

## O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL

*Wéberton Pereira da Cruz Silva\**

**RESUMO:** O presente trabalho analisa os limites de uma das características da jurisdição penal brasileira, a substitutividade, a partir do Estado Democrático de Direito instalado pela CF/88. O texto se desenvolve com a indagação se o julgador ao representar o Estado está constitucionalmente legitimado a aderir uma postura processual ativa, mitigando o exercício do contraditório entre as partes. Objetiva-se afastar a ideia de um processo penal a serviço da jurisdição, assim como a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, ligação esta que mais se coaduna com a cultura inquisitorial processual penal sob a qual o juiz está em posição hierarquicamente superior a das partes. Para isso é realizada uma pesquisa bibliográfica dinâmica que contrasta a visão da doutrina clássica face à visão da doutrina contemporânea, trazendo a noção de jurisdição, substitutividade processual, processo penal e as teorias sobre sua fonte. Além disso são elencados os sistemas processuais penais já existentes e se enfatiza quais são os requisitos que devem ser contemplados para que seja devidamente observado o princípio do contraditório, a luz da CF/88. Assim, concluindo que o contraditório pleno entre as partes é o limitador constitucional ao exercício da atividade substitutiva do Estado, pois os debatedores não são meros destinatários do provimento final, na realidade são eles, em coautoria, que constroem a decisão judicial.

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade Novos Horizontes (2016). Pós-Graduando em Direito Público pela Faculdade Arnaldo (2017). Servidor Público da Secretaria de Administração Prisional do Estado de Minas Gerais. E-mail: weberton.chico@hotmail.com.

**Palavras-chave:** Jurisdição; Substitutividade; Processo Penal; Contraditório Pleno.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the limits of one of the characteristics of the Brazilian criminal jurisdiction, the substitutability, from Direct democratic state installed by CF / 88. The text develops with the question whether the judge to represent the state is constitutionally legitimated to join an active procedural posture, mitigating the exercise of contradiction between the parties. Aims at rejecting the idea of criminal proceedings in the service of jurisdiction, as well as the existence of a legal relationship between procedural subjects, link this to be more consistent with the inquisitorial culture of criminal procedure under which the judge is hierarchically position greater than the parts. For it is performed a literature search that dynamic contrasts the vision of the classical doctrine in the face of view of contemporary doctrine, bringing the concept of jurisdiction, procedural substitutability, criminal proceedings and theories about its source. Also listed are the existing criminal procedural systems and emphasizes what the requirements are to be met in order to be duly observed the principle of contradiction, the light of CF / 88. Thus concluding that the full contradiction between the parties is the constitutional limitation on the exercise of substitutive activity of the state, because the debaters are not mere recipients of the final provision in reality they are, co-authored, building the court decision.

**Keywords:** Jurisdiction; Substitutivity; Criminal proceedings; Procedural Penal systems; Full contradictory.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Jurisdição e substitutividade processual; 3 As fontes da estrutura dialética processual; 4 Sistemas processuais; 4.1 Sistema acusatório da Antiguidade; 4.2 Sistema inquisitorial; 4.3 Sistema Misto; 4.4 Sistema acusatório constitucional; 5 A garantia ao contraditório pleno; 5.1 A íntima relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais; 6 Considerações finais; Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

É incontestável que a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico civilizatório nacional. Ao positivar em um único diploma os anseios de um povo que há muito tempo clamava por seus direitos, e esculpir, em seu artigo 1º, que a República Federativa Brasileira constitui-se em um Estado Democrático de Direito, a carta magna rompe expressamente todos os laços políticos-jurídicos que mantinha com o Estado Social, mudando consequentemente o modelo do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa mudança incide diretamente sobre inúmeros institutos jurídicos pátrios e exige dos intérpretes e estudiosos do direito uma nova abordagem teórica e prática no que diz respeito à atividade jurisdicional do Estado, à luz do paradigma atual, o Democrático de Direito. Dentre os temas que requerem uma adequada releitura, pós CF/88, um merece destaque especial, a substitutividade como característica da jurisdição penal, precisamente, responder à seguinte pergunta: o julgador ao representar o Estado está constitucionalmente legitimado a aderir uma postura processual ativa, mitigando o exercício do contraditório entre as partes?

