



O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO PROCESSO¹

CONTRADICTORY AS AN ESSETIAL
ELEMENT OF PROCESS

Camilin Marcie de Poli²

Resumo

O presente artigo analisa o princípio do contraditório, apontando como se deve dar a sua aplicação na prática processual penal, para a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República. Demonstra que, o contraditório, por ser uma garantia constitucional, não pode ser relativizado ou violado, devendo ser respeitado na sua integralidade. Em um primeiro momento, são tecidas noções introdutórias sobre os princípios do devido processo legal e do contraditório. Na sequência, são delineadas questões referentes a garantia ao contraditório e a ampla defesa. Por fim, é demonstrado que o contraditório é um elemento essencial do processo.

Palavras-chave: Processo penal; Contraditório; Ampla defesa; Devido processo legal.

Abstract

This article analyzes the principle of the contradictory, pointing out how he should give his application in criminal procedural practice, for effective implementation of the rights and guarantees provided for in the Constitution. Demonstrates that, being a constitutional, guarantee cannot be relativized or violated and must be respected in its entirety. At first, introductory material on the principles of due process and contradictory are woven. Following are outlined issues related to ensuring the contradictory and full defense. Finally, it is shown that the contradictory is an essential element of the process.

Keywords: Criminal procedure; Contradictory; Legal defense; Due process of law.

¹ Artigo submetido em 19/01/2015, pareceres de aprovação em 06/11/2014 e 12/01/2015, aprovação comunicada em 13/01/2015.

² Mestranda em Direito do Estado pela UFPR, Graduada em Direito (2010) e Graduada em História (2005), Advogada militante em Curitiba e Região Metropolitana. E-mail: <camilindepoli@hotmail.com>.



1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes de tudo, cabe lembrar que o contraditório é uma garantia decorrente do devido processo legal, e que ambos os princípios³ encontram-se previstos na Constituição da República, no rol de direitos e garantias fundamentais. Como expõe BONATO, “os dispositivos elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente os pertinentes ao direito penal e ao processo penal, enquadram-se na categoria de direitos-garantia, isto é, são garantias que possuem mais que uma função instrumental: podem ser consideradas autêntico direito subjetivo.” (BONATO, 2003, p. 72)

De modo geral, o princípio do devido processo legal teve origem na Inglaterra com a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215. O conceito do princípio surgiu, inicialmente, pela expressão em latim *per legem terrae* que, posteriormente, na tradução para o inglês ganhou o nome de *due process of law*.

Nessa época, os barões ingleses preocupados com as ingerências do rei, impuseram para ele a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, a qual além de limitar o poder do monarca, assegurou direitos mínimos ao povo, impedindo, desta forma, o exercício do poder absoluto. Este documento tornou-se um dos mais importantes da humanidade, pois, dentre outras coisas, fez nascer uma cultura de respeito à cidadania. (COUTINHO, 2001, p. 36)

Séculos depois, em 1789, esse princípio foi introduzido na Constituição Americana, por uma emenda constitucional, com a expressão *due process of law*. Foi definitivamente consagrado em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, o devido processo legal tornou-se um instituto universal, e está previsto em todas as Constituições Democráticas do mundo. (PORTANOVA, 2001, p. 145-146)

No Brasil, o devido processo legal foi expressamente tratado na Constituição da República de 1988, e está disposto no seu artigo 5º, inciso LIV⁴, bem como na

³ Os princípios que visam instituir uma garantia direta e imediata aos cidadãos denominam-se princípios-garantia. A eles atribui-se uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante. (CANOTILHO, 2002, p. 1.131).

⁴ Art. 5º, LIV da CR. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.



sistematização com outros princípios também previstos na Constituição (princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, entre outros). Ainda que não expressamente previsto nas Cartas anteriores, parte da doutrina entende que o referido princípio estava nelas implícito, como reflexo proveniente dos direitos norte-americano e europeu. (BONATO, 2003, p. 18)

Como ensina Portanova, “o devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas.” (PORTANOVA, 2001, p. 145) Logo, para que exista um processo justo deve existir, necessariamente, o devido processo legal.

