como condição para o pleno exercício do *ius punitiois*, assumindo a legalidade, assim, dupla face: autoriza o Estado a exercer o poder de punir de forma monopolista, e impele-o a exercer tal mister, impondo-lhe a observância das regras processuais e constitucionais atinentes.

A própria execução penal, coisa que era entendida como tarefa praticamente administrativa e oculta ao controle jurisdicional, vem ganhando contornos fortemente jurisdicionais, apontando para o influxo humanista da constitucionalização, como imperativo categórico da concepção garantista.

3.3 Da convergência como uma hipótese *autopoiética*

A unidade sistêmica do processo pode também ser compreendida a partir da dimensão filosófica que assume o reconhecimento de que sua suposta unidade, ordem interna e coerência formal, defendida pelos positivistas dos Séculos XIX e XX,

não passam de uma espécie de *mito fundador* da *teoria do ordenamento jurídico*. Isso porque o direito não possui coerência interna como condição de sua sistematicidade, não há unidade vez que dela prescinde e nem mesmo obedece a uma só ordem hierárquica, ou a um só sentido.

Se o direito trabalha com valores – que são reconhecidos através de signos, os quais mudam de acordo com a conjuntura social – “não há sequer hierarquia material ou mesmo formal, pois os valores se revelam em várias dimensões semânticas e construções sintáticas”, aponta Lucas de Alvarenga Gontijo (2009). Daí porque o direito é capaz de suportar antinomias perenes, inexistindo lacunas, uma vez que é fragmentado por formação.

Ainda assim, é um sistema próprio, com estrutura e função definidas e delimitadas, sendo aceita a denominação de *auto-referencial* atribuída por Niklas Luhmann, como alude Gunther Teubner:

O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem *inputs* nem *outputs*”. (1989, p. 2).

Neste trilhar, se verifica que a *teoria dos sistemas é binária* e o direito existe por si, ou seja, a partir do momento em que não gera *inputs* nem *outputs*, está ele girando em torno e por si mesmo, alterando sua própria estrutura, “aumentando constantemente suas possibilidades até que a complexidade atinja limites não tolerados pela estrutura, levando-o a mudar sua forma de diferenciação” (KUNZLER, 2004, p. 123).

Para esse modelo, Luhmann aproveitou o termo cunhado na década de 70 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios (RAMOS, 2009, chamado *autopoiese* ou *autopiesis* (do grego auto “próprio”, poiesis “criação”), estendendo para as ciências sociais o *fechamento operacional* proposto para a biologia.

Para Maturana, o termo "autopoiese" traduz o que ele chamou de "centro da dinâmica constitutiva dos seres vivos". Para exercê-la de modo autônomo, eles precisam recorrer a recursos do meio ambiente. Em outros termos, são ao mesmo

tempo autônomos e dependentes. Trata-se, pois, de um paradoxo. Essa condição paradoxal não pode ser bem entendida pelo pensamento linear, para o qual tudo se reduz à binariedade do sim/não, do ou/ou. Diante de seres vivos, coisas ou eventos, o raciocínio linear analisa as partes separadas, sem empenhar-se na busca das relações dinâmicas entre elas. O paradoxo autonomia-dependência dos sistemas vivos é melhor compreendido por um sistema de pensamento que englobe o raciocínio sistêmico (que examina as relações dinâmicas entre as partes) e o linear. Eis o pensamento complexo, modelo proposto por Edgar Morin.

Maturana e Varela utilizaram uma metáfora didática para falar dos sistemas *autopoiéticos* que convém reproduzir aqui. Para eles, trata-se de máquinas que produzem a si próprias. Nenhuma outra espécie de máquina é capaz de fazer isso: todas elas produzem sempre algo diferente de si mesmas. Sendo os sistemas autopoiéticos a um só tempo produtores e produtos, pode-se também dizer que eles são circulares, ou seja, funcionam em termos de circularidade produtiva. Para Maturana, enquanto não entendermos o caráter sistêmico da célula, não conseguiremos compreender os organismos (MARIOTTI, 2009). Assim, embora tenha sido o conceito da autopoiese elaborado no quadro de uma proximidade sistêmica pelos biólogos na tentativa de explicar a organização do vivo, pode ser mesmo definida simplesmente como a qualidade de um sistema “que organiza a conectabilidade” (por seus elementos) (CLAM, 2005, P. 103) ou, ainda, quando as operações se religam uma às outras (ou se conectam umas às outras) em um sistema que se sucede, permitindo as operações reprodutivas sobre a base recursiva das operações que as precedem. Luhmann qualifica a autopoiese sistêmica de “autofundação factual” (idem, *ibidem*). A autopoiese não é nada mais que uma sucessão contínua de impulsos de uma operação a outras, nas quais reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema.

Para Luhmann, o sistema *autopoiético* tem a capacidade de construir sua própria unidade através de uma “re-entrada” da forma na forma, de modo que o sistema aprende a trabalhar o seu interior a partir de seu próprio código (SAAVEDRA, 2006, p. 37), sendo a teoria de Robert Alexy e a reflexão epistemológica como dois exemplos de *re-entry*. A distinção entre autorreferência e heterorreferência é a base da compreensão do sistema/entorno, sendo a noção de re-entrada a forma mais complexa de sua observação.

Mas o sistema autorreferencial recorre aos seus próprios elementos para sua definição, de modo que passa a ser necessária a necessidade de assimetria, ou seja, pontos de referência em que as operações se dão por pressupostas e que introduzem uma assimetria na circularidade das referências: direito é direito se... “Portanto, o sistema jurídico está obrigado a criar continuamente condições que impeçam o curto-circuito da auto referência” (SAAVEDRA, 2006, p. 38).

Embora o modelo autopoietico tenha por função *reduzir complexidades* e *negar paradoxos* em relação ao ambiente, internamente sua segmentação e especialização acabam, ao reverso, por aumentar a *complexidade interna*, mesmo considerando, segundo Luhmann, que a complexidade interna nunca vai ser maior que a complexidade do ambiente, porque este contém sempre um número maior de elementos do que aquela, e porque o sistema é capaz de fixar seus próprios limites, demarcando as possibilidades de seu interior (KUNZLER, 2004).

Dada sua aparente incapacidade estrutural de romper com o que se acredita ser uma forma de autismo, que impede uma comunicação plena e eficaz entre os sistemas, foram tecidas críticas à *autopoiesis*, propondo-se a adoção de princípios fundados na razão prática e na comunicação entre os cidadãos (BONAVIDES, 2003, p. 125), incumbência que coube à *teoria da ação comunicativa*, como alternativa ao positivismo jurídico e ao seu projeto de validade formal e absoluta, a partir da *regra de precedência condicionada*, proposta por Robert Alexy (APPIO, 2005, p. 40).

A *autopoiese* é um conceito que, como apontado, foi elaborado no quadro de uma proximidade sistêmica pelos biólogos na tentativa de explicar a organização do vivo, sem que se pensasse na sua introdução fora da autocriação de seres organizados. Mas pode também, como destaca Jean Clam (2005), ser definida como a qualidade de um sistema que organiza a conectabilidade (por seus elementos), permitindo operações reprodutivas sobre a base recursiva das operações que as precedem. “Um sistema pratica a autopoiese desde o momento que ele é capaz de encadear as operações perfeitamente genuínas e indiferenciáveis de suas próprias operações” (CLAM, 2005, p. 103).

O próprio Luhmann qualifica a autopoiese sistêmica de autofundação factual, assumindo a autonomia como de natureza operativa, realizando-se por meio de condicionamentos próprios e internos ao sistema, que por ele são efetuados como operações próprias; nem a unidade, nem a identidade:

A autopoiese se realiza de momento a momento, de um instante da existência do sistema ao outro, por intermédio de suas operações. O sistema não é um todo, tendo, em si mesmo, inscritos, desde sua “concepção”, o programa e a teleologia de suas operações. Ele não se organiza de uma maneira ordenada como faz sua unidade. É, ao contrário, como todo sistema autopoietico, paradoxal. Paradoxal no sentido de que ele não dispõe, nele mesmo, de uma fórmula de unidade e de finalidade, nem de garantia de qualquer coisa. Assim, ele não pode, jamais, almejar à consistência de função global. Desde então, somente a sucessividade da efetuação continuada de sua operação, como negociação constante de sua efetividade ao centro de um novo hipercomplexo de estimulações, constitui a vida do sistema. A autopoiese não é nada mais que uma sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outras, nas quais reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema. (CLAM, 2005, p. 103-104).

O que acaba por encerrar os sistemas e lhes confere a unidade, identidade e coerência, não são, assim, os princípios ou as últimas razões, mas unicamente a obra temporal estruturada de uma continuação, como imposição, dando lugar a uma condensação estruturante ou uma confirmação generalizante, decorrente da autolimitação e da autopoiese. Assim, a estabilidade e a constância dos sistemas em suas estruturas é mais um efeito do tempo, como obra de efetuação recursiva em suas próprias operações. É o tempo condensado que reúne as condições para que os acontecimentos, as operações e os processos se fundam para efetivação da função sistêmica.

Diferentemente do que aconteceria com uma máquina vulgar, que repete suas operações na execução de um programa e que, de repente, é hermética em relação ao ambiente, uma máquina na autopoietica é um mecanismo histórico, que se transforma no tempo e é aberta à contingência irreduzível do exterior. O paradoxo está exatamente na circunstância de que o sistema autopoietico “não pode se realizar sem a abertura sobre o mundo por seu próprio fechamento” (CLAM, 2005, p. 110).

Mas importa compreender o modelo da *autopoiesis* também em conjunto com o fenômeno do *acoplamento estrutural*, em que o sistema vivo e o meio ambiente se modificam de forma congruente. Na comparação proposta, o pé está sempre se ajustando ao sapato e vice-versa (MARIOTTI, 2009), ou seja, o meio produz mudanças na estrutura dos sistemas, que por suas vezes passam a agir sobre ele, alterando-o, numa relação circular. Sempre que um sistema influencia outro, este passa por uma mudança de estrutura, por uma deformação. Ao replicar,

o influenciado dá ao primeiro uma interpretação de como percebeu essa deformação. Estabelece-se, portanto, um diálogo. Por outras palavras, forma-se um contexto consensual, no qual os organismos acoplados interagem. Esse interagir é um domínio lingüístico. A dificuldade reside na transposição do modelo, inspirado num sistema tipicamente natural, embora vivo, para o sistema social. Ainda assim, destaca Rômulo Figueira Neves,

pelo acoplamento estrutural um sistema pode se relacionar com sistemas altamente complexos do ambiente que o envolve, sem que precise alcançar ou reconstruir cognitivamente sua complexidade, mas apenas operacionalmente relacionar-se com os elementos do outro sistemas, a fim de colocar em operação seus próprios elementos. Assim, um sistema pode utilizar estruturas mais avançadas do que suas próprias sem a necessidade de compreender as suas lógicas de funcionamento. (NEVES, 2009).

Embora o fenômeno do *acoplamento estrutural* se apresente como hipótese de diálogo do sistema, numa inter-relação mútua, não supera a visão binária proposta por Luhmann, para o qual não existe o direito fora do direito (ALMEIDA FILHO, 2004). Ele só se justifica enquanto aceite o modelo da *autopoiesis*. Mas ainda que admitido o *fechamento operacional* decorrente do modelo, o *acoplamento estrutural* pode funcionar como válvula de escape e interagir com os demais sistemas, até mesmo simbioticamente, de modo que a constante inter-relação acaba por produzir mais pontos de convergência do que pontos de divergência.

Na lição de Giovani Agostini Saavedra:

A *autopoiesis* do sistema jurídico está ancorada na idéia de fechamento operacional do direito. Para que o direito produza a si mesmo, ele precisa que as suas operações produzam sempre a diferença do entorno que viabiliza a sua autonomia. O direito passa a ser mutável para se adaptar às irritações do ambiente. (SAAVEDRA, 2006, p. 38).

Esclareça-se que Luhmann não tem idêntico conceito de sistema tal qual os teóricos do direito; sistema, para Luhmann, não é um conjunto de regras, ou de regras e princípios, ou de regras, princípios e procedimentos, mas sim uma ideia limitada à estrutura, como um emaranhado de operações fáticas. Isso não impede o reconhecimento de que a relação circular estabelecida entre operações e estruturas – ou entre os sistemas processuais -, numa relação reciprocamente dependente, pode permitir a realização da *autopoiesis*, tanto no que diz respeito a produção das diferenças em relação ao entorno, quanto, agora sim, das equivalências. As

operações de autorreferência e de heterorreferência, assim, podem construir *unidades emergentes*, que surgem exatamente em decorrência do fechamento operacional do sistema, e, como Midas, implicam na sua própria redução de complexidade.

