

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO PENAL

PROCEDURAL CRIMINAL LAW: AND CHARACTERISTICS

*Sérgio Araújo*¹

Resumo

É no processo penal que melhor percebemos as relações existentes entre o homem e o Estado. Se encontrarmos um processo criminal iníquo, com procedimentos arbitrários, prepotentes, é evidente que estaremos em face de um Estado ditatorial, déspota. Se, ao contrário, o processo for constituído por um procedimento que tenha em mira salvaguardar da maneira mais completa possível a dignidade da pessoa humana, estaremos em face de um Estado democrático. O presente estudo visa demonstrar que a característica que define o processo penal é a existência no procedimento da garantia do contraditório.

Palavras-chaves: Processo Penal. Definição. Características.

Abstract

It is the Criminal Procedural Law that best realize the relationship between man and the state. If we find a criminal wicked, with arbitrary procedures, boastful, it is clear that we are facing a state dictatorial despot. If, however, the process is composed of a procedure that takes aim safeguard the fullest possible human dignity, we are in the face of a democratic state. This study aims to demonstrate that the defining characteristic of the criminal procedure warranties is in existence contradictory.

Keywords: Criminal Procedural Law. Concepts. Characteristics.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É no processo penal que melhor percebemos as relações existentes entre o homem e o Estado. Se encontrarmos um processo criminal iníquo, com procedimentos arbitrários, prepotentes, é evidente que estaremos em face de um Estado ditatorial, déspota. Se, ao contrário, o processo for constituído por um procedimento que tenha em mira salvaguardar da maneira mais completa possível a dignidade da pessoa humana, estaremos em face de um Estado democrático.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Brasil. Doutor em Direito pela UFMG. Ex-presidente da Comissão de Especialistas de Ensino do Direito da SESu/MEC.

O processo penal é o instrumento que a civilização construiu para o escoamento um conflito de interesses muito peculiar: o conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade. Não se trata de uma questão fácil. Não se cuida de aplicarmos aquela máxima segundo a qual o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Aqui estão presentes dois interesses igualmente fortes e importantes. Se o interesse repressivo diz respeito a toda a sociedade; de vez que o crime rompe com as condições de estabilidade no meio social, não é menos verdade que a sociedade tem interesse na efetiva tutela do direito de liberdade. A liberdade não interessa apenas ao acusado num processo criminal. A liberdade humana é o maior fenômeno do Universo, e o direito (o direito processual em particular) é a ciência que tem em mira garanti-la e assegurá-la.

Na doutrina tradicional encontramos as seguintes elaborações sobre o Direito Processual Penal: “É aquela parte do direito que

regula a atividade tutelar do Direito Penal (Beling). O processo penal é o meio pelo qual se compõem as lides de natureza penal.” É de se observar que o Direito Processual Penal compreende também a persecução fora do juízo, e, por isso, conceitua-o Frederico Marques como o “conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos da jurisdição e respectivos auxiliares bem como da persecução penal.” (TOURINHO FILHO, 1989, p. 27). Para nós, a nota característica para definir o processo penal é a existência no procedimento da garantia do contraditório.

2. ORIGEM

Leciona Vicente Greco Filho que o processo autêntico surgiu quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do Direito reconhecendo o interesse público em si mesmo (GRECO FILHO, 1993, p.

4.). O emprego da força devia ter sido a forma mais usual para a solução do conflito, leciona Tourinho Filho: “Era a ‘autodefesa’. Mas, sobre ser uma solução egoísta, era por demais perigosa, pois às vezes, como preleciona Alcalá-Zamora, o ofendido podia ser mais fraco que o autor do ataque e, assim, longe de obter a reparação do delito ou do dano sofrido, podia experimentar um novo e mais grave ataque. E se o prejudicado não reagisse? E se por ele ninguém assumisse a defesa-vingança? A justiça privada se traduziria em impunidade (cf. *Derecho procesal penal*, v. 1, p. 10). É até hoje, conforme observa Calamandrei, ante a ausência de um poder supra-estatal capaz de impor com a força as próprias decisões aos Estados, a *extrema ratio* para resolver os conflitos é a guerra. Assim, também, na co-associação primitiva, o único meio de defesa residia na força. Mas evidente que a violência armada, o emprego da força, ‘como meio de defesa do direito, implica a negação de todo o direito e de toda