Destarte, não se pode olvidar que esses preceitos são a garantia mínima de trato digno à pessoa humana, não podendo ser relativizados, ignorados ou violados, uma vez que “influenciam todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico e estas devem ser editadas à luz daqueles, especialmente as normas processuais penais, que são o complemento necessário daqueles preceitos.” (BONATO, 2003, p. 109)

Entretanto, conforme observa Bonato:

Uma análise da amplitude, significado e efetividade do princípio do devido processo legal demonstra a sua inaplicabilidade na prática jurídica cotidiana, sendo necessário uma mudança substancial na estruturação do processo penal brasileiro, para que este possa então estar em consonância com a Constituição da República, de estruturação acusatória. Há que se concluir que a prática desdiz a formulação constitucional e deforma a lógica do sistema, o que impõe a necessidade imediata de mudanças profundas não só nas leis, mas também no pensamento dos operadores do direito, para que possa ser criada e implementada uma visão constitucional do processo, deixando de lado o legalismo e o formalismo que tem imperado nos fóruns e tribunais. (BONATO, 2003, p. 191-192)

Sem embargo, o princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988⁵, o qual dispõe que: “aos litigantes, em

⁵ O contraditório estava previsto nas Constituições Brasileiras anteriores, porém era tratado de maneira distinta da atual Constituição (art. 122, 11 da Constituição de 1937; art. 141, § 25 da Constituição de 1946; art. 150, § 16 da Constituição de 1967; art. 153, § 16 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969).



processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Também está presente no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida por Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê que: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos as obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Como expõe Portanova:

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade. (PORTANOVA, 2001, p. 160-161)

Dessa forma, o juiz antes de decidir (resolver o litígio –no processo civil – ou acertar o caso penal – no processo penal) deve ouvir ambas as partes (*audiatur et altera pars*), oportunizando à elas (autor e réu) igualdade de condições, uma vez que o contraditório “refere-se à oportunidade que é dada à parte de contrariar os atos da parte adversa.” (FERNANDES, 2005, p. 66)

No processo penal, é a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo juiz e refutar a acusação feita pelo autor da ação penal (Ministério Público ou ofendido) (NORONHA, 2002, p. 309). Portanto, o contraditório “é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional.” (COUTINHO, 2001, p. 43)

Traduz-se “na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.” (COUTINHO, 2001, p. 43) Assim, desenvolve-se “diante dos olhos do juiz, o que os técnicos chamam de contraditório e que é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida (...).” (CARNELUTTI, 2008, p. 44)



Não obstante, para a concretização do contraditório é preciso que ele seja pleno e efetivo, e não meramente formal. Conforme ensina Fernandes:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares. (FERNANDES, 2005, p. 61)

O princípio do contraditório “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 221), pois o processo penal não será devido e justo senão existir efetivamente igualdade de condições entre as partes (acusação e defesa). Ainda que, para que se tenha um processo penal democrático, não se pode pensar em restringir este princípio, uma vez que ele é uma garantia constitucional. (COUTINHO, 2001, p. 44)

Nesse mesmo sentido, Rangel anota que “o princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões.” (RANGEL, 2014, p. 18) Assim, “sem o contraditório não pode haver devido processo legal.” (MARQUES, 1997, p. 87)

Como observa Leal:

(...) o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvidas pelos órgãos judicantes. (LEAL, 2002, p. 20)

Para tanto, além do contraditório (pleno e efetivo) na fase processual penal, é necessário haver o contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação⁶,

⁶ Conforme já tratado no artigo: “O Contraditório Prévio ao Juízo de Admissibilidade da Acusação”. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/369/287>>.



de modo que ambas as partes (acusação e defesa) possam se manifestar e serem ouvidas antes de qualquer decisão. Cabe lembrar que a instauração do processo, por si só, traz diversas consequências (sociais, econômicas, jurídicas) na vida do acusado, pois “não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar.” (LOPES JUNIOR, 2006, p. 58)

Conforme expõe Lopes Junior:

(...) em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas pela simples acusação, quando o indivíduo todavia ainda deveria estar sobre a esfera da proteção da presunção de inocência. Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal em si mesmo produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito (...). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 59)

Nesse entendimento, para que não haja afronta ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, é fundamental que o acusado possa se manifestar e se defender da acusação antes de se ver processado, de modo que ambas as peças sejam apresentadas e apreciadas no crivo do contraditório. Portanto, para que haja respeito às garantias constitucionais e às regras do jogo, a igualdade entre as partes deve ser mais do que formal, sendo verdadeiramente material.