A consideração de algo do entorno como *standart*, para Luhmann, requer uma legitimação interna, de modo que a reconstrução interna do sistema se dá sempre internamente, mesmo levando-se em conta o refluxo exterior. Se a tese se acomoda às influências externas que o sistema jurídico pode sofrer, também internamente o sistema está sujeito a influxos e refluxos, ou a *inputs* e *outputs*, localizáveis inter-sistemicamente, em suas relações de interdisciplinaridade.

A hipótese, então, é de que o irresistível e involuntário movimento de aproximação e distanciamento que se opera do processo civil para o processo penal e vice-versa, e de ambos para a Constituição (e vice-versa), implique na mútua assimilação em decorrência da *autopoiesis*, a medida em que gera redundância e consistência para assimilação da unidade processual, cruzando de um lado para outro os institutos, os conceitos e as vertentes.

Compreendida a atuação autopoietica na aproximação dos sistemas processuais, de forma endógena, auxiliado pelo acomplamento estrutural interno, ínsito de todo o processo, se torna assimilável o papel de centralidade da posição dos tribunais no sistema jurídico, afastando-se da mera subordinação à norma e revelando o papel primordial para execução da autopoiese, no exercício da função de “acomodação” ou filtragem da irritação constante proveniente do sistema político e que irradia pelo sistema jurídico (CLAM, 2005, p. 134).

Se a legislação é uma mera interface, então o centro autenticamente jurídico do sistema é a jurisdição, reproduzindo as operações filtradas e colocando em prática os códigos e os programas jurídicos, fazendo uso reservado do símbolo circulante da validade jurídica. Ora, enquanto dimensão operativa e continuidade recursiva, a autopoiese ancora sua reprodução sistêmica, atuando o aparelho judiciário como agente obrigatório de produção operativa, o que serve também para atestar sua centralidade.

Atuando como vetor autopoietico do fechamento, os tribunais acabam por colocar o sistema permanentemente sob uma autossujeição de reagir a toda estimulação “do momento em que ela toma a forma jurídica (CLAM, 2005, p. 135), integrando operação que destaca seu código, seus programas, e acaba por

aperfeiçoar sua unidade, encerrando operativamente a operação, “tornando-se o lugar da atualidade de toda juridicidade” (idem, ibidem).

A incumbência de transformação constante do estatuto da validade do Direito, pela jurisdição, avocando a filtragem das irritações ambientais, conduz o aparelho judiciário ao papel central da construção da unidade sistêmica, voluntária ou involuntariamente, posto que toma para si a elaboração de seus programas, como estrutura circulante, em efetuação contínua, que se constrói heterarquicamente sobre si mesma em um movimento sem começo absoluto e sem fim necessário.

3.4 Da *judicialização da política* à *politização do Judiciário*

A frustração em geral do meio político tem implicado tanto na condução das demandas de natureza política à jurisdição como, em sentido contrário, a adoção da postura política pelo Judiciário, como bem caracteriza o *ativismo judicial*. Disso decorre que a legitimação das reivindicações coletivas tem se dado mais sob a forma processual do que política, decorrente da perda de prestígio do político e de uma reorientação das expectativas políticas com vistas à justiça, pois é a ela que a opinião pública dirige agora suas demandas (GARAPON, 2001). A justiça passa a encarar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.

O movimento se dá tanto com a extensão da competência da justiça em detrimento do Poder Executivo, como marca indelével da superação do Estado Social, como também pela atração que a jurisdição exerce em função do raciocínio político. Daí porque a *politização da razão judiciária* não tem outro equivalente senão a *judicialização do discurso político*, posto que as reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termos jurídicos do que ideológicos (PEGORARO JUNIOR; SOUZA NETTO; 2009).

Esses dois fenômenos – desnacionalização do direito e exaustão da soberania popular – ilustram o núcleo da evolução hoje vivida, a saber, a migração do centro de gravidade da democracia para um lugar mais externo, sendo que a judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos

da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. Daí a afirmação de Willis Santiago Guerra Filho de que “o objeto da ciência jurídica não seria propriamente normas, mas sim os problemas a que elas cabe viabilizar a solução” (GUERRA FILHO, 1998).

O dúplice movimento apontado – judicialização da política e politização do Judiciário – só pode ser demonstrado também como consequência da disseminação da jurisdição constitucional, sobretudo em seus aspectos substantivos, eis que a carga de pretensões irrealizadas, enunciadas pelo texto constitucional, exige a tomada de posição indistinta para sua realização. Afinal, se o Estado Liberal era identificado com o Poder Legislativo, o Estado Social com o Poder Executivo, o Estado Democrático de Direito está mais do que qualquer outro identificado com o Poder Judiciário, sendo que a importância aqui está ao se identificar o tendência convergente do sistema, material e formalmente, num contexto que não se cinge à mera inter-comunicação sistêmica.

3.5 Da convergência como corolário de uma *teoria geral do processo jurisdicional*

Embora identificáveis até aqui elementos idôneos da aproximação do processo em direção à Constituição, que poderia ser inferido como sendo a constitucionalização do processo, há um trilhar em sentido diverso que aponta para a aproximação da Constituição em direção ao processo, em sua dimensão instrumental substantiva (processualização da Constituição), assim destacado por Willis Santiago Guerra Filho:

[...] quer dizer, do que leva à estreita associação entre Constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, à medida que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’, ou ordinárias (1998).

Se antes desse movimento circular era possível afirmar a dicotomia entre o processo civil e o processo penal, tal como fizeram Francesco Carnelutti, Ovídio Baptista da Silva e Flávio Gomes (2002), e Rogério Lauria Tucci (2003), ao defenderem a inexistência de uma *teoria geral do processo*, sustentando a plena desvinculação da *teoria geral do processo civil* com a *teoria geral do processo penal*, a aproximação da técnica processual da mesma matriz condicionadora, qual seja, constitucional, implica no reconhecimento de que a técnica não é mais tão distinta quanto aludia Silva e Gomes:

Esta peculiaridade, comum a todo fenômeno jurídico, mostra-se ainda mais visível quando se trata do direito processual, dado que este ramo da ciência jurídica tem de tratar, necessariamente, de casos individuais, onde a construção de regras gerais mostrar-se-á sempre uma tarefa limitada e precária (SILVA E GOMES, 2002, p. 9).

Também para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho não existiria uma *teoria geral do processo*, pois sustenta que no processo penal não existe lide como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, afirmando a incompatibilidade estrutural para composição do processo civil e do processo penal. Segundo Coutinho, a construção da *teoria geral do processo civil* se deu a partir de Liebman, sendo impossível compartilhar da mesma visão em relação ao processo penal, tendo recentemente reiterado posição firmada há mais de vinte anos:

Imperioso, porém, negar peremptoriamente a chamada teoria geral do processo, (...)
Assim, com um sistema diverso, um princípio unificador diverso, um conteúdo do processo diverso, e uma diversidade estrutural em cada elemento da trilogia fundamental (jurisdição/ação/processo), não há que se cogitar sobre uma teoria geral. Com denominadores comuns diferentes, não cabe uma teoria, muito menos geral. Como referi há 20 anos, “sem embargo disso, *per faz et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.” Ela, todavia, serve: para reter o desenvolvimento democrático do processo penal porque encobre o núcleo do problema de seu sistema. (2007, p. 11).

José Frederico Marques, com a autoridade que lhe é peculiar, bem identificou que enquanto instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Com efeito,

Quando o Congresso faz leis de Direito Privado, exerce função em tudo idêntica à que realiza quando discute e vota leis de Direito Penal; e ninguém vai dizer que existe um legislativo civil diverso do legislativo penal. *Mutatis mutandis* é o que acontece com o Poder Judiciário, quando no exercício de sua função específica, que é a jurisdição; e como a prestação jurisdicional se realiza no processo, seria tão absurdo falar em dualismo processual, como esdrúxulo seria bipartir-se a função legislativa. É que, tanto no legislar como no exercer a jurisdição, o que existe é o Estado em funcionamento através de seus órgãos fundamentais. Diversa pode ser a causa material dessas atividades: *ratione muneris*, no entanto, a jurisdição penal e a jurisdição civil, que atuam no processo, são de todo idênticas, no que ambas têm de essencial e básico. (MARQUES, 1999, p. 21).

Daí porque a diferença que existe e que é concreta, entre processo civil e processo penal é apenas de grau, e não de natureza, dado seu fundo comum. A concepção dualista, por seu turno, sustenta, entre outros argumentos, que a obrigatoriedade do processo para aplicação da pena e a não-obrigatoriedade do processo civil quando se trata de pretensões não-penais serviria para afastar a construção unitária.

Mas a distinção por meio da lide que nele contém, como repele Marques, “é por demais simplista e unilateral” (1999, p. 23), já que o fato de não comportar a pretensão punitiva uma satisfação direta em que se dispense o processo, não altera a natureza deste, mas antes revela um dos traços do direito substantivo de que deriva.

José Carlos Teixeira Giorgis, em sua obra “A lide como categoria comum do processo”, se esforçou para concluir como “inadaptável” o conceito carneluttiano de lide ao campo do processo penal (1991, p. 118), a despeito da esclarecedora lição de Giovanni Leone de que no processo penal a figura do conflito, do choque de interesses, se daria entre o direito subjetivo de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado, entendido inclusive no sentido de que não lhe seja imposto punição desproporcional ao delito, a traduzir uma lide “latente e iniludível” (1963, apud idem, p. 90-91), tal como o fez Canuto Mendes de Almeida, para quem a lide está no processo como a doença esta na cura, de modo que o processo não é a lide, mas reproduz a lide, representa-a diante do juiz: a lide *não* é o processo, mas *está no* processo; o processo é continente, a lide o conteúdo (1973).

E exatamente a partir do conceito de lide, que Galeno Lacerda vaticina a edificação da teoria unitária:

Creio que o alicerce a partir do qual se pode e deve edificar uma teoria unitária do processo jurisdicional é o conceito de lide. Lide, porém, não nos termos restritos em que tomou Carnelutti, como conflito de interesses entre partes, regulado pelo direito. A noção de lide, assim definida pelo grande mestre italiano, não se presta à colocação do tema, por êle pretendida, na raiz da teoria jurisdicional. As críticas avassaladoras de Calamandrei e Giulio Paoli o demonstram cabalmente (v. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vols. de 1928 e 1930, 1. parte). (LACERDA, 1965, p. 13).

Mesmo para Figueiredo Dias, que compreendeu haver um obstáculo intransponível à realização do sonho de uma Teoria Geral, por conta da evolução dos institutos e de que “o tempo das grandes teorias gerais parece ser um tempo definitivamente passado para o pensamento jurídico” (1974, p. 52), admitiu que qualquer conclusão pessimista quanto à viabilidade de uma Teoria Geral do Processo não deve obstar que se reconheça a importância de uma consideração comparativa dos diversos tipos de processo.

Segundo bem expôs Calamandrei, entre processo civil e processo penal, antes que um abismo intransponível a estabelecer uma absoluta separação, o que existe, a maneira de ponte de passagem, é “*una zona di forme processuali intermediae attraverso le quali la graduale continuità tra i due tipi estremi di processo è mantenuta, e confermata la loro essenziale unità di destinazione*” (1927, apud MARQUES, 1999, p. 26).

Ocorre que a necessidade lógica de elaboração da teoria unitária do processo jurisdicional encontra renovada exigência em decorrência da crescente influência de matriz constitucional, deixando de representar apenas um aparente confronto entre o ramo civil e o ramo penal, com o predomínio de um ou outro, para se assentar na ótica conglobante e sintética que decorre da assimilação de seus respectivos institutos *a partir e em decorrência* da inflexão constitucional, possibilitando até mesmo, como apontou Marques, a “unificação legislativa das normas que disciplinam o processo” (1999, p. 29).

A influência da compreensão pátria do modelo unitário pode ser tributada aos instrumentalistas, da escola processual paulista, acolhem a existência de uma teoria geral do processo (GRINOVER, 1999), estruturada com fundamento no tripé jurisdição – ação – processo, tendo a jurisdição como base institutiva sistematizada, que vê o processo como instrumento de pacificação social, colocando o processo como forma de realização da jurisdição, tendo como marco teórico a *teoria do processo* como relação jurídica.

O mero paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional já vem sendo há muito reconhecido pelos processualistas clássicos, ainda que beirando a subsidiariedade. Assim é que para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios fundamentais.

Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo, e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje, acentua-se a ligação entre o processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2008, p. 84).

Sem que tal convergência implique em massificação do processo, como poderia parecer, é de constatar que, embora diversos os ramos, o tronco comum é um só, ou seja, o poder, o que gera a unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na interação funcional dos institutos, sem que isto signifique admitir soluções igualadas em todos os setores (DINAMARCO, 1987, p. 100/03).