convivência social pacífica’. Mais: seria uma temeridade deixar aos próprios interessados a incumbência de resolverem por si sós os próprios conflitos, porquanto fiaria ‘excluída a possibilidade de uma decisão imparcial’. Poderia haver excessos. E se um dos litigantes fosse mais fraco? Haveria então impunidade. Acentue-se com Calmon de Passos: ‘Onde a decisão do conflito se entrega à força dos competidores, o mais forte tem sempre razão’ (TOURINHO FILHO, 1989, p. 7-8)”.

3. O MONOPÓLIO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Era preciso, destarte, que a composição, a solução do litígio (e por solução de litígio se entende a aplicação da vontade concreta da lei, fazendo prevalecer o interesse tutelado pelo direito), se fizesse de maneira pacífica e justa. Era preciso, também, que tal função (a de solucionar o litígio) ficasse a cargo de um terceiro. Mas quem, no meio social, poderia desincumbir-se

de tal mister? Não bastava ser um terceiro, um árbitro enfim. Era preciso, antes de mais nada, que se tratasse de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes. Como se percebe, somente o Estado é que podia ser esse terceiro. Então o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu. Os litígios afetavam e afetam sobremaneira a segurança da ordem jurídica, e, assim, para manter a ordem no meio social, para restaurar a ordem jurídica quando violada, a justiça – arte de dar a cada um o que é seu – passou a ser exercida, administrada pelo Estado...

Hoje, portanto, somente o Estado é que pode dirimir os conflitos de interesses. Daí dizer Graf Zu Dohna que o Estado detém o monopólio da administração da justiça. E tanto isso é exato que em todas as legislações existe norma semelhante àquela do art. 345 do nosso

Código Penal: ‘É proibido fazer justiça com as próprias mãos, embora a pretensão seja legítima.’ Só o Estado, e exclusivamente o Estado, é que pode administrá-la. Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surge-lhe o dever de garanti-la. Desse modo, se apenas o Estado é que pode administrar justiça, solucionando os litígios, e ele o faz por meio do Poder Judiciário, é óbvio que, se alguém sofre uma lesão em seu direito, estando impossibilitado de fazê-lo valer pelo uso da força, pode dirigir-se ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, e dele reclamar a prestação jurisdicional, isto é, pode dirigir-se ao Estado-juiz e exigir dele se faça respeitado o seu direito. A esse direito de se invocar a garantia jurisdicional chama-se direito de ação. Por essas razões é que o Estado põe, à disposição de todos nós, os órgãos próprios da administração da justiça (são os juízes), a fim de solucionarem os litígios que os interessados levarem ao seu

conhecimento. O direito de ação encontra, pois, seu fundamento na proibição de fazer justiça com as próprias mãos. Só o Estado, por meio do Poder Judiciário, é que pode fazer justiça, dando a cada um o que é seu. Aí está a *ratio essendi* do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: ‘A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito’ (TOURINHO FILHO, 1989, p. 8-9).

4. O PROCESSO

Mas de que maneira o Estado procede à composição da lide? De que maneira o Estado consegue dirimir os conflitos de interesses? Por meio do *processo*. Este nada mais é senão forma de composição de litígios. Em sua etimologia, a palavra *processo* traz a idéia de ir para frente, de avançar. [...] Nele se desenvolve uma série de atos coordenados visando à composição da lide, e esta se compõe, fica solucionada, quando o Estado, por meio do juiz, depois de devidamente instruído com as provas

colhidas, depois de sopesar as razões dos litigantes, dita a sua resolução com força obrigatória. O processo é um complexo de atos que se sucedem, coordenadamente, com um objetivo comum, com uma *causa finalis*: a solução, a composição da lide.”(TOURINHO FILHO, 1989, p. 10)

É preciso esclarecer desde logo que o processo não se confunde com a situação de direito material. É justamente esta distinção que permitiu a autonomia e o desenvolvimento científico do direito processual. “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”(GONÇALVES, 1992, passim.).