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

Compreender e delimitar quais são os limites trazidos pelo novo sistema de governo à atividade substitutiva do Estado tem extrema relevância para a comunidade jurídica e para os administrados, pois para se chegar a pena é indispensável a existência de um processo. Esse instrumento impede que os julgadores extrapolem em suas atuações jurisdicionais e cometam arbitrariedades, com por exemplo mesmo antes do início da ação penal determinar a produção antecipada de provas sem que tenha sido provocado por alguma das partes. Condutas como essa que, em um passado não tão remoto, na inquisição, eram (in) justificadamente legítimas.

Para tanto, a metodologia a ser aplicada será a pesquisa bibliográfica, realizando uma contextualização crítica doutrinária sobre o instituto da substitutividade e do contraditório, contrapondo a clássica visão da doutrina às das correntes atuais, valendo-se, para isso, principalmente dos ensinamentos dos professores Aury Lopes Junior, Aroldo Plínio Gonçalves e André Faria. Será elencada a noção de jurisdição e substitutividade jurisdicional, ao mesmo tempo que se buscará desmistificar a inquisitória concepção de Processo Penal confrontando as teorias sobre sua fonte e contrastando a evolução histórica dos sistemas processuais penais.

Todavia, a explanação jurídica a cerca da contemporânea concepção sobre os elementos que compõe a garantia constitucional ao exercício do Contraditório entre as partes tem especial destaque neste trabalho. Esse novo entendimento doutrinário e também legal coaduna com a afirmação que, em um Estado Democrático de Direito, as partes que são legitimadas a atuarem ativamente em direção ao provimento final, não o juiz.

Nesse sentido, busca-se demonstrar que o Processo Penal não mais pode ser entendido como um instrumento a serviço da jurisdição (e de alvos diversos dos jurídicos), mas exatamente ao contrário. A tutela jurisdicional passa a ser um instrumento a serviço do processo que, contemporaneamente é entendido como um instrumento assegurador de direitos e garantias fundamentais.

A cultura inquisitorial de um juiz hierarquicamente superior às partes nos procedimentos jurisdicionais penais deve ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro, assim como suas arcaicas prerrogativas que usurpam o papel, a autonomia processual dos verdadeiros debatedores, que se opera através do exercício do contraditório.

## **2 JURISDIÇÃO E SUBSTITUTIVIDADE PROCESSUAL**

A doutrina clássica concebe a jurisdição como uma função estatal, por meio do qual o Estado-juiz inerte, após ser provocado por um dos interessados, substitui os titulares do interesse controverso e de forma imparcial desenvolve uma série de atos legais que se findarão com a resolução da lide, mediante a aplicação do direito material ao caso concreto. Essa decisão que expressa a vontade da lei tem poder imperativo e necessariamente será extraída de um fenômeno jurídico denominado processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 149-150).

O exercício da tutela jurisdicional envolve diversas características peculiares à sua própria existência. Dentre tais características, há de se evidenciar a presença de uma *lide*, que induz à ideia da existência de pretensões conflitantes, ao mesmo tempo uma

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

*inércia* estatal, que exige que o órgão jurisdicional somente se manifeste caso seja provocado por uma das partes, além da substitutividade estatal e a imutabilidade da decisão judicial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150-154).

No tocante à *substitutividade*, é necessário destacar que para o Estado apreciar a demanda trazida pelas partes, ele as substitui, evitando que uma invada a esfera jurídica da outra para satisfazer-se, vedando o exercício da autotutela. E por fim, com relação à *imutabilidade*, frisa-se que a decisão proferida pelo órgão judicial tem caráter imutável, de definitividade, não podendo ser revistos ou modificados, a última palavra está com o Poder Judiciário (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150-154).