Aliás, a unidade processual foi uma das intuições de Carnelutti, quando afirmava que o direito processual é uno, distinguindo-se o processo penal e o processo civil não por suas raízes, mas porque, sem dois grandes ramos, logo, deles deriva um tronco comum (GIORGIS, 1991, p. 76). Previa o tempo, alude José Carlos Teixeira Giorgis,

(...) em que se levará em consideração tal verdade no ensino universitário, advertindo que um dos graves problemas do ordenamento jurídico se encontra na cisão do processo civil e penal e no acoplamento deste ao Direito Penal.

Ao encaminhar-se para conclusão unitária, em conhecido trabalho, Carnelutti observa que, no fundo, o ambiente do processo civil já se revela uma impressão de superioridade.

Escrituras cuidadosas, discussões rebuscadas, e, sobretudo, pessoas esquisitas...

Ao contrário, o processo penal é inquieto, turbulento, um verdadeiro reino de andrajosos.

O processo civil, na grande maioria dos casos, é um processo de possuidores, pois, quanto um dos dois sujeitos não possui, pelo menos aspira possuir. É o processo do meu e do teu, a aposta do jogo é a propriedade.

No processo penal, em troca, se trata da liberdade, que é uma verdadeira aposta no processo.

Nisto reside a distinção entre os dois processos: no civil, discute-se sobre o ter ou haver, e no penal sobre o ser! (GIORGIS, 1991, p. 76/77).

Também para José Frederico Marques, discípulo de Liebman, o processo como instrumento compositivo de litígios, é um só, quer quando tenha por objeto uma lide penal quer quando trate de uma lide não-penal, e que, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, não sofre mutações substanciais quando passa do campo de justiça civil para o penal. “Uno, portanto, é o Direito Processual pelo que pode ser construída uma Teoria Geral do Processo com os postulados e linhas mestras construídas segundo a metodologia da Dogmática do Direito” (MARQUES, 1980, p. 36). Daí também porque, para René Ariel Dotti, as categorias dogmáticas do processo penal não devem perder o contato com os valores que o processo se destina a amparar, pois a supremacia das categorias lógicas tão marcantes na prestação jurisdicional através do processo civil (avaliação das provas, restrições de capacidade de meios, reconhecimento de indícios, etc) é muito distinta da ocorrente no processo penal, pois quando se trata de infligir uma pena a verdade convencional não é o bastante (DOTTI, 1987, IX).

Muito além do paralelismo, seja num ou noutro caso, a assunção da garantia do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process of law*), construído ao longo da experiência constitucional norte-americana e alemã, incorporado pela Constituição Federal de 1988 ao ordenamento jurídico nacional, implicou na perda da posição central da lei como fonte do direito, passando a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais (CAMBI, 2007). O fenômeno foi abordado, dentre outros, por Pietro Perlingieri:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente

civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, comausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. (PERLINGIERI, 1997, p. 6).

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa) (MARINONI, 1997, p. 20).

A convergência dos vetores processuais, envolto no líquido amniótico constitucional, pode levar a um modelo mínimo de processo, num modelo constitucional de processo que não se limite ao processo civil, mas seja compreendido como gênero, que tem no processo a espécie, e na qual o provimento é preparado em simétrica paridade pelos afetados (PEGORARO JUNIOR; SOUZA NETTO, 2009). A necessidade de uma teoria geral do direito processual, assim, não se daria transportando-se simplesmente os princípios e a construção do direito processual civil para o processo penal, ou vice-versa, mas somente construindo-se uma síntese, que, “colhendo os caracteres comuns aos institutos das duas disciplinas, elabore um conceito de *genus*, enquanto abranja as duas espécies, não exclua as particularidades de cada uma delas”, como assinala Grispigni (1945, apud EBLING, 2004, p. 34).

Elio Fazzalari, Emérito da Universidade de Roma “La Sapienza”, em sua “antológica” obra Instituições de Direito Processual – como definiu Ada Pelegrini Grinover (FAZZALARI, 2006, p. 5) – apontou que mesmo a distinção entre as atividades estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional), determinadas por razões substanciais, “é marcada por características suficientes para impor distinções, mas que não chega, certamente, ao ponto de não permitir escapar

alguns pontos comuns entre as atividades” (idem, p. 30). Se é assim para conceitos aparentemente tão díspares, quanto mais para aqueles envolvidos entre si na prestação jurisdicional, tal como o processo civil e processo penal.

Com razão, Miguel Fenech acrescenta que, a despeito da própria unidade da jurisdição, “*puedan distinguirse en ella tantos aspectos como haya convenido a los fines del Estado para el cumplimiento de su misión de justicia*” (1945, apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 20). E o que não dizer de Carnelutti, que em seu trabalho *Prove civile e prove penale* se posicionou como ardoroso defensor dessa unidade:

[...] afinal de contas, o Direito Processual é fundamentalmente uno. Processo Civil e Processo Penal sem dúvida se distinguem, não porque tenham raízes distintas, e sim pelo fato de serem ramos em que se bifurca, a uma boa altura, um tronco único. Mais cedo, ou mais tarde, chegará o tempo em que esta verdade chegará ao ensino universitário. Certamente, um dos mais graves contra-sensos desse ordenamento de nossos estudos jurídicos, que estamos agora pouco a pouco reformando, repousa na separação do Processo Civil e Processo Penal e na ligação deste último com o Direito Penal. (apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 25).

É certo, contudo, que nos idos de 1940, em estudo publicado na *Rivista de Diritto Processuale Civile*, sob o título de “Figura giuridica del difensore”, observou o mestre uma profunda diferença entre Processo Civil e Processo Penal, chegando a sustentar que quanto mais meditava sobre o tema, mais se convencia de que precisamente se assinalava uma profunda diferença entre o processo civil e o processo penal. Dez anos mais tarde, entretanto, em 1950, voltou Carnelutti a emprestar seu talento à defesa dos seus ensinamentos anteriores, em seu monumental trabalho “Per una teoria generale del processo”.

Para Carnelutti (1950), o alcance de uma extensa investigação a todas as formas de processo não pode ser mais do que uma própria teoria processual geral, não ao lado, mas sim bem sobre as teorias particulares, completando-se assim harmoniosamente o edifício científico no campo do direito processual: “*de la misma manera que la teoría del proceso civil de cognición y del proceso civil de ejecución se unen, en un cierto punto de la historia del pensamiento jurídico, en la teoría general del proceso civil, igualmente las teorías generales del proceso civil penal y administrativo, se funden, a su vez, en la más general teoría del proceso, despojada de todo adjetivo*” (CARNELUTTI, 1950,p. 43).

Assim, ante tudo, prossegue o mestre udinense, o primado histórico pertenceria ao Direito Penal, pois, quando o direito nasce, nasce como Direito Penal, sendo que o primado histórico é naturalmente reflexo do primado lógico: a primeira medida para combater a guerra entre os cidadãos é a sua proibição. E a guerra proibida se chama delito. E somente porque os delitos individuais perderam ao longo do tempo seus signos, seu caráter original, que não falamos mais em guerra senão entre os povos: *“pero lo que llamamos guerra no és más que un asesinato y un latrocínio colectivo y lo que se llama homicidio o hurto no es más que una guerra individual”* (CARNELUTTI, 1950, p. 45).

Mas a fim de combater a “guerra”, não basta proibi-la. A guerra, o conflito, a disputa, originalmente, não servem apenas para aumentar, mas também para limitar o egoísmo do homem, pois são feitas não apenas pelo rico que quer multiplicar sua riqueza, mas, também, pelo pobre que precisa por fim à sua fome. Daí porque a “guerra”, em sua origem, constitui, em outros termos, meios de troca e de comércio. Agora, para excluí-la, a troca e o comércio devem ser de outro modo garantidos. Os homens não roubam nem as mulheres nem os bens por roubar mas sim para formar sua própria família e sua casa. Em lugar da guerra, deve, pois, ser permitido outro meio de troca e de comércio, para que sua proibição seja realmente eficaz:

A quien necesita el alimento, que no posee, no puede prohibírsele robarlo si no se le permite comprarlo. La primera función de la compra es precisamente la de subrogado del hurto. Contrato y delito aparecen, por tanto, como la cara y la cruz da la misma moneda. Igualmente son complementários el derecho penal y el derecho civil. Mientras el primero expulsa la guerra, el segundo establece las condiciones necesarias para que los hombres puedan vivir sin hacerla. La complementaridad de lo civil a lo penal constituye um de los fundamentos del derecho. Es por eso por lo que hay outra distinción más profunda en la massa de las leyes, de los hechos y de los juicios jurídicos.

La oposición del derecho lo mismo que la del proceso penal o civil, en cuanto atañe a la razón misma del derecho y del proceso, debe dominar su estudio. El primer principio metodológico para la construcción de una teoría general del proceso se perfila así. (CARNELUTTI, 1950, p. 46).

Lastreada em tal compreensão em relação à distinção fulcral entre a origem do processo civil e do processo penal, a teoria geral poderia passar assim a se dar conta do que os processos têm de comum e de diferente: *genus commune* e *differentia specifica*, como alude Carnelutti (1950, p. 46). Há, em um e em outro caso, a exigência da compreensão material e instrumental, ou *res iudicanda* e *res iudicans*, segundo fórmulas derivadas da antiga *res iudicata*, que adote os

mecanismos para indicar o conjunto de pessoas e coisas, que formam a matéria e o instrumento do processo. Em geral, apontava Carnelutti em 1950, “*puede estimarse que la mayoría de los procesalistas se incline a una consideración optimista de la realización de la teoría general; un optimismo que, particularmente, se revela concibiendo esta realización desde luego*” (1950, p. 46), como, por exemplo, a extensão dos princípios fundamentais do direito processual civil ao direito processual penal.

A necessidade de aprofundamento da investigação da diferença funcional entre o processo penal e o processo civil envolve precisamente a tentativa de aplicar também ao processo penal o conceito de lide. Uma diferença essencial já se nota neste ponto, em que a distância do civil até o penal a respeito do conteúdo começa a perfilar-se. Fugindo da reconhecida obscuridade e confusão em que, então, se mostrou o enfrentamento da questão em suas Instituições, Carnelutti logrou obter uma “*purificación*” do conteúdo meramente penal do processo penal, ao afirmar a distinção entre seu conteúdo verdadeiramente penal e o conteúdo civil, que se junta indivisivelmente àquele. O ministério foi coroado ao se chegar às *Lecciones sobre el proceso penal* para encontrar, finalmente, a claridade necessária a este propósito.

Foi com esse entendimento que Carnelutti teve bem claramente ajustada a compreensão de que, “*sin duda, también el proceso penal como, por lo demás el civil, contiene una litis, cuyos sujetos son el inculpado y la parte lesionada*” (1950, p. 47), sendo que aqui ainda não está seu conteúdo próprio, o qual não se atem ao problema da restituição que o delinquente deve à vítima, senão do que deve a si mesmo. O isolamento do processo penal a respeito do conteúdo civil, constitui o alcance de uma empreitada analítica, que pode ser comparada a uma preparação anatômica do corpo de um animal: sua existência *in vitro* é suficiente para reconhecer a diferença entre a natureza dos dois processos; com efeito, o processo penal contém um elemento que não se encontra analisando o processo civil. Dir-se-ia, em termos químicos, que no lugar de um corpo simples, o processo penal é um corpo composto. E, sem dar-se conta do oxigênio que contém, não se pode conhecer o ar.

Enquanto a diferença entre o processo penal e o processo civil continuar sendo observada superficialmente, advertiu Carnelutti, a teoria geral se baseará na areia movediça. É necessário, assim, desenvolver toda a força do contraste entre a propriedade e a liberdade ou, todavia, mais ao fundo, entre ter e ser, para se

descobrir abaixo da areia a terra firme que pode sustentar o edifício da teoria geral do processo.

Só com a definição em profundidade da diferença funcional entre as duas espécies de processo que, naturalmente, se lançará uma nova luz acerca das diferenças de estrutura, tanto em relação aos elementos (estática processual), às relações (dinâmica processual) e, por último, quanto aos atos (mecânica processual).

A teoria geral do processo, assim, pode dignamente se sustentar até que a ciência do processo civil e do processo penal estejam no mesmo nível, coisa que afortunadamente Carnelutti logrou ao final conceber:

La indiscutible inferioridad de la segunda frente a la primera no constituye solamente un daño para el proceso penal sino para el civil, a su vez, en cuanto impide las contribuciones que la teoría general necesita recibir no solamente de una sino de otra parte. Lo que un impetuoso penalista italiano llamó el pancivilismo no perjudica solamente la ciencia penalística sino también la civilística en la misma medida. La situación de privilegio ocupada por la primera, si historicamente se explica con la ceguera de los hombres, que cuidán más el haber do que el ser, no corresponde en primeira línea a sus mismos intereses. Solamente una ilusión puede permitirnos creer que los penalistas necesitan la ayuda de los civilistas más que éstos la ayuda de aquéllos. Ciertamente arraiga también sobre el terreno de la ciencia del derecho la mala semilla de la soberbia; pelo la planta que nace de esta semilla se llama cizaña y no grano. De ser más modesta la ciencia del derecho civil, material o procesal, no puede más que ganar. (CARNELUTTI, 1950, p. 48).