Destarte, “o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não-observância é passível de nulidade absoluta, quando em prejuízo ao acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 28) Deve ser visto como o “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 223), restando, assim, como um direito fundamental indisponível do cidadão submetido a *persecutio criminis*.

2 GARANTIA AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são disposições constitucionais previstas no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso LV da CR/88) e, por isso, não devem ser relativizados ou violados. São



direitos “positivados como normas principiológicas de categoria prevalente, posto que são intangíveis e auto aplicáveis”. (MAIA NETO, 2008, p. 484)

A Constituição da República, no artigo 5º, § 1º, consubstancia que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa são normas constitucionais de eficácia plena⁷. A aplicação imediata conferida por essa norma tem dois vieses: primeiro, que as normas são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde haja condições para que as instituições cumpram-na e, segundo, de que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicá-las, quando numa situação concreta a norma constitucional for invocada pelo interessado. (SILVA, 2002, p. 165)

O Estado brasileiro, através de suas instituições, possui condições suficientes para assegurar aos jurisdicionados o contraditório e a ampla defesa e, portanto, deve sempre aplicá-los e respeitá-los. No processo penal, estas garantias não precisariam ser invocadas, uma vez que o Judiciário, o Ministério Público, e os demais órgãos estatais tem o dever de guardar as normas constitucionais e zelar pela efetiva aplicação destas.

Desse modo, o contraditório e a ampla defesa devem ter (na prática) eficácia plena e aplicabilidade imediata, sempre que algum cidadão esteja sofrendo ou na iminência de sofrer alguma medida que afete o seu *status dignitatis*. Por conseguinte, é fundamental a tutela destas garantias, visando a real e completa concretização delas.

Nesse entendimento, como enuncia Bonato:

(...) considerando-se que os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana emanam diretamente da Constituição e toda restrição a eles importa em pesado ônus, muito mais quando não há ainda condenação definitiva, há que se esclarecer que ditas garantias devem ser exercidas desde o momento em que a pessoa passa a correr o risco em sua segurança individual em relação ao poder penal estatal. Todas as faculdades tendentes a possibilitar a resistência a esse poder penal devem

⁷ Como observa Silva: “As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.” (SILVA, 2002, p. 101-102).



ser exercidas. O fato da investigação ter caráter inquisitivo não pode cercear o investigado de defender os seus direitos fundamentais, principalmente o de permanecer em liberdade. (BONATO, 2003, p. 163)

Sem embargo, os princípios do contraditório e da ampla defesa teoricamente se distinguem, embora estejam intimamente ligados, pois o exercício da defesa nasce e se manifesta pelo contraditório que, por sua vez, é garantido pela defesa. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 63) Enquanto o contraditório consiste na participação, contraposição em relação à outra parte, bem como na informação dos atos desencadeados no processo, a ampla defesa consiste no direito de se atuar em prol dos interesses da defesa do acusado, resistindo à persecução estatal.

Conforme assevera Oliveira:

O contraditório, portanto, junto com o princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 28)

Todavia, “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 29) Segundo expõe SOUZA NETTO, “o direito de defesa do acusado compreende a faculdade dele intervir no processo, depois de citado, para levar a cabo todas as atividades necessárias para esvaziar a resposta penal ou atenuar a consequência jurídico-penal.” (SOUZA NETTO, 1998, p. 77) Assim, “a defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.” (PORTANOVA, 2001, p. 125)

No processo penal, o direito de defesa cumpre “um papel particular, pois, de um lado, atua de forma conjunta com as demais garantias e, de outro, é a garantia que torna operativa todas as demais. (BONATO, 2003, p. 161) Ou seja, é o direito de defesa que permite que as demais garantias sejam respeitadas e tenham uma vigência concreta dentro do processo penal. (BONATO, 2003, p. 161)