A situação de direito material não é pressuposto do processo. “A situação de

direito substancial comparece nos atos do processo, mas não como pressuposto desses atos e sim como objeto de alegações e provas, como conteúdo do contraditório”(GONÇALVES, 1992, p.158-159). A existência do direito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmada ou negada pela sentença, “sem que se necessite indagar sobre a existência útil ou inútil do processo. Este cumprirá sua finalidade ao chegar a seu final com a participação das partes, participação revestida da garantia do contraditório, quer se confirme a existência do direito, da lesão ou da ameaça, quando o provimento será emitido, mas a medida jurisdicional requerida será rejeitada”(GONÇALVES, 1992, p.165).

5. O JUS PUNIENDI

O Estado, por meio do Direito Penal tutela o patrimônio político da sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física é exemplo de bem jurídico. Como leciona Tourinho Filho,

“tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é o que se chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social” (TOURINHO FILHO, 1989, p. 11).

Mas não será o próprio particular quem terá o alvedrio de aplicar a sanção ao transgressor da lei. “Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica e, assim, corresponde ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos, tomar a iniciativa *motu próprio*, para garantir, com sua atividade, a observância da lei. Por essa razão, quando se comete uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, a par da lesão sofrida pela vítima, porque os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o *jus*

puniendi, o direito de punir os infratores, o direito de poder impor a *sanctio juris* àqueles que descumprirem o mandamento proibitivo que se contém na lei penal corresponde à sociedade.

Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima e, por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência e conservação...

Como a sociedade, assim entendida, é uma entidade abstrata, a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes. O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o

jus puniendi num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a ‘pretensão punitiva’. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a infligência de pena. A pretensão punitiva surge, pois, no momento em que o *jus puniendi in abstracto* se transfigura no *jus puniendi in concreto*.” (TOURINHO FILHO, 1989, p. 12-13).

6. A LIDE PENAL

Observa-se, aqui, um fenômeno interessante: com o simples surgimento da *pretensão punitiva* forma-se a lide penal. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal,

deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o *jus libertatis* do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a lide penal, por meio do binômio: direito de punir *versus* direito de liberdade. (TOURINHO FILHO, 1989, p. 13).

São estes os dois interesses, igualmente importantes, igualmente fortes, pelos quais o Estado é chamado a regular no processo penal. De um lado, o interesse da sociedade que exige e postula a pronta e imediata repressão ao crime; de outro, o interesse não menos importante, o interesse do acusado de fazer valer o seu direito de liberdade, que é também um interesse da sociedade.

7. O PROCESSO PENAL COMO CONCEPÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É sabido que o Estado realiza seu direito de punir através do processo, instrumento de que se vale

para impor a pena ao infrator da norma penal. Mas se o Estado é o titular exclusivo do *jus puniendi*, se somente ele pode impor sanções penais, por que necessita ele de recorrer a esse instrumento? Como indaga Tourinho Filho, mas, se o Estado é o titular único e exclusivo do direito de punir, por que razão necessita ele de recorrer às vias processuais para demonstrar o seu direito de punir, abdicando de sua soberania? Não lhe seria mais fácil e mais cômodo auto-executar o seu poder repressivo? E, assim procedendo, a repressão ao criminoso não seria feita com mais rapidez e mais energia? [...] Da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social, se se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem, pelo uso da força, seus litígios, também e principalmente no campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número sempre crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a

cometer. Quem poderia viver num Estado em que a repressão às infrações penais, a imposição da pena ao presumível culpado ficasse a cargo exclusivo do próprio titular do direito de punir? Pondo os olhos nessa realidade incontrastável, o Estado, então, autolimitou o seu poder repressivo (TOURINHO FILHO, 1989, p. 13).