No entanto, o objeto central deste estudo será a substitutividade. Em consonância com a exposição acima sobre a referida característica Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco salientam que:

Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 150)

Os autores ainda afirmam que após aceita a provocação do interessado, este atuará no procedimento em cooperação com o juízo. Haverá a instauração de um procedimento e ele se findará com a

decretação do direito material que coincidirá com a pacificação social e a efetivação da justiça no caso concreto (2011, p.152).

Nesse sentido, José Eduardo Carreira Alvim (2012) seguindo os ensinamentos de Chiovenda, ao diferenciar jurisdição e administração, salienta que a jurisdição é uma atividade de substituição, especificamente atividade secundária, pois substitui as partes que tem a titularidade da atividade primária, o que difere da atividade administrativa do Estado que age em nome próprio.

E ele continua:

[...] tendo o Estado, proibido a autodefesa, reservou para si a tarefa de resolver os conflitos de interesse, substituindo por uma atividade sua, de órgão público, a atividade das partes envolvidas no conflito. Essa substituição de atividade se opera de dois modos, correspondentes aos dois estágios do processo: o de conhecimento e o de execução; sendo que, no processo de conhecimento, a jurisdição consiste na substituição da atividade *intelectiva* das partes pela atividade *intelectiva* do juiz, ao afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta de lei; o mesmo ocorrendo na fase de execução da sentença, em que a atividade das partes é substituída pela atividade do juiz. (ALVIM, 2012, p.68-69)

De fato, a visão da doutrina clássica contempla de forma evidente a substitutividade como característica indissociável da jurisdição. Ressalta-se, no entanto, que há correntes, a exemplo aos adeptos à Teoria Estruturalista de Fazzalari e aos partidários da Teoria

da Situação Jurídica de Goldschmidt, que consideram que essa atividade substitutiva estatal possui limitações constitucionais que vedam que o Estado se autoatribua de prerrogativas que não lhe foram legitimadas pela CF/88 (LOPES JR, 2014, p.43).

O exercício da função jurisdicional se desenvolve em direção ao provimento final, e o processo é o instrumento idôneo capaz de garantir que não haverá violações a direitos fundamentais dos litigantes nesse caminho. Essa decisão deverá ser construída pelas partes durante a dinâmica procedimental e instruída, indispensavelmente, por meio do contraditório e em simétrica paridade de armas.

É indiscutível que a jurisdição e o processo estão interligados. Torna-se necessário, portanto, conhecer as principais teorias doutrinárias sobre a dialética processual.

### **3 AS FONTES DA ESTRUTURA DIALÉTICA PROCESSUAL**

A legitimidade do exercício da atividade substitutiva do Estado é muita mais antiga que a garantia ao contraditório entre as partes, e está intimamente ligada à existência do processo. Evidencia-se a existência de três escolas doutrinárias principais que fomentaram o início dos estudos científicos sobre o processo e os procedimentos jurisdicionais: a escola Instrumentalista, a Estruturalista e os estudiosos da teoria da Situação Jurídica (FARIA, 2011; LOPES JR, 2014).

Na primeira escola supracitada que concebe a Teoria da Relação Jurídica, os instrumentalistas aduzem que há entre os envolvidos, juiz e partes, uma relação jurídica que impõe reciprocidade entre eles. O desenvolvimento desta teoria foi de extrema relevância

para a área processual, pois desvinculou o direito material do direito processual, dando enfim, a autonomia indispensável a este último (ALVIM, 2012, p.35). Oscar Von Bülow, instituidor da teoria relacionalista, em sua obra *La teoria de lãs excepciones dilatórias y lós presupuestos procesales* publicada em 1868, transpõe o processo da seara do direito privado para o campo do direito público, o que serviu como suporte para os instrumentalistas aprimorarem sua teoria (FARIA, 2011, p.60), como enfatiza Alvim:

Antes desta conquista, o processo era também explicado a luz das concepções privatistas, ora como sendo um contrato judicial, ora um quase contrato judicial, tendo Bülow operado a sua transposição do campo do direito privado para o do direito público, enquanto um instrumento de atuação do Estado-juiz (ALVIM, 2012, p. 35).