A primeira experiência carneluttiana a respeito, em verdade, se referiu mais do que a uma teoria geral do processo a uma teoria geral do ato jurídico, ou dizer, de uma teoria geral da dinâmica processual, mais exatamente acerca da mecânica do direito. Também neste aspecto civilistas e penalistas, trabalhando cada um por sua conta, lograram produzir escandalosamente uma Torre de Babel processual. Os primeiros, alemães quase todos, debutaram a figura do *negócio jurídico* e os segundos, italianos especialmente, a do *delito*, sem advertir, contudo, que há entre estes dois conceitos o mesmo parentesco que entre Caim e Abel (CARNELUTTI, 1950, p. 49); e não se pode compreender nem Abel sem Caim, nem Caim sem Abel. Nem os civilistas, entre outras coisas, suspeitaram a vantagem que teriam ao procurar conhecer em seu elemento ontológico o negócio e o aprofundamento das investigações acerca da ação e do evento criminal, nem os penalistas se deram conta da clareza que o conceito de delito poderia se aproveitar da teoria jurídica da

causa negotti ao dizer do fim do ato. A *teoria generale del delito* apresentada por Carnelutti, que reconhecidamente não foi acolhida com boa vontade por estudiosos de ambas as espécies do processo, não tinha por fim ensinar aos cultivadores do direito penal o que era o delito, mas sim de abrir os olhos dos civilistas sobre a premente necessidade de conhecer o delito para conhecer o negócio, que se resolve mais geralmente para saber o que uma coisa é, ao ver o que a mesma não o é. E, quando mais tarde, Carnelutti se aventurou a delinear uma teoria geral do direito, pode levar em conta as contribuições que o estudo do direito penal aproveitou àquele trabalho.

É mister perguntar, então, que nada distinto possa acontecer no campo do processo civil? O mesmo que o delito e o negócio, responde Carnelutti, assim o processo penal e o processo civil são dois opostos; e a filosofia ensina que somente os opostos são iguais. Qualquer pretensão de superioridade ou de autosuficiência da ciência processual civil, adverte o mestre italiano, é injustificada e injustificável. Foi por isso que seu “*orgullo de jusprocesalista civil*” sofreu “*muchas y dolorosas humillaciones*” (1950, p. 49) quando se acercou dos estudos a sério do processo penal.

Assim é que a comparação entre o processo penal e o processo civil representou, para Carnelutti, o método eficaz para construção da teoria geral do processo, a partir das diferenças entre as duas espécies de direito e de processo, posto que uma coisa é advertir acerca das diferenças, e outra coisa é afirmar a incomparabilidade entre o civil e o penal. O magnífico isolamento não é uma posição sustentável nem pelos penalistas nem por ninguém que cultive qualquer outra ciência, dentro ou fora do direito: “*no hay trabajador, que no necesite del trabajo de los demás*” (CARNELUTTI, 1950, p. 50).

Não deve ser contra a comparação, mas sim contra o mimetismo civilístico que os estudiosos do direito e especialmente do processo penal podem e devem resistir; mas a advertência de Carnelutti se dirige mais aos outros do que a eles mesmos. Se encontram certamente na teoria civilística do processo, cuja elaboração está muito mais adiantada do que do processo penal, uma quantidade de conceitos que parecem se adaptar também ao penal; e aproveitar-se de um trabalho já cumprido é, sem dúvida, uma comodidade tentadora. Este era e é o perigo para a ciência do processo penal assim como para teoria geral do processo e, por outro lado, também para a ciência do processo civil, que não necessita da comparação

menos do que sua irmã. Carnelutti não duvidava que as incautas aplicações ao processo penal, que haviam sido feitas até então, dos conceitos de parte, de ação, de jurisdição, de execução e de muitos outros, tal como foram moldados pelos civilistas, acabariam por prejudicar o desenvolvimento de ambas as ciências gêmeas. Acreditou-se, desta maneira, numa ilusão ou, mais especificamente, numa falsificação da teoria geral atribuindo à civilística credenciais de representante desta teoria, que nem os civilistas nem os penalistas teriam autoridade para afirmar.

A conclusão, para Carnelutti, é que uma teoria geral do processo não pode ser construída sem a colaboração perfeitamente paritária dos operadores de ambos os campos, e, portanto, com a renúncia da ciência processual civil a qualquer direito de primogenitura:

Dejando las razones, poco honorables para la humanidad, de su adelanto frente a la hermana, la mayoría determina obligaciones más que derechos había la juventud; y la primera obligación de los civilistas a propósito de teoría general es la de la revisión de sus dogmas para adaptarlos a comprender un dato, del cual tan sólo una mitad y no la más importante, se contiene dentro de las fronteras del proceso civil. (CARNELUTTI, 1950, p. 50).

É verdade, como já disse Alcalá-Zamora, que não há absoluta identidade entre ambos os processos. Mas é de convir com Frederico Marques e com o próprio Alcalá-Zamora que, em suas linhas mestras, em suas pilstras, como diz Giovanni Leone, a estruturação da Justiça Penal não difere daquela que envolve a Justiça Civil. “E a prova mais eloquente e viva dessa unidade reside nos institutos comuns a ambos os ramos do Direito Processual”, arremata Tourinho Filho (2005, p. 25).

Diferenças existem entre o processo penal e o processo civil, decorrentes das peculiaridades de cada um. Mas diferenças também existem no campo do processo civil, entre o processo de conhecimento, de execução e de cautelar. Diferenças existem também no campo do processo de conhecimento entre aqueles de procedimento ordinário, sumário e especial. Diferenças existem, como grifa Dinamarco. Mas é nisso que reside a grande utilidade de buscar e reconhecer princípios. “É isso: aplicar princípios aqui e lá, princípios de lá aqui – uma vez que são ciências que se desenvolvem separadamente e muitas das conquistas de uma não foram bem sentidas e aplicadas à outra” (DINAMARCO, 1987, p. 88).

Diferença gritante mesmo, esta sim insuperável, é entre o processo jurisdicional e o *processo* não jurisdicional, como ensinou Elio Fazzalari, de modo

que muito mais importante é buscar o que há de comum entre o processo penal e o processo civil, na sua essência, pois isso ao final acaba por dar resposta à própria finalidade do processo – a atuação da vontade concreta da lei, como dizia Chiovenda.

Em conferência proferida na Universidade do Paraná, assim se posicionou Galeno Lacerda:

Creio que o alicerce a partir do qual se pode e deve edificar uma teoria unitária do processo jurisdicional é o conceito de lide. Lide, porém, não nos termos restritos em que tomou Carnelutti, como conflito de interesses entre partes, regulado pelo direito. A noção de lide, assim definida pelo grande mestre italiano, não se presta à colocação do tema, por êle pretendida, na raiz da teoria jurisdicional. As críticas arrasadoras de Calamandrei e Giulio Paoli o demonstram cabalmente (v. “Rivista di Diritto Processual”, vols. de 1928 e 1930, 1ª parte).

Contudo, parece-me acertada a genial intuição de Carnelutti, ao exumar a velha noção de lide, para dar-lhe caráter basilar, desde, porém, que se lhe amplie o conceito de modo a abranger não só os conflitos entre partes no plano individual ou privado, senão que também aqueles de transcendência bem maior, nos quais o litígio se manifesta entre interesses de parte e interesses de ordem pública, ou puramente públicos, impessoais, como ocorrem em regra no processo penal.

Apesar de algumas resistências ou vacilações, o conceito de lide penal é hoje vitoriosa na doutrina, considerado como “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do acusado” (Leone, op. cit., pág. 33).

Tomado, assim, em sentido amplo, o conceito de lide haverá de informar toda uma teoria unitária de jurisdição, da qual será êle objeto e finalidade, pois a jurisdição se exerce sobre o conflito de interesses, e tem como fim, no dizer de Carnelutti, a justa composição deste conflito.

A partir desta premissa, podem-se edificar as teorias do processo jurisdicional e suas funções, da ação e exceção, dos poderes do juiz, dos atos processuais e de seus vícios, da litispendência, da preclusão e da coisa julgada, com os respectivos corolários.

É claro que, em termos de teoria geral, êstes temas se aplicam a todas as manifestações de processo jurisdicional – civil, trabalhista, penal (comum e militar), eleitoral e aos demais casos de jurisdição estranhos ao Poder Judiciário, previstos em nosso sistema constitucional. (LACERDA, 1965, p. 13).

Se a tônica da pós-modernidade se lastreia na hermenêutica dos princípios constitucionais, então a justificativa para a dicotomia entre o processo penal e o processo civil não pode mais prevalecer. A propósito, Ronald Dworking enfrenta um problema interpretativo para compreensão do direito como integridade, no caso *McLoughlin*, que serve para indicar um caminho para a hipótese proposta. Para o autor, a divisão do direito em áreas específicas – Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho e Direito Tributário – segue uma definição tradicional que reflete princípios morais amplamente aceitos pela opinião pública,

cuja demonstração é ainda mais fácil a partir da clara distinção entre Direito Civil e Direito Penal, como ilustram Flaviane de Magalhães Barros e Fabrício Santos Almeida (2007), de tal modo que a interpretação do direito deve se dar como elemento de integridade, respeitando as diferenças relativas à prioridade local, salvo quando os limites tradicionais de divisão do direito em áreas se mostrar mecânico ou arbitrário. Assim,

Se um juiz aceita o direito como integridade, considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito, na qual desponta seu problema imediato; considerará de menor valor, rigorosamente, algum princípio como uma interpretação aceitável do direito de acidentes se ele for estranho a esse ramo do direito, mesmo que se ajuste bem a outras áreas. A topologia das áreas é, como vimos, parte do seu problema interpretativo, e os seus julgamentos sobre os limites das áreas pode ser polêmico e, todo modo, irá modificar-se com a evolução do direito. No entanto, restrições específicas aplicam-se a seus julgamentos sobre os limites: devem, em princípio, respeitar opiniões públicas e profissionais estabelecidas que dividem o direito em áreas importante de conduta pública e privada. (DWORKING, 1999, p. 481).

A afirmação inequívoca da plenitude da jurisdição constitucional, alastrando-se de modo irresistível pelo ordenamento e minando o anacrônico encapsulamento do direito processual, contribui para a formação de similaridades sucessivas entre o processo civil e o processo penal, num movimento que pode conduzir a construção de uma teoria geral do processo, desta vez não pela sua gênese, mas sim pela sua refundação, em conformidade com a Constituição.

4 EVIDÊNCIAS OBJETIVAS DA CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

Se a expansão da jurisdição constitucional, a politização do Judiciário e a compreensão do conceito de *acoplamento estrutural* podem fornecer os pressupostos elementares para o magma da convergência entre o processo civil e o processo penal, então deve ser possível identificar objetivamente as manifestações de tal movimento, exatamente para sua eventual confirmação.

A rigor a convergência poderia ser pontuada a partir da inter-relação macrossistêmica entre a *Common Law* e a *Civil Law*, a exemplo do que já se operou com a assimilação da *disregard doctrine* pelo artigo 50 do Código Civil, a possibilidade da transação penal, por conta do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e da Lei nº 9.099/1995, a regra do *stare decisis*, inspiradora da súmula vinculante objeto do artigo 103-A, da Constituição Federal, e a recente adoção, pela Lei nº 11.690/2008, da técnica da *cross examination* no processo penal, possibilitando às partes que formulem perguntas diretamente à testemunha, ou seja, sem que elas sejam feitas por intermédio do magistrado (PEGORARO JUNIOR; SOUZA NETTO; 2009). E o que não dizer da assimilação, pela Comissão encarregada da elaboração do novo Código de Processo Civil, do instituto do *leading case*, denominado de incidente de coletivização, pelo Ministro Luiz Fux (BATISTA, 2010), permitindo a eleição de uma causa piloto, cuja decisão vai se estender a todas as ações? Daí a precisa constatação de Mario Losano de que

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar. O Common Law está passando por uma extensão dos statutes e das consolidations em detrimento do puro "judge made law", enquanto a jurisprudências vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um direito jurisprudencial (LOSANO, 2007, p. 345).

Luiz Guilherme Marini também é daqueles para o qual o constitucionalismo inegavelmente tem aproximado o sistema de *civil law* ao de *common law*, cuja diferença, aliás, não pode ser explicada tão somente pelo fenômeno da codificação:

[...] o juiz do *civil law* passou a exercer, com o tempo, papel inconcebível diante da tradição do *civil law* e tão criativo quando o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel nega a ideia de supremacia do legislativo. O juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isto apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial como força de direito, nos moldes que se concebe no *common law*. No entanto, percebe-se que há, no *civil law*, preocupação em negar ou obscurecer – ou talvez tornar irrelevante – o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz. Há completo descaso pelo significado da nova função judicial. Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser um mero servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*. (MARINONI, 2009, p. 2).