O poder não se exerce sem limites. A atuação do Estado, hoje em dia, deve submeter-se à força da lei: num Estado, que se pretende de Direito, a atuação mencionada deve afastar o arbítrio e submeter-se às normas e princípios jurídicos. Na prática, o que engrandece o Direito é que, a essa pretensão punitiva, o agente do fato pode opor-se a que se lhe altere o *status libertatis*, surgindo daí um conflito ou uma lide, que somente poderá ser decidida pelo Judiciário, punindo ou mantendo o estado de liberdade do cidadão. Quando se afirma que somente o Estado-Juiz pode decidir, é porque no

Estado Democrático de Direito não há crime sem lei anterior (*nullum crimen sine lege*), e porque ninguém pode ser punido sem julgamento (*nulla poena sine iudicio*).” (VARGAS, 1992, p. 69).

No Estado Democrático de Direito as garantias da sociedade e dos indivíduos em particular estão dentro do próprio Estado. Elas limitam a atuação dos órgãos estatais, protegendo a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial, pois “são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos” (SILVA, 1989, p. 355).

8. O DIREITO PENAL COMO DIREITO DE COAÇÃO INDIRETA

O Direito Penal, pois, não é um direito de coação direta. Embora o Estado detenha o direito de punir, ele próprio

não pode executá-lo. Ele se submete, assim, ao império da lei. Em suma: embora o Estado detenha o *jus puniendi*, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força (TOURINHO FILHO, 1989, p. 13).

A história revela quão trágico foi o abuso por parte do Estado em relação ao seu direito de punir. Michel Foucault assevera que se quisermos conhecer a verdadeira personalidade de um Estado basta que tenhamos acesso aos processos criminais arquivados no seu Poder Judiciário. Lá encontraremos sentenças iníquas, sentenças determinando a força, o esquiteamento, a mutilação, o açoite. No processo penal se revela o verdadeiro caráter de um Estado. É por isso que o Estado Democrático de Direito desconfia do seu próprio poder, dos abusos e arbitrariedades que poderá cometer e por isso se submete ao império da lei.

Reconheceu, pois, o Estado que o processo, mesmo para as relações jurídico-penais, é fator

indispensável, porquanto visa proteger os cidadãos contra os abusos do poder público. E é porque todo o manejo do poder envolve a possibilidade de abusos que o próprio Estado reconheceu a necessidade de que a pena se aplique mediante um processo (TOURINHO FILHO, 1989, p. 13-14).

Falando da limitação do direito de punir, disserta Magalhães Noronha: “Esse direito estatal não é, entretanto, ilimitado. Nas sociedades civilizadas vige, em regra, o princípio da reserva legal – *Nullum crimen, nulla poena sine lege* –, que limita o direito de punir. O conjunto das normas incriminadoras constitui, então, o direito objetivo, que circunscreve ou delimita o *jus puniendi*. Com efeito, ao mesmo tempo em que o Estado incrimina um fato, declara que não poderá punir quem não o praticar. Mas, mesmo depois de cometido o delito, não se pode discricionariamente aplicar a sanção, isto é, a pena ou consequência do crime. Esta só tem lugar mediante processo e julgamento, pois a

ação punitiva estatal atinge o *status libertatis* do indivíduo, donde a necessidade de obediência a outro princípio liberal: *nulla poena sine iudicio*. Consequentemente, deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus persequendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi* (MAGALHÃES NORONHA, 1992, p. 3).

Como escreve Tourinho Filho, as leis penais materiais descrevem as figuras típicas e cominam as respectivas sanções. As leis processuais estabelecem as regras, princípios e formalidades que devem ser observadas para se lograr a decisão do juiz. [...] Daí a elevação dos princípios *nullum crimen nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio* e *nulla poena sine iudicio* à categoria de dogmas constitucionais, como autolimitação da função punitiva do Estado. Não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal.”

(TOURINHO FILHO, 1989, p. 14).