Não obstante, o direito de defesa comporta duas espécies: a defesa técnica e a defesa pessoal. Portanto, a defesa do acusado deve ter uma composição dualística, “deve haver tanto a autodefesa da parte, como a defesa técnica do profissional com capacidade postulatória.” (MARQUES, 1997, p. 72)

De acordo com Lopes Junior, a defesa técnica decorre da necessidade de equilíbrio funcional entre a acusação e a defesa, bem como da presumida hipossuficiência do acusado em relação ao acusador, o que acarreta uma situação de inferioridade (do acusado) frente ao poder estatal. É exercida pelo advogado, que é detentor de conhecimentos teóricos do Direito, e visa uma igualdade de condições técnicas entre a acusação e a defesa. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 224)

Desse modo, a defesa técnica trata de “verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 225) Esta espécie de defesa é indisponível, isto é, não poderá ser renunciada, e está consagrada no artigo 261 do Código de Processo Penal, o qual prevê que nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor, mesmo que ausente ou foragido.

Todavia, a defesa pessoal, também chamada de autodefesa, é exercida pelo sujeito passivo (acusado), que atua resistindo, refutando ou defendendo-se da acusação imposta pelo Estado. Poderá ser positiva, na qual o acusado expressa os motivos, os argumentos e as justificativas ou nega a autoria e/ou a materialidade do fato; ou negativa (*nemo tenetur se detegere*) onde o acusado se omite de falar ou de contribuir para a produção de provas, mantendo-se em silêncio, ou se negando a participar de reconstituições, acareações, ao fornecimento de material genético para exames periciais, etc.⁸ Esta espécie de defesa é disponível, isto é, cabe ao acusado a decisão de atuar e exercer seu direito positivamente ou omissivamente, sendo assim, um direito renunciável. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 228)

⁸ Este direito está previsto no artigo 5º, inciso LXIII da CR/88, o qual dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”; no artigo 8, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual assevera que toda pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”; bem como no artigo 186 do CPP que prevê: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”



Cabe lembrar que, com o advento da Lei nº 12.654 de 2012, o direito de defesa pessoal negativo foi maculado, uma vez que foi permitida a extração compulsória de material genético do sujeito passivo (investigado ou apenado), o qual pode submeter-se a intervenção corporal voluntariamente ou mediante coerção. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 233) Esta lei tem incidência tanto na fase preliminar quanto na execução, haja vista que alterou a Lei nº 12.037 de 2009, a qual dispõe sobre a identificação criminal, e a Lei nº 7.210 de 1984, que regula a Execução Penal. Logo, em relação a esse tipo de prova, fulminou-se a tradição brasileira de respeito ao direito de defesa pessoal negativo. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 233)

Sem embargo, pode-se “afirmar que a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.” (OLIVEIRA, 2008, p. 30) Portanto, “o direito de defesa deve estar constituído por um conjunto de garantias, direitos e faculdades suficientes para uma oposição efetiva à pretensão penal.” (TUCCI, 2004, p. 207)

Diante do exposto, percebe-se que o contraditório e a ampla defesa apresentam-se como direitos e garantias individuais mínimas aos cidadãos, previstas na CR/88, para a concretização do devido processo legal (*due process of law*). Conforme assevera Oliveira, não resta dúvida alguma que o processo apenas se realiza validamente se observado e respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais ocupam “posição de destaque na configuração de um modelo garantista, até porque não se pode pensar em igualdade processual sem a afirmação de ambos.” (OLIVEIRA, 2004, p. 169)

3 O CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO PROCESSO

Conforme já tratado, os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais e, portanto, inerentes ao sistema acusatório. Possibilitar ao acusado o direito de se defender é premissa fundamental em um Estado Democrático de Direito e, por isso, esses princípios devem ser respeitados de maneira absoluta.



Destarte, “o processo não pode mais ser visto de forma isolada, mas deve ser interpretado e analisado em conformidade com a Constituição, pois nela está baseado.” (BONATO, 2003, p. 108-109) Frente à nova ordem constitucional, o lugar democrático que o processo ocupa é de fundamental importância (ROSA, 2008, p. 219-220), deve ser assim tratado pelos operadores do direito.