A discussão entre os distintos estudos de Windscheid e Muther em meados do século XIX sobre o direito de ação, segundo o professor Luiz Guilherme Marinoni (2008), também foi importante para a construção da concepção autônoma do direito processual. Devem ser citados também os mestres Chiovenda, Carneluti, Liebman, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini e Antônio Carlos de Araújo Cintra entre outros, que contribuíram e contribuem, muitos deles até hoje, com seus ensinamentos sobre o processo.

Ao se reconhecer a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, a visão instrumentalista trouxe a noção do processo como um instrumento a serviço da jurisdição, uma vez que a jurisdição tem como um de seus escopos principais a pacificação social. Visa eliminar o conflito entres as pessoas e busca alcançar a justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.301).

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

Para alguns estudiosos do direito processual, os adeptos a essa linha de pensamento têm trazido concepções de instrumentalidade em aspectos positivos, de realce à necessidade de cumprir-se os alvos sociais, políticos e jurídicos, com o enfoque a implementar uma ordem jurídica justa, bem como aspectos negativos, pelos quais o processo não poderá ser um fim em si mesmo, existindo para si próprio (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.47).

Entretanto, o professor Jose Joaquim Calmon de Passos (2001), em posição contrária, critica expressamente essa teoria, justamente no que toca a vinculação entre os sujeitos que compõem o processo, pois segundo seu entendimento, o juiz nesta relação ganha superioridade perante as partes.<sup>1</sup>

Após a promulgação da CF/88 não se discute mais<sup>2</sup> a imperiosa necessidade de se fazer presente durante o desenvolver de um

---

<sup>1</sup> Calmon de Passos, nesse texto, salienta que o modismo da “instrumentalidade do processo” camufla que antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. Denomina como fruto perverso ou peçonhento gerado pela instrumentalidade a quebra do equilíbrio processual decorrente das recentes reformas, hipertrofiando potencialmente o papel do juiz, e lhe possibilitando valer-se de seus poderes para oprimir e desestruturar os outros sujeitos processuais, agravando a crise do judiciário. Por final, o professor lança uma pergunta que ele mesmo responde na sequência: porque tais reformas processuais, instrumentalistas, agravam antes de solucionar os problemas? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas juntas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato discriminado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela “viscosidade” da decantada “instrumentalidade”, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista – faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: “Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada”. Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores. (PASSOS, 2001, p. 12-13)

<sup>2</sup> ou pelo menos não deveria se discutir mais.

procedimento jurisdicional a isonomia processual, formal e substancial, entre os litigantes, pois esta está gravada no art. 5º, caput da fonte normativa ora mencionada. A discussão está na posição que ocupa o juiz, representando o Estado, e os limites de sua atuação jurisdicional durante a tramitação do feito.

Candido Rangel Dinamarco, instrumentalista, defende vigorosamente a concepção de processo como relação jurídica e refuta as críticas à teoria:

Recente escrito de Calmon de Passos eleva a níveis exageradíssimos o significado da garantia do devido processo legal, ao propor um suposto contraste entre elas e as modernas conquistas inerentes à instrumentalidade do processo. Descrente dos juízes de sua terra e deste planeta, crê o Mestre Baiano que esta fulgurante tese seja responsável por uma imensa irresponsabilidade dos magistrados e total falta de confiabilidade do sistema processual, tachando-a de “arma na mão de sicários”. Forremo-nos de posturas maniqueístas e não pensemos que todo o bem esteja de um lado e todo o mal de outro. A segurança dos litigantes cultivada pelo *due process* na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-Juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado Democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um *processo de feição humana*, no qual o juiz é constantemente