Importante garantia, portanto, é a do juiz natural. *Nulla poena sine iudice*. Sucede que a garantia do juiz natural está ameaçada por outra também de estofo constitucional: a da liberdade de imprensa. O princípio do juiz natural, decorrência do princípio da legalidade, vem sendo burlado pela influência externa que ataca a independência do juiz. E a Constituição, a lei fundamental da República, vai sendo vulnerada, menosprezada, pois cidadãos inocentes passam a ter o *status poenalis* de condenados em face da pressão da imprensa. Os condicionamentos que os acusados sofrem são irreversíveis. É impossível uma contramensagem. A imprensa cria uma versão do fato que é difícil modificar. Assim é que cumpre relevar a importância da garantia do *nulla poena sine iudicio*, pois na realidade da vida contemporânea o primeiro juiz que está aparecendo é o da imprensa, que decreta a

condenação irreversível de cidadãos inocentes, quando a Constituição Federal está a exigir e postular que nenhuma pena poderá ser imposta senão pelo juiz, e depois de um processo regular e legal.

9. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

No Estado Democrático de Direito não se vislumbra a possibilidade de inflicção de nenhuma sanção sem que antes exista um processo regular e legal. Como ensina José Frederico Marques, uma vez que a regrado *nulla poena sine iudicio* foi acolhida pelo legislador constitucional quando estabeleceu a necessidade de processo e sentenças judiciais para a condenação penal, é óbvio que o direito de punir não é auto-executável, dependendo sempre da apreciação jurisdicional (MARQUES *Apud* TOURINHO FILHO, 1989, p. 15).

Com efeito a Magna Carta, no inciso LIV do art. 5º, proclama que “ninguém será privado da liberdade ou

de seus bens sem o devido processo legal”. Assim nenhuma pena será imposta ao réu, senão com a observância do *due process of law*.

Assevera Tourinho Filho que a imposição de pena ao pretense culpado é precedida de um regular processo presidido pelo seu juiz natural” (TOURINHO FILHO, 1989, p. 14-15). A expressão ‘devido processo legal’, oriunda da Magna Carta de 1215, diz Ada Pellegrini Grinover, indica o conjunto de garantias processuais a serem asseguradas à parte, para a tutela de situações que acabam legitimando o próprio processo” (GRINOVER, 1981, p.13). O Estado somente poderá infligir pena ao violador da norma penal após a comprovação de sua responsabilidade (por meio do processo) e mediante decisão do órgão jurisdicional. [...] Assim, quando alguém comete uma infração penal, o Estado, como titular do direito de punir, impossibilitado, pelas razões expostas, de auto-executar seu direito, vai a juízo (tal qual o particular que teve

seu interesse atingido pelo comportamento ilícito de outrem) por meio do órgão próprio (o Ministério Público) e deduz a sua pretensão. O juiz, então, procura ouvir o pretense culpado. Colhe as provas que lhe forem apresentadas por ambas as partes (Ministério Público e réu), recebe suas razões e, após o estudo do material de cognição recolhido, procura ver se prevaleceu o interesse do Estado em punir o culpado, ou se o interesse do réu, em não sofrer restrição no seu *jus libertatis*. Em suma: o juiz dirá qual dos dois tem razão. Se o Estado, aplica a *sanctio juris* ao culpado. Se o réu, absolve-o. Isso é processo. (TOURINHO FILHO, 1989, p.15).

10. AUTONOMIA

O Direito Processual constitui, como bem diz Frederico Marques, ciência autônoma no campo da dogmática diz jurídica, uma vez que tem objeto e princípios que lhe são próprios. No que diz respeito ao Direito Processual Penal,

observa Giovanni Leone que a sua autonomia não decorre, apenas, da existência de um Código de Processo Penal, mas, sobretudo, da consideração de que os princípios reguladores do processo penal não têm nenhum ponto de contato com os princípios que disciplinam a definição de crime, sua estrutura e os institutos conexos. O Direito Processual Penal obedece a exigências próprias e a princípios especiais, particulares. Em face dessa autonomia, não se pode falar em direito adjetivo [...] emprestando a tal expressão um sentido de inferioridade ou de subordinação. A propósito, o ensinamento de Alcalá-Zamora: Adjetivo solo se puede aceptar em cuanto exprese contraste frene al Derecho material o substantivo, mas em menera alguna si se quiere significar que el Derecho procesal sea de rango jurídico inferior (cf. *Derecho*, cit., v. 1, p. 35) – (TOURINHO FILHO, 1989, p.27).