Também Teresa Arruda Alvim Wambier, ao analisar a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito sob o âmbito comparativo entre a *common law* e a *civil law* (2009), reconheceu a recente introdução de diversas técnicas processuais que, à semelhança do modelo inglês, conferem condições para proporcionar uniformidade da jurisprudência em grau socialmente desejável (tal qual os artigos 557, 544 §§ 3º e 4º, 518 § 1º, 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, a repercussão geral e a súmula vinculante).

Cumpra aqui, no entanto, por rigor científico da problemática proposta, limitar a análise sob o viés endógeno do sistema pátrio, notadamente entre o processo civil e o processo penal. Neste trilhar, a convergência entre os sistemas pode se dar tanto sob o aspecto normativo quanto sob o aspecto jurisdicional, já que o fenômeno pode ser destilado em ambos.

A mera interpretação extensiva e a aplicação analógica admitida pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal, pelo artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e pelo artigo 126, do Código de Processo Civil, não dão conta de asseverar a convergência dos sistemas, pois representam, quando muito, vasos comunicantes que antes reafirmam a autonomia do que propriamente aproximam os modelos. Já a recente aprovação da Lei nº 11.719/2008, que acrescentou o inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal e determinou a fixação, pela sentença penal condenatória, de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração,

“considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, representou inequívoca convergência processual, não apenas na reafirmação da unidade da jurisdição, mas também pela exigência de estabelecimento de determinado montante (o valor “mínimo”) que não é objeto da própria instrução criminal.

A influência recíproca das ações e sentenças penais e civis, proclamada pelo artigo 63 do Código de Processo Penal e pelo artigo 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil, é reconhecida por Tourinho Filho (2005, p. 34), cuja prevalência é tamanha que se a vítima pretender, no juízo cível, o ressarcimento do dano originário do crime, se também foi proposta a ação penal, a despeito da regra do parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal, deverá o Juiz do cível sobrestar o andamento da ação, até que se julgue em definitivo aquela, exatamente para evitar o antagonismo de julgados.

Também no campo das *prejudicialidades*, são observados às vezes estreitos laços entre os dois ramos do direito processual: quando no processo penal se levanta uma questão prejudicial que diga respeito ao *estado das pessoas*, o juiz determina a suspensão do processo e aguarda a solução a ser dada pelo juízo cível à questão que, em razão da matéria, é de sua competência. Até mesmo o agravo de instrumento, adotado no Processo Penal, está disciplinado nos artigos 544 e seguintes do Código de Processo Civil.

As medidas assecuratórias do processo penal (seqüestro e arresto) também guardam intensa vinculação e inspiração com suas congêneres do processo civil, tanto assim que autorizam o uso dos embargos de terceiro rigorosamente com fundamento no diploma civil.

O próprio transbordamento do conceito da ampla defesa e do contraditório, tão mais em sua plenitude identificado com o processo penal – seja pela sua concepção garantista, seja por lidar com valores como a liberdade –, mas que avança e se consolida no âmbito do processo civil, remonta à origem comum, constitucional, dos modelos, sendo efetivamente dois pilares básicos da irradiação da combinação entre o *due process of law* e o *substantive due process*.

Em arremate, a convergência pode ser plenamente identificada pela assimilação do simples e genial conceito de Elio Fazzalari do processo como procedimento mais o contraditório, que se afasta do “velho e inadequado clichê pandetístico da relação jurídica processual (...) esquema estático (...) que leva em conta a realidade, mas não a explica” (FAZZALARI, 2006, p. 5), conceito este que se

espraia por todo o modelo formal, seja penal, cível ou administrativo, e impõe o reconhecimento da unidade sistêmica decorrente.

4.1 Do *incivilamento della procedura penale*

A partir da adoção do sistema acusatório misto, embalado pelas ideias filosóficas do século XVII, particularmente ligadas à Revolução Francesa de 1789 (SOUZA NETTO, 2008, p. 31), o processo penal se viu impelido a buscar no direito processual civil, “filho primogênito da ciência jurídica do processo” (MARQUES, 1974, p. 22), os institutos imprescindíveis à sua satisfatória estruturação, no chamado *incivilamento della procedura penale* - como batizou Calamandrei -, indispensável, então, dada a indigência conceitual e procedimental do processo penal (FLACH, 1997).

A aproximação entre processo penal e processo civil implicou, além da condição de estatuto científico e de aprimoramento ao primeiro, numa paridade forçada, sob o mote da unidade processual, quiçá mesmo afastando-se de seu alicerce ético-ideológico, a ponto de Julio B. J. Maier advertir mesmo para uma eventual “*decoloración política*” do direito processual penal, com a consequente perda de sua autonomia científica, legislativa e acadêmica (MAIER, 1989, p. 104), decorrência de importação direta, de soluções do processo civil, sem a observação de suas peculiaridades.

Bem anota Dinamarco que “o privatismo do processo civil é efeito da relação de instrumentalidade que o liga ao direito privado”, enquanto que a instrumentalidade do direito processual penal ao direito penal, “que é ramo de direito público, não poderia, em face disso, ser causa de privatismo” (1996, p. 52-53), notadamente pela diferença axiológica que pode ser identificada entre um e outro, a despeito da recente incorporação, pelo processo civil, de elementos publicísticos.

A tal descoloração política do processo penal, aludida por Maier, embora possa ser veículo de análise crítica, não deixa de ser uma constatação objetiva da convergência dos sistemas, como se dá de modo retumbante pelos méritos e pelos defeitos dos Juizados Especiais: oralidade, simplicidade, economia processual, celeridade, informalidade, busca de reparação dos danos sofridos pela vítima e

aplicação de pena não-privativa de liberdade são conceitos evidentemente identificados com a dimensão privatista, de matéria civil, chegando às raias de se abrir mão do dogma da *nulla poena sine culpa* por conta da imposição de sanção sem aferição de culpabilidade, tal como se dá com a transação penal.

Por ser um procedimento relativamente recente, adotado após a Constituição da República de 1988, o sistema dos juizados acaba se revelando uma notável vertente da reestruturação político-constitucional do processo e dos seus princípios, fruto da decantação científica que vem sofrendo nos últimos tempos. Se o Direito Processual Penal recebeu (ou vem recebendo) do Direito Processual Civil “seiva dogmático-jurídica para um fecundo florescimento científico”, o Direito Processual Civil, por sua parte também, encontrou no Direito Processual Penal substância publicística mais bem preparada para a sua construção sistemática como Ciência Jurídica do Direito Público. “Desse contato doutrinário inevitável, resultou o unitarismo processual cada dia mais vitorioso” (MARQUES, 1999, p. 22-23).

4.2 Do prestígio ao princípio da oficialidade no processo civil

O alargamento do leque de interesses de relevância pública e social veiculados pelo processo civil, inclusive dos chamados de terceira e quarta geração, e também em decorrência da nova concepção da atuação do Ministério Público na tutela de direitos difusos e coletivos, acaba por implicar na tendência de publicização daquele ramo do direito processual, notadamente pela transcendência que incorpora e pela intolerância à plena e total disposição do direito substancial envolvido, coisa que não pode ser abordada de modo afastado do que representou o avanço trazido pela Constituição da República de 1988.

Mas a estatalidade e os princípios de investigação judicial e oficialidade eram característicos do processo penal, herdadas do sistema inquisitório, de modo que a crescente penetração do *Offizialprinzip* é algo notoriamente identificada com a proximidade sistêmica, a ponto de se erguerem vozes em favor da ampliação da utilização de tais princípios no campo civil, inconformadas com as limitações da “verdade formal” e o relativo “cinismo” da dispositividade exacerbada. Liebman, citando Calamandrei, coloca a questão de modo oblíquo:

[...] no processo penal, dominado pelo princípio inquisitório, a declaração dos fatos se faz com todas aquelas garantias de investigação aprofundada que faltam no processo de tipo dispositivo, permitindo considerar os juízos históricos formulados pelos juízes penais como mais acreditados e definitivos do que os formulados na sentença civil, a vontade que se tem é a de se perguntar por que o legislador não teria estendido também ao processo civil o princípio do inquisitório, a ser verdade que ele assegura uma busca da verdade mais cuidadosa e aprofundada. (LIEBMAN, 1984, p. 268).

4.3 A sumarização do processo penal

Ignoradas as fundadas críticas que se pode tecer a partir de uma visão garantista, a tendência de sumarização do processo penal, identificada com o conceito efetivamente antecipatório que representa a prisão provisória, a supressão de recursos, a redução do tempo da defesa no júri, a superação da exigência de certas provas, entre outros - a ponto de Afrânio Silva Jardim identificar a liberdade como uma verdadeira *contracautela* (2001, p. 250), como finalidade de diminuir a probabilidade de prejuízo ao acusado provisoriamente preso, em caso de procedência da pretensão punitiva do Estado -, bem ilustram a proximidade que apresentam em relação às medidas de urgência do processo civil (cautelares e antecipatórias), inclusive com a inequívoca assimilação pela jurisdição penal de conceitos como o *fumus boni iuris*, travestido no *fumus delicti* (prova de existência do crime e indício suficiente de sua autoria) e *periculum in mora*, sob a alcunha de *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal).

A luta do processo penal contra o tempo, embalado pela aceleração das relações sociais e a exigência de velocidade nas respostas do Estado às demandas, acaba forçando o processo penal a trilhar caminhos antes reservados aos conceitos eminentemente civis, relativos ao Direito Privado, em competição mesmo com o processo civil, que cuidou de decantar as tutelas de urgência ao longo de sua evolução, e que conta com ferramental apropriado para exercer juízos de verossimilhança, perfunctórios, ainda mais por lidar com direitos comumente identificados com os aspectos patrimoniais dos envolvidos, e não com o valor maior – a liberdade.

Nessa corrida de efetividade, nessa busca de superação e de demonstração à opinião pública (ou à opinião publicada) de que o processo penal pode – e deve? – ser tão célere quanto o processo civil, se passa a fazer uso desmesurado dos poucos mecanismos postos à disposição – prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia -, olvidando-se a concepção de *ultima ratio*, mas, principalmente, pela falta de uma sistematização própria na esfera penal, aplicando-se “as mesmas idéias dos institutos do processo civil” (EBLING, 2004, p. 123).

A constatação objetiva da sumarização do processo penal, como dado empírico, não afasta, repita-se, a crítica que se possa tecer quanto à violação de liberdade e garantias individuais, inclusive quanto ao distanciamento hermenêutico que possa se dar quanto ao próprio texto constitucional. Mas que decorre de um influxo sistêmico, propiciado pela convergência quanto aos institutos do processo civil, também é coisa que não se pode negar.

E o que não dizer da deformação propiciada pela informalização dos procedimentos, a exemplo dos Juizados Especiais Criminais? A chancela legal para a substituição da verdade material pela verdade consensuada, a possibilidade da transação penal, a própria sumariedade adotada não são elementos idôneos da unidade sistêmica, inclusive pela encampação de conceitos identificados com a *common law*, tal como o instituto norte-americano do *plea bargaining*, em que o imputado manifesta sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações “acordadas”, assim como a pena “pactuada”, ao mesmo tempo que renuncia a certas garantias processuais?

[...] sob a veste de uma legislação inovadora na processualística penal, em que impera a deformalização dos procedimentos, com adoção de princípios como oralidade e imediatidade, da concentração das provas e da instrumentalidade das formas, trouxe de embrulho matéria concernente ao direito punitivo. Estatuíram-se mecanismos de abrandamento da sanção criminal, mas também se excogitaram outros que, mediante eufemismo, pretendem tornar não penal resposta jurídica cuja essência é caracteristicamente punitiva. (AZEVEDO, 2001, p. 77).

A sumarização do processo penal, assim, serve em verdade para apontar também o impulso convergente, a despeito das críticas elencadas por Cláudia Ebling ao sustentar a inadequação dos institutos do processo civil na seara penal (2004).

4.4 O garantismo no campo do processo civil

A superação da visão de que o processo não passa de um instrumento técnico neutro destinado a reger as condutas dos sujeitos, mais ou menos indiferentes ao contexto político, passa pela intensa reciprocidade na relação de influências entre processo e Constituição, evidenciado na tendência de publicização do direito processual civil.

A celeridade, a efetividade, e a acessibilidade da prestação da tutela jurisdicional passam a ser, assim, questões de honra para o Estado, no cumprimento de seus destinos constitucionalmente estabelecidos. Como aponta Dinamarco,

[...] a instrumentalidade do processo à ordem político-constitucional é tão íntima, que o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição. Daí o caráter público dessas exigências e a fiscalização *ex officio* da sua observância. (DINAMARCO, 1996, p. 56).