Sendo o contraditório um direito individual fundamental à própria existência da dignidade da pessoa humana, não pode o cidadão submetido à persecução penal ser privado de contradizer os fatos a ele imputados. Deste modo, o contraditório deve atingir tanto a fase pré-processual, em seu momento de informação (é através do direito de informação que será exercida a defesa), quanto à fase processual (reação), pois qualquer imputação é capaz de gerar uma resistência. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 755)

Neste entendimento, quando o legislador constituinte utilizou o termo “acusados em geral” acabou por proteger e abarcar todos aqueles que forem imputados de cometer algum fato delituoso, de forma ampla e protecionista, pois se assim não quisesse, teria utilizado apenas o termo “acusados”, o que permitiria uma leitura mais formalista. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 755)

Destarte, “sendo uma das finalidades do processo ser o meio pelo qual o Estado procura tornar concreta a atividade jurisdicional, há de se ressaltar que essa finalidade deve estar centrada nos princípios protetivos do indivíduo garantidos pela Constituição.” (BONATO, 2003, p. 109-110) Pois, “o processo é e deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto possível, a igualdade entre as partes no curso do processo e mesmo por ocasião da fase investigatória.” (OLIVEIRA, 2004, p. 158-159) Logo, o contraditório se mostra como elemento essencial do processo.

Como expõe Lopes Junior:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). (LOPES JUNIOR, 2006, p. 229)



Deste modo, “o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tido como instrumento a serviço da paz social posto à disposição do judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais ínsitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisórios do Estado Social.” (LEAL, 2002, p. 19) O processo deve ser visto como um instrumento de proteção das garantias fundamentais dos cidadãos, e deve proporcionar a estes a tutela efetiva de seus direitos (devido processo, contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc.), em conformidade com o princípio base previsto na CR/88: a dignidade da pessoa humana.

Por isso, “há que se repensar o processo. Há que se resgatar a ideia de processo como sendo o espaço privilegiado do debate, do diálogo, da fala e da escuta, do respeito aos princípios constitucionais, já que se busca e se luta por um processo realmente justo.” (BONATO, 2003, p. 192) Logo, conforme ensinam Rosa e Silveira Filho, “assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do contraditório, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigentes na prática processual brasileira.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 72)

Para Fazzalari “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119) O processo é uma espécie do gênero procedimento⁹, sendo uma sequência de atos (faculdades, poderes, deveres), destinados a um provimento estatal (administrativo, legislativo ou judicial), que tem como importante característica o contraditório. (LEAL, 2002, p. 83) Assim, o que diferencia o processo do procedimento é o contraditório.

Desta forma, “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um interessado e um contra interessado, sobre um dos

⁹ De acordo com Gonçalves “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.” (GONÇALVES, 2001, p. 102-103).



quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.” (FAZZALARI, 2006, p. 122) Ou seja, deverá existir, nessa relação contraditória, duas partes contrapostas (autor e réu) com iguais oportunidades e condições de atuação. Logo, “é essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.” (GONÇALVES, 2001, p. 127)

Contudo, “não basta, pois, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de pronunciamento, mas que esse pronunciamento seja considerado quando da prolação das decisões, porque se assim não ocorrer, haverá negativa de vigência aos princípios do processo” (LEAL, 2002, p. 104), ou “à própria força normativa constitucional.” (LEAL, 2002, p. 104) Por isto, deve-se reconhecer que o contraditório vai além da igualdade de condições entre as partes, uma vez que está também na observação, pelo juiz, do seu cumprimento, assegurando que não seja violado, tanto no *iter* processual como no momento de executar o ato final. Portanto, “não existe contraditório com o juiz, senão contraditório assegurado pelo juiz.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 756)

Destarte, “o contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo.” (GONÇALVES, 2001, p. 122-123) Assim, cabe ao juiz assegurar o contraditório às partes, tendo uma postura ativa, porém sem se colocar como contraditor, pois não está ele em contraditório com elas. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 756)

Nesse sentido, Gonçalves assinala que:

O juiz, sendo terceiro em relação aos efeitos do provimento, não é um terceiro no processo, no desenvolvimento do procedimento realizado em contraditório para preparar o provimento, como não o é em relação ao próprio ato final do provimento. Não é um estranho no desenvolvimento do *iter* processual, pois dele não pode estar ausente, em relação a ele não pode ser alheio; é necessário que esteja presente, atuante nos atos judiciais que visem assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório. Fazê-lo observar significará cumprir o dever da jurisdição, para assegurar que o contraditório não seja negligenciado, violado, que a participação das partes em simétrica paridade seja eficazmente garantida. Observá-lo, ele mesmo, significará que o juiz se submete às normas do



processo pelas quais os atos das partes são garantidos, que o juiz não pode se recusar ao cumprimento da norma que instituiu o direito de igual participação das partes, em simétrica paridade. (GONÇALVES, 2001, p. 125-126)

Portanto, “a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final.” (FAZZALARI, 2006, p. 124) No processo penal, os interessados no ato final são o acusado e o Estado, que atua através do Ministério Público, como parte. Entre eles se desenvolve o contraditório. O autor do ato final é também o Estado, que atua através do órgão jurisdicional. Porém, essa dupla atividade do Estado (como parte, através do Ministério Público e como poder, através da jurisdição) não prejudica o processo, se houver neste a garantia do contraditório. (GONÇALVES, 2001, p. 129-130)

Impõe-se a contraditoriedade “em toda instrução criminal, seja ela pré-processual, seja realizada em juízo, a fim de que o órgão jurisdicional competente, devidamente formado o seu convencimento, possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça.” (TUCCI, 2004, p. 191) Assim, “o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.” (GONÇALVES, 2001, p. 120) Logo, o contraditório é pressuposto para a existência do processo.

Portanto, “existe, em resumo, o processo, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, 2006, p. 120) Ou seja, onde não existir a possibilidade do contraditório, não existirá processo. Eis aí a essência do processo: um procedimento em contraditório.

Assim, por ser a função do processo o acertamento do caso penal, “cometida a conduta imputada, a pena somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição significativa da



conduta imputada, acolhida por decisão fundamentada, a partir de uma visão de verdade processual decorrente de um processo em contraditório e acusatório.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2006, p. 68-69) Ou seja, deve-se respeitar o devido processo legal, aplicando-o de maneira real, concreta e efetiva, como quer a Constituição da República.

Por ser o contraditório uma garantia prevista e decorrente do devido processo legal, deve ser garantido em todo e qualquer processo. Logo, como bem assinala Suannes, “ou bem nossos juízes dão ao *due process of law* o alcance que ele deve ter, ou não faz qualquer sentido que o nome original seja aqui utilizado para expressar tal instituto, insultando o sangue derramado por aqueles que lutaram pela sua inserção no sistema jurídico dos povos civilizados.” (SUANNES, 1999, p. 154)

Cabe lembrar que, o que realmente importa é “reestabelecer um espaço democrático no processo penal brasileiro, superando a visão prevalente, onde o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual.” (ROSA, 2008, p. 227) Dessa forma, é preciso buscar a efetiva concretização do sistema acusatório acolhido pela Constituição, refutando qualquer conduta que tente macular ou relativizar esta estrutura.

Portanto, “as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal sem que se proceda, antes e necessariamente uma oxigenação constitucional.” (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 71-72)

4 CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, conclui-se que o processo penal, frente à nova ordem constitucional, é um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e ocupa um lugar democrático de fundamental importância. Desta forma, é necessário que o processo penal seja um espaço dialético, no qual é assegurado e oportunizado às partes igualdade de condições, bem como garantido o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Ademais, por ser o contraditório um elemento essencial do processo, para a realização da democracia processual, ele deve se dar de forma plena e efetiva, não podendo ser violado ou relativizado, em nenhuma hipótese.



5 REFERÊNCIAS

- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. [S.l.], a. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à teoria do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. Respeito as cláusulas pétreas e as garantias constitucionais-judiciais no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, a. 97, p. 482-503, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.
- NORONHA, Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 219-234, out. 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: modificações da lei dos juizados especiais criminais**. Curitiba: Juruá, 1998.
- SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.