Sobre o tema disserta Magalhães Noronha: “É adjeto ao Direito Penal Substantivo. Não é pacífica, entretanto, essa concepção. A nós nos parece que o sentido de *adjetivo* deve ser tomado *logicamente*, isto é, que não se pode compreender um Direito Processual Penal sem haver um Direito Penal Substantivo. Como disserta Manzini, ‘enquanto não é impossível conceber um direito penal substancial que se aplique sem as garantias das formalidades processuais, é absolutamente inconcebível um direito processual que seja fim em si mesmo e encontre aplicação na ausência do direito substantivo escrito ou não escrito. Foi Bentham quem empregou a expressão *leis adjetivas*, distinguindo-as das *substantivas*, dizendo que ‘estas leis – as substantivas – seriam totalmente despidas de efeito se o legislador não criasse, ao mesmo tempo, outras que têm por objeto fazer cumpri-las e que são as leis do processo. Para marcar-lhes as diferenças, chamaremos as primeiras, *leis substantivas*, e as segundas, *leis adjetivas*.’ [...] Realmente, como

escreve ainda Vannini, ele ‘pressupõe o direito penal substantivo. [...] Diante do direito substantivo, o direito processual apresenta, então, natureza acessória, e precisamente natureza instrumental e formal. [...] Não queremos com isso dizer que o Direito Processual Penal *integra* o Direito Penal Substantivo, pois ambos se distinguem pelo conteúdo e finalidade. Goza, além disso, o Direito Processual Penal de *autonomia normativa*. Enfim, não se lhe pode com isso conferir papel subalterno ou inferior (MAGALHÃES NORONHA, 1992, p.5-6).

11. INSTRUMENTO DO DIREITO PROCESSUAL

Diz Tourinho Filho que “não se pode negar o caráter instrumental do Direito Processual, porquanto constitui ele um meio, o instrumento para fazer atuar o Direito material” (TOURINHO FILHO, 1989, p.28). Com apoio em Giovanni Leone, diz que o caráter instrumental se inspira

em uma série de considerações:

a) *Aspecto lógico* – O Direito Processual está ordenado segundo uma reconstrução histórica, não como fim em si mesmo, senão como meio, como instrumento para conseguir um fim que preexiste a ele e o transcende, a saber, a atuação do Direito material. O Direito material tem necessidade, para a sua atuação, de instrumentos processuais, sem que estes se identifiquem com aquele.

b) *Aspecto jurídico* – Só a concepção do caráter instrumental do processo explica aquela distinção entre admissibilidade da demanda e fundamento da demanda, ou melhor, entre indagação sobre os pressupostos processuais e indagação sobre o mérito (cf. *Diritto processuale penale*, v. 1, p. 3) – (TOURINHO FILHO, 1989, p.28).

Para Calamandrei, quem recorre aos juízes, não se contenta em ver os atos do procedimento desenvolverem-se pontualmente segundo as regras formais do direito

processual, senão que aspira conseguir, em seguida, uma providência que lhe dê a razão segundo as normas do Direito material. Não se faz um protesto (e quem o fizesse padeceria de mania litigiosa) pelo gosto estético de ver funcionar no vazio os dispositivos do procedimento; para quem busca justiça é o conteúdo da decisão que interessa e não a formal! (*Istituzioni*, v. 1, p. 214 e 190). [...] No que concerne ao Direito Processual Penal propriamente, mais clara se apresenta tal instrumentalidade, uma vez que não sendo o Direito Penal de coação direta, e uma vez que o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*, não se concebe aplicação de pena sem processo. (*Apud* TOURINHO FILHO, 1989, p.28).