O Estado social acaba por caminhar, de tal forma, no sentido da superação absoluta entre o direito público e o direito privado, entre o “reino das necessidades da vida econômica e o reino da vida política e da cidadania” (FLACH, 1997, p. 75), eis que o distanciamento de tais campos tem raízes fundas na intangibilidade da propriedade privada e da autonomia da vontade, bem como no primado da igualdade formal.

La misma frase ‘sociedade civil’, con su ínsita distinción entre sociedad y Estado, captura la paradoja de la vida vivida en dos reinos aparentemente distintos, el de lo social y el de lo político, cuando ambos reinos son jurídicos, constituidos por la ley civil. (ROSE, 1990, p. 12).

O avançar das garantias do processo civil, nesse passo, implica na cristalização dos valores expressados pelo texto constitucional, a despeito da assimilação tardia de alguns princípios, tal como reconhece Nelson Nery quando alude à mitigação da amplitude que o contraditório assume no processo civil em comparação ao processo penal, (NERY JUNIOR, 2002, p. 138). A limitação do contraditório, no processo civil, à então propagada *bilateralidade da audiência*, seja

pela crescente publicização, seja, pela noção de disponibilidade dos direitos, fruto das demandas coletivas e consumeristas, já está sendo superada, para ganhar o mesmo contorno substancial, efetivo e real que assume no processo penal.

Mais uma vez, desta quadra em transplante do processo penal para o processo civil, a ampliação do princípio do contraditório neste último serve também para atestar a aproximação dos sistemas, em claro movimento retroalimentador, que acaba por possibilitar a reafirmação material da constituição.

Paralelamente aos princípios ínsitos ao processo civil, decorrentes da aplicação hierárquica mesma, a própria atuação jurisdicional é cada vez mais marcada indelevelmente com as tintas da Constituição, o que acaba por refluir em relação ao próprio conceito sistêmico do processo, aumentando o tônus constitucional do modelo. A concepção não se resume a um enfrentamento do Direito Constitucional Processual ou do Direito Processual Constitucional, mas sim de uma análise constitucional sistêmica de uniformidade e homogeneidade em relação ao Direito Processual.

5 DAS CRÍTICAS E DOS LIMITES À TEORIA UNITÁRIA DO PROCESSO JURISDICIONAL

Tendo por substrato a evidente distinção entre o direito subjetivo envolvido no processo penal e no processo civil, a acarretar, na visão de alguns, a ausência de pretensão processual objetiva (lide) no âmbito do primeiro, tem sido tecidas contundentes e renovadas críticas à construção de uma teoria geral do processo jurisdicional, ante o aparente desinteresse jurídico próprio, titularizado, na aplicação da pena, como argumenta Walter Eduardo Baethgen:

[...] se não há direito de ninguém à aplicação da pena como tal; se esta decorre de um dever do Estado imediatamente resultante de suas próprias funções (neste particular, Cfr. Segni, Scritti Giuridici, vol. I, p. 217, nota 1); se, modernamente, esta função está afeta à iurisdictio, assim como antes cabia ao imperium, também não há direitos e obrigações que possam caracterizar uma relação processual penal. A aplicação da pena, ou a sua não aplicação, é função, por natureza própria do Estado. Não supõe, por conseguinte, à sua base, nenhum direito subjetivo. (BAETHGEN, 1978, p. 58).

Mesmo Luhmann (1980), ao tratar da problemática relacionada ao peso relativo das premissas reais e procedimentais de comportamento em relação à correção das decisões sondou acerca da dificuldade que se tem para formação de uma teoria unitária, embora reconheça os procedimentos juridicamente organizados como um dos “atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas” (LUHMANN, 1980, p. 17):

Talvez a insolubilidade deste problema constitua a causa próxima que dificultou a formação duma teoria homogênea de todos os procedimentos, juridicamente regulados, que são praticados de formas tão diversas pelas autoridades, tribunais, parlamentos, em eleições, planejamentos, aplicações jurídicas, decisões de adjudicação, etc. Nem o pensamento liberal, nem qualquer outra orientação do pensamento jurídico ou político apresentou uma teoria adequada sobre o procedimento pura e simplesmente, teoria essa que está também ausente na literatura jurídica mais especializada. (idem, ibidem).

O entendimento não impediu Luhmann de reconhecer a importância de uma “uniformidade última de pontos de vistas, uma certa homogeneidade de

preconceitos” (1980, p. 17) quando se trata de explicações sobre o direito de voto, leis orgânicas para parlamentos, gabinetes, ministérios, comitês ou sobre leis de procedimento jurídico para tribunais ou administrações, como contribuição eficaz para abolição das perturbações previsíveis.

Mas é na distinção entre procedimento e direito processual que Luhmann acaba por admitir a possibilidade da construção de uma teoria unitária, desde que embalada por diferenciação metodológica necessária:

Os esforços empregados até hoje para se chegar a uma teoria geral de procedimento separam-se conscientemente da sociologia do direito por influência de Kelsen e concebem-se como acentuadamente inerentes ao direito. Em rigor metódico, estes esforços não podem tratar do procedimento, mas sim do direito processual. As dificuldades em que tropeça um positivismo jurídico, que se funda a si próprio, como teoria, tornam-se, entretanto, evidentes. Trata-se mais ou menos de percorrer o caminho contrário e de se voltar para a sociologia e perguntar por um sistema sociológico do procedimento (e não do direito processual). Não se pode apenas tratar de conceber empiricamente o comportamento fático das partes processuais e contrastá-lo com as normas do interesse maior, as pesquisas sociológicas sobre a forma como o juiz realmente decide, quais os sentimentos que o movem e quais os interesses que o determinam, quais os fatores que desempenham um papel na eleição política ou sobre quais as influências que dirigem de forma visível ou não o andamento das negociações parlamentares; apesar disso, até agora não produziram qualquer ponto de partida para uma teoria geral do procedimento juridicamente organizado. Nem a teoria pura do direito, nem a teoria pura da realidade pode ser adequada a um tema que nas estruturas significativas previamente apresentadas e no comportamento real tenha dois pólos, que devem ser considerados como variáveis em relação um ao outro. (LUHMANN, 1980, p. 18).

E pela ausência mesmo de uma teoria unitária do procedimento como base para investigação desse gênero que Luhmann se ateve a determinadas formas de procedimento (procedimento de eleição política, procedimento parlamentar da legislação e o processo judicial) para se debruçar acerca da legitimação pelo procedimento (1980). Mas à fundamental pergunta se uma tal teoria do procedimento pode dar um estímulo político-jurídico para um aperfeiçoamento do direito processual, Luhmann preferiu deixá-la “em aberto” (1980, p. 18, n. 3).

É de Luis Eulalio de Bueno Vidigal (1982) um dos mais panfletários artigos na doutrina nacional em que se clamou pelo “abandono” da tendência de unificar o direito processual. Para ele, a partir de alguns autores alemães (Schönke, Lent-Jauernig), não há como conciliar o conteúdo da função jurisdicional civil e penal, admitindo a coincidência entre o processo penal e o processo civil “apenas em

campo limitadíssimo: na aplicação do princípio da contrariedade no processo de conhecimento” (1982, p. 44).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a partir de uma diferenciação identificada entre a jurisdição e a lide, no processo penal e no processo civil, chega mesmo a refutar terminologicamente a expressão da “lide penal” para cunhar em seu lugar o chamado “caso penal” (1998, p. 137).

Mas, na segunda parte de seu trabalho sobre o conceito de lide no pensamento de Francesco Carnelutti, afirma Calamandrei que,

[...] se com um pouco de fantasia, concebermos o processo à maneira de maquinismo por meio do qual o juiz faz convergir um fecho de luz sobre fatos até então imersos na sombra, e assim consegue ver nitidamente relações jurídicas incertas até aquele momento, será fácil entender que não se possa confundir processo, instrumento que serve para explorar e esclarecer, com a relação decidenda (mérito), que é a meta da exploração e do clareamento. Da mesma forma que não é possível confundir a lente de aumento com o objeto por ela aumentado. Ou o alvo iluminado com o raio de luz que nele se projeta. Não se nega, por isso, a legitimidade de uma distinção sistemática entre o instrumento da atividade intelectual do juiz, que é o processo, e o objeto dessa atividade, isto é, a relação substancial que deve ser atuada; entre o processo, que é o continente, e o *thema decidendum*, que é o conteúdo. (1928, apud TORNAGHI, 1987, p. 244).

Na realidade, a controvérsia jurídica, o litígio, é mesmo anterior ao processo e não pode ser em tempo algum levada a juízo. Se ali é apresentada, torna-se controvérsia judiciária, lide, cuja extensão pode coincidir com o litígio ou ser menor que a dele, se somente uma parte do litígio é levada à decisão do juiz (TORNAGHI, 1987). Daí porque o processo é sempre uma relação de Direito Público, enquanto que o litígio, antecedente, e a lide, que é objeto da decisão judicial, pode ou não ser de Direito Privado.

A diferença se torna bem clara quando se faz a distinção entre parte em sentido material e parte em sentido formal. A primeira participa da controvérsia de Direito material, mas nem sempre da ação. Carnelutti, em crítica ao trabalho de Calamandrei, recrimina o professor florentino por não haver percebido que no caso de roubo a controvérsia (de direito subjetivo) se estabelece entre o ladrão e o ofendido e não entre aquele e o Ministério Público, sendo este último sujeito na ação penal, mas não na *lide*. Segue Carnelutti mostrando que a ação é o direito de movimentar o processo, e, no seu próprio exemplo, a ação é a pólvora que faz o fuzil disparar, não é a bala arremessada. “Ver na ação a matéria sobre o qual o processo

atua é pensar que o fuzil lança a pólvora e não o projétil” (1928, apud TORNAGHI, 1987, p. 244-245).

Daí a importância da assimilação do conceito de relação processual penal, como fez o mesmo Calamandrei em suas *Instituições*, ao mostrar que a consideração do processo como vínculo jurídico explica sua unidade, apesar da variedade dos atos processuais. Sua negação representa, como assinala Helio Tornaghi, a razão pela qual os teorizadores do Direito nazista tanto se preocuparam em refutar a relação processual, exatamente por entenderem que ao acusado não assiste qualquer faculdade de defesa ligada ao direito de liberdade (1987, p. 14), como se a autoridade do Estado não pudesse e não devesse coexistir, dentro da lei, com os direitos do cidadão. “Como se não fosse função precípua do Direito”, arremata, “resolver os conflitos de interesses pela delimitação das esferas de poder e de liberdade, mercê da imposição de encargos e obrigações” (idem, ibidem).

Mas é exatamente a extensão do conceito de lide ao processo penal que tem sido o reflexo de uma proposta de uma teoria geral do processo, e, portanto, como conclui Giorgis (1991, p. 116), “da transposição ou implante de institutos privatísticos e de seus peculiares conceitos”, a despeito de negar, ao final, a assimilação pelo processo penal daquele.

Embora tecendo contundentes críticas à teoria unitária, Cláudia Marlise da Silva Alberton Ebling (2004, p. 43-45) acaba por reconhecer diversos pontos convergentes entre os princípios e as garantias do processo civil e do processo penal, tal como a imparcialidade do juiz, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, do impulso oficial, etc.

Para Florian, o processo penal é instrumento indispensável para solução das lides de natureza penal, enquanto o processo civil nem sempre é necessário para a composição das lides extrapenais (TOURINHO FILHO, 2005, p. 22), coisa que, no entanto, não é uma decorrência nem da natureza do processo – mas sim da própria lide – e nem, tampouco, serve para se negar a unidade sistêmica. Por outro lado, para Luigi Sansò, nem mesmo quanto ao conteúdo existe diferença entre os dois ramos processuais: “*Il contenuto del processo è dato dalla serie degli atti di cui esso consta; e no già – como se è visto al punto precedente dalla ‘lite’ o dalla controversia, e neppure dall’azione, dalla causa, o dal rapporto sostanziale*” (1971, p. 25). Assim também pensa Guglielmo Sabatini: “*il contenuto del processo consta... degli atti processuali...*” (apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 23).

Florian aponta, ainda, que o poder dispositivo das partes é extremamente restrito no âmbito do processo penal, contrariamente ao que ocorre no processo civil, mas tal decorre precisamente da natureza da lide envolvida, e embora nossa legislação contemple a figura da ação penal privada, cujo poder dispositivo é realçado, inclusive com a possibilidade do querelante perdoar o querelado, mesmo após a prolação da sentença condenatória, nos moldes do artigo 106, § 2º, do Código Penal. E isso sem falar na admissão da transação para as infrações de menor potencial ofensivo, que implica certamente num relevante traço do poder dispositivo.

Para Vincenzo Manzini, o princípio da verdade real, que impera no processo penal, é rigorosamente inconciliável com a verdade ficta do processo civil (1951, p. 110), coisa que, contrapõe Frederico Marques, não se dá em toda pureza naquele, esclarecendo que se um indivíduo é absolvido por não haver a mínima prova de que praticou o crime que se lhe imputa, a coisa julgada irá impedir que nova ação penal se instaure contra ele, apesar de provas concludentes, inclusive sua confissão, surgirem após o veredicto absolutório: “*res judicata pro veritate habetur*” (1999, p. 52).

Aliás, a regra da verdade real, embora intensamente reconhecida no processo penal, não é de sua exclusiva prerrogativa quando se leva em conta o artigo 130 do Código de Processo Civil, a impor ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento da parte, as provas necessárias à instrução do feito. Com efeito, anota Garcia-Velasco:

[...] no podemos considerar su búsqueda (de la verdad material) misión privativa del proceso penal sin tachar al mismo tiempo a los demás procesos de aspirantes a falsarios, pues aunque en la generalidad de éstos la posibilidad que tienen los interesados de disponer de sus derechos y la aportación de parte hagan posible que a su final surja como verdadero lo que sólo es parcialmente, o no lo es absoluto, ello no nos autoriza afirmar que esos procesos estén destinados y previstos para la creación de resultados artificiosos e inexactos; por donde, a sensu contrario, este de verdad material no puede considerarse como principio y menos como cualificador del proceso penal, lo que no impide que en él sea más fácil alcanzar la verdad, como consecuencia de las características singulares del proceso penal y siempre con las reservas consecuentes a la limitación y falibilidad humana. (1969, p. 16).

Até mesmo Eugenio Florian, após sua obra *Delle prove penale* (1924) e após o trabalho de Carnelutti, *Prove civile e prove penale* (1925), surgido em

resposta àquele, reconheceu que “as novas diretrizes do processo civil, em matéria de prova, muito o avizinharam do processo penal” (1937, apud TOURINHO FILHO, 2005, p. 24).

Também para Claus Roxin o paralelismo do processo penal com o processo civil está destinado ao fracasso, já que a pretensão penal do Estado não pode ser comparada com a pretensão do demandante no processo civil, “sino que sólo representa un circunloquio conceptual del poder de intervención estatal” (2003, p. 6). Mesmo para Roxin, contudo, é possível estabelecer uma série de conceitos gerais de direito processual como, por exemplo, o objeto processual ou a coisa julgada, formal ou material; mas uma definição plena de sentido só pode ser aferida no marco do direito processual correspondente, “mientras que un concepto superior común resulta demasiado abstracto y, por ello, nada aportaría a la tarea de administrar justicia” (idem, ibidem).

Jorge de Figueiredo Dias aponta a existência de “obstáculo intransponível à realização do sonho” de uma certa corrente da ciência jurídica que pretendia eleger, dentre a multidão de normas constitutivas dos diversos tipos de processo, aquelas que haviam de formar o objeto de uma nova ciência: a teoria geral do processo (2004, p. 53). Para o mestre português, a admiração da tentativa vale mais pelo esforço do que pelo resultado, pois assinala que “o tempo das grandes teorias gerais parece ser (...) um tempo definitivamente passado” (2004, p. 54):

No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização. Daí que o próprio Carnelutti (sempre tão propenso às grandes construções e teorias generalizadoras), tendo começado por ver no conceito de “lide” o elemento comum a todos os tipos processuais, que por si permitiria a construção de uma “teoria geral do processo”, tenha acabado por reconhecer em absoluto a profunda diversidade e autonomia, mesmo “científica”, do direito processual penal. Como bem nota K. Peters, a pretensa comunidade ou analogia de fins e de meios nunca ultrapassaria o domínio puramente formal, além de que iria por certo, não poucas vezes, fazer violência à necessária autonomia funcional e teleológica de cada tipo. O que é tanto mais perigoso quanto, sendo o arguido “a nota viva, o elemento verdadeiramente caracterizador (do processo penal), a sua autonomia não pode deixar de exigir que todo o estudo do processo penal seja colocado e conduzido de modo completamente autónomo” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 55).

A conclusão pessimista de Figueiredo Dias não o impediu de reconhecer o “altíssimo valor de uma consideração comparatista” dos diversos tipos de processo,

levada a cabo ou como hipótese geral de investigação ou a propósito de singulares problemas processuais (idem, ibidem), a revelar com inequívoca clareza de que maneira os diferentes processos são, no fundo, determinados pela especificidade do objeto processual e como é este quem acaba por coordenar o amálgama geral e a regulamentação própria de cada tipo de processo. Sob tal enfoque, surge o processo civil, então, como espécie de lei subsidiária relativamente ao direito processual penal, notadamente por ser aquele que se encontra regulado de forma reconhecidamente mais minuciosa.

O reconhecimento da importância do modelo comparatista entre um e outro não impediu o mestre português de identificar marcantes diferenças na estrutura e nos princípios fundamentais entre o processo civil e o processo penal, embora embalado, entre outras razões, pela superada impossibilidade de disposição, através de transação ou renúncia, do objeto do processo penal – coisa que, se não foi extirpada por conta do procedimento instituído pelos Juizados Especiais Criminais, ao menos sofreu severa mitigação.

Aury Lopes Jr. (2007), advogando o abandono da teoria geral do processo, e inspirado no genial artigo de Carnelutti intitulado “Cenerentola” (1946) – a “Cinderela”, da conhecida fábula infantil, aponta que o processo penal “segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de contentar-se com as sobras das outras duas” (2007, p. 33) (a ciência do direito penal e a ciência do processo civil), a ponto de perguntar: “quando Cinderela terá suas próprias roupas?” (idem, ibidem):

Mas o problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para a sua irmã (não para ela). A irmã favorita, aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.

Tinha razão BETTIOL, como reconhece CARNELUTTI, de que assistimos inertes a um pancivilismo. E isso nasce na academia, com as famigeradas disciplinas de “Teoria Geral do Processo”, tradicionalmente ministradas por processualistas civis que pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e um discurso completamente viciado. (LOPES JR., 2007, p. 33-34).

Para Lopes Jr., o processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo de quem não tem, do excluído, a contribuir com o estigma da gata borralheira. Enquanto que o processo civil trata do ter, o processo penal trata da liberdade: “trata-se de voltar para casa ou

ser encarcerado” (2007, p. 35). Como adverte Carnelutti, é com a liberdade o que verdadeiramente se joga no processo penal. “Al juez penal se le pide, como al juez civil, algo que nos falta y de lo cual no podemos prescindir; y es mucho más grave el defecto de libertad que el defecto de propiedad” (1946).

Significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo. Para o autor, tanto ao juiz penal como ao juiz civil compete dar a cada um o seu. A (imensa) diferença está em que no penal é dispor do próprio “ser”, ao passo que no civil é o “ter”. (LOPES JR., 2007, p. 36).

Nesta esteira, adverte ainda Juarez Cirino dos Santos que o processo penal não se constitui processo de parte livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominada pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual -, “mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade dos fatos criminosos e punir os autores considerados culpados” (2006, p. 655).

A conclusão que chega Aury Lopes é que a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) são elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e processo penal, a impor um “basta” na teoria geral do processo (2007, p. 36).

Mas as críticas que se teceram à teoria unitária – contundentes, relevantes – ignoraram a vertente constitucional que se espraiava torrencialmente em relação aos sistemas processuais e ao próprio exercício da jurisdição, fruto da tardia assimilação pelas Constituições ao redor do mundo do *direito de ação*, que se deu primeiramente apenas em 1947, com a Constituição Italiana, e em 1949 pela Constituição da República Federal da Alemanha (BAETHGEN, 1978, p. 40).

Se antes disso, e ainda há pouco tempo atrás, era possível uma compreensão autônoma e hermética dos ramos processuais, a partir da imposição constitucional passou a ser exigido um trilhar de mão dupla na compreensão dos institutos, coisa que só se faz na medida em que se aumenta o tónus constitucional e a influência comum que propicia relativamente aos sistemas. Não há mais como se ler a Constituição a partir do Código de Processo, para se inferir incompatibilidades e divergências insuperáveis. A matriz mudou, e mudou em decorrência de uma

mesma fonte, de modo que a estrutura compartimentalizada só pode prosperar a partir dos efeitos e das consequências que logra induzir, mas não a partir da origem.

Embora as críticas não subsistam, e se baseiem numa “série de equívocos que precisam ser desfeitos”, como o disse José Frederico Marques (1999, p. 23), é ainda necessário que se estabeleçam limites à proximidade entre os institutos processuais, cujo marco se encontra na vinculação entre as garantias fundamentais a serem resguardadas, mais uma vez de índole constitucional.

Os riscos envolvidos podem ser identificados pela descoloração e pela sumarização do processo penal, com acentuadas consequências em decorrência do abandono de um viés garantista, de um lado, e de outro, pela apropriação do conceito de *direito penal do inimigo*, pelo processo civil, num rasgo de pseudo-efetividade transplantado em decorrência das prementes necessidades sociais e do imperativo da opinião pública (ou opinião publicada). A retroalimentação não pode se dar de modo a desprezar por completo o direito subjetivo envolvido – como, por exemplo, com a temerária responsabilização penal objetiva ou presumida -, mas sim num movimento de mútuo aproveitamento, pautado no resguardo das conquistas históricas do processo como mecanismo de solução de conflitos.

Apenas a partir de um mutualismo virtuoso é que a proximidade dos sistemas pode servir para o aprimoramento recíproco dos sistemas processuais, para que não se tenha a mera contaminação dos vícios e dos entraves que processo penal e processo civil carregam, e de modo a se contribuir com a assimilação cada vez mais marcante da jurisdição de índole constitucional.

6 CONCLUSÃO

Dado o reconhecimento dos elementos que apontam para a convergência dos modelos processuais, embalado pela cantiga constitucional, apresentam-se, então, evidentes vantagens para o sistema, de modo que sua consolidação não deve ser repelida.

A primeira e mais importante razão para a utilidade da superação da dicotomia está exatamente na retroalimentação do circuito constitucional, que ao mesmo passo em que irradia sua dimensão normativa, aproximando e não distanciando o processo penal do processo civil, também se reafirma como núcleo duro do ordenamento, na medida em que se serve da ressonância obtida para manter constante a força centrípeta necessária à sua legitimidade, validade e plenitude (PEGORARO JUNIOR; SOUZA NETTO, 2009).

A segunda vantagem na afirmação unitária do sistema está na recíproca possibilidade de aproximação, comparação e fusão dos institutos, nutrindo-se mutuamente de elementos aptos a darem suporte à regulamentação do exercício de uma das funções capitais do Estado moderno, que é o poder jurisdicional.

Se é verdade que o Direito Processual Penal vem recebendo seiva do Direito Processual Civil, não é menos verdade que este encontrou naquele a substância publicística melhor preparada para sua construção sistemática (GIORGIS, 1991, p. 80).

Ora, se a prestação jurisdicional tem como precípuo escopo a garantia da efetividade do exercício dos direitos e deveres inerentes ao Estado Democrático de Direito, então, a proximidade dos modelos só tende a revelar a concatenação de esforços em tal sentido, superando o viés autonomista, senão mesmo autista, que se apregoava enquanto em voga o discurso pluralista dicotômico.

Assim é que, cada vez mais, se faz necessária uma modificação da configuração sistêmica e organizativa das práticas judiciais, tendo em vista o descompasso existente entre elas e as realidades sociais que hoje o mundo experimenta. Daí que para Souza Netto,

Se não for afastada da operacionalidade do sistema a mentalidade tradicional e burocrática das estruturas arcaicas, inconcebíveis para a realidade do milênio, com uma mudança radical dos vetustos hábitos mentais, o Direito continuará a ser obstáculo à transformação da sociedade. Uma das características da sociedade atual é o surgimento de algo novo que obriga a revisão dos referenciais sobre o próprio ordenamento jurídico.

(...)

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária.” (SOUZA NETTO, 2008, p. 5)

O conceito de sistema no direito caracteriza-se pela pluralidade de sentidos, possuindo como denominador comum a idéia de um objeto complexo formado de componentes distintos que se ligam entre si, “numa relação para formar um todo unitário”, como alude Souza Netto (2008, p. 5), sendo que o sistema processual relaciona-se com os próprios fins do processo e, principalmente, está em consonância com os fundamentos políticos inseridos nas normas constitucionais.

O estabelecimento e a consolidação do Estado Democrático de Direito sobrepôs um novo manto de jurisdição constitucional sistêmica que se estende sobre os processos civil e penal (LIBRELON, 2009). Na medida em que o processo não pode se desligar do procedimento, sua íntima ligação de natureza constitucional tende mesmo a se evidenciar, já que o procedimento assume a feição de proteção dos direitos fundamentais em cada caso concreto, seja penal, seja civil. Mais do que a proteção do direito substantivo, o processo tem agora, e cada vez mais, que tutelar os direitos e as garantias fundamentais, atendendo aos fins democráticos conferidos ao Estado-juiz e que se encontram expostos na Constituição da República (MARINONI, 2007).