Convém esclarecer, todavia, que a instrumentalidade, modernamente, deve ser entendida como instrumentalidade técnica no sentido de que o processo deva ser a estrutura normativa mais apta, ágil e democrática a

permitir a participação dos interessados na preparação e formação da sentença. O processo concebido como procedimento em contraditório exige e postula a efetiva participação daqueles que poderão ser atingidos pelos efeitos da sentença. “A participação é participação no processo e a questão é questão do processo, sobre ato do processo. Mas aí está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença”(GONÇALVES, 1992, p. 170-171).

Como assevera o eminente processualista mineiro Aroldo Plínio Gonçalves, de modo evidente ou ainda obscuro, quase intuitivo, a doutrina jurídica vem percebendo a profunda e crescente importância do processo como modelo ideal de participação dos próprios destinatários na formação, na execução e na aplicação de seu

direito. Seja o processo legislativo, seja o administrativo, seja o jurisdicional, sua instrumentalidade técnica é a mesma: a de poder se elaborar, com a melhor estrutura possível, a mais adequada e ágil, para dar respostas ao fim para o qual se instaura: a emanção de um ato do Estado, de caráter imperativo, para cuja formação concorrem, em contraditório, aqueles que receberão, na esfera de seus direitos, os efeitos de tal ato (GONÇALVES, 1992, p. 170-171).

12. NOMENCLATURA

Direito Processual Penal ou Direito Judiciário Penal? A despeito de mais antiga, a expressão ‘Direito Judiciário Penal’ está sendo abandonada. E isso talvez pelo fato de poder ser entendido como ramo que se ocupa mais da Organização Judiciária que do próprio processo. Ademais, conforme pondera Alcalá-Zamora, “*Derecho Procesal es el nombre com él que la matéria há*

alcanzado la jerarquia científica y la extensión que hoy tiene” (Apud TOURINHO FILHO, 1989, p.30).

E conclui o mestre: “A expressão ‘Direito Processual’ destaca o caráter científico da disciplina e é, além disso, o nome mais generalizado (cf. Derecho, cit. v. 1, p. 131) - (Apud TOURINHO FILHO, 1989, p.30).

Assevera o Prof. Rosemiro Pereira Leal que a expressão Direito Processual e o termo processo não devem ser confundidos como se fossem sinônimos. “Sabemos que o processo é o tema central do estudo do Direito Processual. É o processo o eixo em torno do qual se desenrola o ensino do Direito Processual, sendo, portanto, uma instituição nuclear da disciplina que, sob o nome de Direito Processual, é oferecida nos Cursos de Direito (LEAL, 1999, p.72).

A questão da terminologia mostra muito bem como a teoria geral não tem até hoje suas linhas bem definidas. É disciplina

problematizante que nos convida permanentemente ao exercício da reflexão. Por sua vez, na visão teleológica preconizada pelo Prof. Cândido R. Dinamarco (1999, p.62), que é ao mesmo tempo postura instrumental, “o processo não é apenas um dos institutos do direito processual, mas as próprias instituições processuais tomadas conjuntamente”.

Como para nós é o processo que se encontra no epicentro da teoria processual, empregamos o termo nessa dimensão abrangente. Ambos – *processo* e *Direito Processual* – têm em mira o estudo do poder e da liberdade no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. São Paulo: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente.
Manual de processo penal. 2. ed.,
São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, O princípio
processual da igualdade.
*Revista da Procuradoria Geral do
Estado de São Paulo*, v. 19,
1981.

LEAL, Rosemiro Pereira.
Teoria geral do processo. Porto
Alegre: Síntese, 1999.

MAGALHÃES NORONHA,
E. *Curso de direito processual
penal*. 21 ed. São Paulo:
Saraiva, 1992.
processual e teoria do processo. São
Paulo: Aide, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso
de direito constitucional positivo*.
São Paulo: Revista dos
Tribunais, 1989.

TOURINHO FILHO,
Fernando da Costa. *Processo
penal*, 11. ed. São Paulo:
Saraiva, 1989.

VARGAS, José Cirilo de.
*Processo penal e direitos
fundamentais*. Belo Horizonte:
Del Rey, 1992.