A experiência que mantém cada ramo em sua individualidade, tendo o processo penal clara vocação para atuar em relação ao *ser*, enquanto que o processo civil em relação ao *ter*, pode ser aproveitada em sua condição de mutualismo, ofertando a cada um, de modo recíproco, a solução para o problema da prestação da atividade jurisdicional, propriamente, garantido a consecução de um processo justo, eficaz e célere.

Por fim, a aproximação dos sistemas numa visão unitária também implica no aumento exponencial das garantias, já que, mais uma vez voltados à matriz constitucional, refutam a construção de teorias que se ignorem ou que se contradigam, de modo a catalisar a assunção de princípios comuns tendentes a

prestigiar a dimensão final, humana, da construção do bem comum a partir da jurisdição, num círculo virtuoso que congrega esforços no afã da concretização dos fundamentos da República.

O processo, afinal, não escapa das discussões mais candentes de nosso tempo, enfrentando o problema da crise das fontes, com os desdobramentos de descodificação e inflação legislativa, que não servem para otimizar a operação lacunosa e antinômica entre os sistemas, afetando até mesmo o debate acerca da determinabilidade, do significado e do alcance dos valores constitucionais. Mas a partir da consideração de seu *telos*, reconhecendo a jurisdição constitucional como vertedoura de sua edificação dogmática, cabe realizar a delicada engenharia da harmonização dos sistemas, numa perspectiva de diálogo entre o processo civil e o processo penal, em que a efetividade e a instrumentalidade sejam traços comuns da prestação jurisdicional.

O caminho que o ordenamento trilhou até sua atual constitucionalização não foi em vão. Ele se deu tendo por postulado o reconhecimento de um astro-rei, a Carta Magna, irradiando seus efeitos de modo constante por todo o sistema, e, embora a construção histórica metodológica tenha optado pela especialização e pela autonomia dos modelos processuais, sua releitura unitária reabre a concreta possibilidade do reconhecimento de que a mecânica da prestação jurisdicional tem fonte comum, e, como tal, não pode implicar em resultados dissonantes.

A tal neocentrismo, com o papel sempre renovado da Constituição como o Sol atraindo os sistemas e exercendo sua influência irresistível, logra aproximar o processo penal do processo civil e vice-versa. O reconhecimento de tal convergência acaba por influir na percepção, ao reverso, das suas próprias divergências, e, como tal, propiciar a atuação da força motriz constitucional na consecução da prestação da jurisdição de modo equânime e equalizada com a operacionalização da argamassa necessária para seu pleno funcionamento, como células que mantêm a sinapse em atividade e que, com isso, se prestam a reconhecer, ao final, a centralidade do homem e de sua busca pelo bem comum como móvel de toda a atividade estatal.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Guilherme Schroeder. **Sistema processual penal acusatório e o juiz no processo penal**: pressuposto de (in)efetividade. 2008. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- AGRA, Walber de Moura. Luhmann e a legitimação da jurisdição constitucional. **Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais**. Disponível em: < <http://www.ibec.inf.br/walber2.pdf> >. Acesso em: 21 fev. 2010.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. De Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 217, jul/set 1999.
- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **O direito como sistema autopoiético**. Seminário apresentado para cadeira de Teoria do Direito, no Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro, 2004, p. 20. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc>, acesso em 26 mar 2009.
- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALTAVILA, Jayme. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone Editora, 1989. 301 p.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, vol. I. 364 p.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- AZEVEDO, David Teixeira. **Atualidades no direito e processo penal**. São Paulo: Editora Método, 2001. 215 p.
- BAETHGEN, Walter Eduardo. Contra a idéia de uma teoria geral do processo. **Revista interamericana de direito processual penal**. Porto Alegre, ano III, n. 12, p. 38-63, out./dez. 1978.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; e ALMEIDA, Fabrício Santos. A dicotomia do processo penal e do processo penal militar face a uma teoria geral do processo. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, Belo Horizonte, 2007. Disponível

em

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/fabricio_santos_almeida.pdf>, acesso em 27 mar 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>, acesso em 13 nov 2005.

BATISTA, Eurico. Anteprojeto do CPC prevê recurso único. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em: 27 fev. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 142 p.

_____. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 142 p.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília : UNB, 1999.

_____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. 202 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti**, Padova, vol. secondo, 1950, p. 487-511.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003. 152 p.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, acesso em 27 mar 2009.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARAM JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Rivista di diritto processuale**. Pádua: CEDAM, 1946, v. I, pp. 73-75.
- _____. **Lecciones sobre el proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosh y Cia. 1950, v. 1.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantia: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **La acción en el sistema de los derechos**. Bogotá: Editorial Temis, 1986. 157 p.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, 384 p.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 87-146.
- COLEÇÃO COMISSÕES. COMISSÃO DOS ADVOGADOS INICIANTEs. Curitiba: OAB/PR, v. 9. ISSN 978-85-60543-02-1.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. **Lições de teoria geral do processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1997.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000. T. I, 470 p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. 164 p.
- _____. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.
- _____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 292 p.

- _____. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**, nº 175, junho/2007.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993a.
- COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993b.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. Curitiba: Juruá, 2003. 512 p.
- _____. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986. 556 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. v. I. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo : RT, 1987.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. 495 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- DOTTI, René Ariel. **Prefácio ao Código de Processo Penal**. 8ª Ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 1987.
- DUTRA, Nancy. História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11192>>. Acesso em: 10 ago. 2009.
- DWORKING, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria geral do processo: uma crítica à teoria unitária do processo através de uma abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 181 p.
- FALCONE, Marconi. Jurisdição constitucional: a legitimação jurídico-política das decisões do STF pelo procedimento. **Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais**. Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/marconi.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas : Bookseller, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa**. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal – Clássicos Jurídicos**. 1ª ed. (1974). Reimpressão. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

FLACH, Norberto. Convergências e divergências entre processo civil e processo penal. In: OLIVEIRA, C. A. A. (Org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: 2007. p. 67-86.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, s.d.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001

GARCIA-VELASCO, M. I. **Curso de derecho procesal penal**. Madri: Ed. Universidad de Madrid, 1969.

GEMELLI, Inês. **Manual de normas e padrões para elaboração de documentos científicos da UNIPAR**. Umuarama : Universidade Paranaense, 2008. 132 f.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813 p.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A lide como categoria comum do processo**. Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora, 1991. 123 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 2003. 644 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria geral do processo**. Disponível em <http://www.lfg.com.br/material/Texto_profada_Ada_18_02.pdf>. Acesso em: 10 ago., 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137, jan/mar 1998, p. 20. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf>, acesso em 27 mar 2009.

_____. O direito como sistema autopoiético. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, nº 263, p. 185-196, 1991.

- GUIMARÃES, M.; LARA, L. C. (Org.). **Advocacia iniciante e os novos rumos do direito : prática da advocacia**. Curitiba: Artes & Textos, 2008, 464 p.
- HABERMANS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JARDIM, Afrânio. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2005, 948 p.
- KUNZLER, Caroline Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Estudos de Sociologia, Araraquara, 16, 123-136, 2004. Disponível em <http://www.fclar.unesp.br/soc/revista/artigos_pdf_res/16/07kunzler.pdf>, acesso em 26 mar 2009.
- KYLE, Linda Dee. Transação penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2007, 198 p.
- LACERDA, Galeno. Considerações sobre a reforma processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 355, p. 7-19, maio 1965.
- LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 267 p.
- LIBRELON, Ariel César. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal e no processo civil**. 2009. 58 f. Monografia (Especialização) – Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. L'azione nella teoria del processo civile. **Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti**, Padova, vol. secondo, 1950, p. 425-454.
- LOPES JR., Aury. **Direito processo penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2007, v. I, 691 p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 4. ed. 3. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 409-439.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo : Martins Fontes, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Sequência**, nº 28, junho, 1994, p. 1-14.

_____. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Barcelona : Anthropos, 1998.

_____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252p.

_____. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. 212 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2001.

MADEIRA, Hécio Maciel França. Digesto de Justiniano. Liber Primus. **Introdução ao Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2002.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal argentino**. T. I, vol. a (fundamentos). Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MANZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal**. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Cadernos jurídicos da OAB/PR**. Curitiba, nº 03, p. 1-3, jun. 2009.

_____. **Teoria geral do processo**. vol. 1, 2ª. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998.

MARIOTTI, Humberto. **Autopoiese, cultura e sociedade**. Disponível em <<http://www.geocities.com/pluriversu/autopoies.html>>, acesso em 26 mar 2009.

MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p 171-189.

- MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1956.
- _____. **Elementos de direito processual penal**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- _____. **Instituições de direito processual civil**, vol. I. Campinas: Millennium, 1999. 512 p.
- _____. **Manual de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. Campinas: Millennium, 1998.
- _____. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo : Saraiva, 1980, vol. I.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus Editora, 2008.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 497 p.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 265 p.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo : Saraiva, 1988.
- NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado em Sociologia apresentado perante a USP. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154>>, acesso em 26 mar 2009.
- NICOLA, Daniela R. Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann. **Paradoxo da Auto-Observação**. Leonel Severo Rocha (org.). Curitiba : JM Editora, 1997.
- NOSETE, José Almagro. **Constitución y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1984.
- Novos direitos e normas para prisão. **Jornal do Senado**, Brasília, 3 ago 2009, p. 5. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/090803.pdf>. Acesso em 15 ago. 2009.

- PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro: desde a origem até o advento do novo milênio**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 430 p.
- PADILLA, Luiz R. Nuñez. Chiovenda, jurisdição voluntária e processo penal. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 21, nº 81, p. 233-239, jan./mar., 1996.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro. Das origens lusas à escola crítica do processo**. Barueri: Manole, 2002. 372 p.
- _____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Tamboré: Editora Manole, 2003. 259 p.
- _____. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED – Editora de Direito, 1999. 214 p.
- PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto; SOUZA NETTO, José Laurindo de. O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional. In: XVIII Encontro Nacional do Conpedi, 2009, Maringá. **Anais do [Recurso eletrônico]**. ISBN: 978-85-7840-023-1.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997.
- PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 21, nº 81, p. 141-145, jan./mar., 1996.
- RAMOS, Edla M. R. **O trabalho de Humberto Maturana e Francisco Varela**. Disponível em <<http://www.inf.ufsc.br/~a.c.mariani/autopoiese/maturana-edla.html>>, acesso em 26 mar 2009.
- ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra, v. 1, p. 1033-1035, 2008.
- ROSE, Gillian. **Dialéctica del nihilismo: la idea de la ley en el pensamiento postestructuralista**. México: FCE, 1990.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, 632 p.
- SAAVEDA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexi, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. 163 p.
- SANSÒ, Luigi. **La correlazione tra imputazione contestata e sentenza**. Milão: Giuffrè, 1971.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1980-1981, v. 1. 384 p.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1. vol. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 387 p.

SATTA, Salvatore. Il formalismo nel processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano XII, n. 4, p. 1141-1158, dez. 1958.

SCARPARO, Eduardo Kochenboeger. **A dicotomia público-privado no direito processual civil**. Disponível em <<http://scarparo.adv.br/artigos/dicot.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Flávio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **O interesse de agir e sua (in)adequação ao direito processual penal**. 2008. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. A formação de juízes como imperativo ético. **Estado do Paraná**, Direito e Justiça. Curitiba, 11 mar. 2007 (a).

_____. **A qualificação dos juízes para a formação do convencimento motivado diante da súmula vinculante**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/16308/15872>>, acesso em 11 abr 2009.

_____. A Súmula Vinculante e o convencimento motivado do juiz. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 17 mar 2007 (b).

_____. **Processo penal sistemas & princípios**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

_____. Sistema de aplicação de medidas socialmente úteis como substitutivo penal para as infrações de menor potencial ofensivo. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XX, n. 541, p. 5-10, dez. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF: RE e AI - % distribuição**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 281 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, vol. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 667 p.

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; e TUCCI, José Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil – do antigo ao novo código**. Coimbra: Almedina, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Estudos Históricos**, vol. 9, nº 18, 1996, p. 263.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Porque unificar o direito processual? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 27, p. 40-48, jul./set. 1982.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – CIVIL LAW E COMMON LAW. **Informativo do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica**, Curitiba, nº 15, Ano VII, set. 2009. Disponível em: <<http://www.wambier.com.br/ldeiasOpinioes/n15-out2009.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Um novo código de processo civil. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 8 fev. 2010, Direito e Justiça. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/426398/?noticia=UM+NOVO+CODIGO+DE+PROCESSO+CIVIL>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 4. ed. 3. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 464p.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)