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo. Os princípios devem conviver harmoniosamente na ordem constitucional e processual, em busca de soluções equilibradas. (DINAMARCO, 2003, p.15)

A proteção constitucional a igualdade implica técnica processual e deve prevalecer sobre anseios subjetivos de qualquer que seja o sujeito processual. Essa mesma norma que garante a isonomia a todos perante a lei, assegura a inviolabilidade do direito à liberdade, em suas diversas concepções, inclusive no que tange à liberdade de atuação das partes em procedimento judicial. A garantia ao contraditório é exemplo disso.

Exposta a ideia central da primeira teoria, passa-se a ser objeto de análise a segunda, que aduz que os contendentes não são simples destinatários da decisão judicial e sim os protagonistas, os construtores do provimento final. Pode-se apontar como o maior divulgador da Teoria Estruturalista do Processo o jurista italiano Elio Fazzalari que salienta que o processo não é um instrumento a serviço da jurisdição, e segundo seu entendimento, só há processo quando há um procedimento desenvolvido mediante o contraditório e a paridade de armas entre as partes, sendo elas o foco (GONÇALVES, 1992, p.153).

Fazzalari intitulou que a existência no procedimento de poderes, faculdades e deveres das partes constitui atos lícitos ou devidos, e não uma relação jurídica de exigibilidade, pois eles podem ser cumpridos ou não no processo, arcando os litigantes com as possíveis consequências caso optem em não realizar quaisquer atos (GONÇALVES, 1992, p.153).

Gonçalves difundiu a teoria de Fazzalari no Brasil por considerá-la peculiarmente muito bem estruturada, o que o fez introduzir em suas obras a interpretação detalhada de cada ponto que o mestre italiano utilizou para fundamentá-la. Ele salienta que segundo a visão estruturalista, o processo é uma “espécie” do “gênero” procedimento, e que este último por sua vez é uma atividade preparatória de um ato estatal, regulada por uma estrutura normativa, constituída por uma sequência de atos, normas e posições subjetivas do sujeito em face da norma (não face ao outro litigante), que se desenvolve dinamicamente em direção ao provimento final do Estado que possui caráter imperativo (GONÇALVES, 1992, p. 102).

Nessa visão, o procedimento jurisdicional não é um mero concatenar de atos processuais, ele alcança patamares maiores. Destaca-se que um dos pontos peculiares desta teoria é que o desenvolver da sequência de atos, normas e posicionamentos subjetivos que estão conexos, não ocorrem de maneira linear, pois a validade de um ato exercido no curso do procedimento dependerá da observância do conjunto de normas que disciplina sua incidência, caso contrário ele não integrará a estrutura, e esse movimento se mantém até a decisão final (GONÇALVES, 1992, p. 110-111).

Percebe-se que para essa teoria processual o juiz não detém superioridade em relação às partes, nem mesmo uma parte possui sobre a outra. Na verdade, os sujeitos processuais estão vinculados à norma, ocupam alguma posição subjetiva em relação a ela<sup>3</sup>.

Segundo Fazzalari, citado por Aroldo Plínio Gonçalves:

---

<sup>3</sup> A norma que dirá qual o movimento que deverá ser dado, lembrando que há uma orientação que pode ser seguida ou não pela parte, que consequentemente produzirá efeitos caso não seguida.

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas. (GONÇALVES, 1992, p. 112)

Em relação à terceira teoria fomentadora da discussão sobre a fonte do processo, há de se destacar as elucidações feitas pelo professor Aury Lopes Junior, tenaz crítico à Teoria Geral do Processo. Ele trata do tema pela abordagem específica do Processo Penal, e defende que a natureza jurídica do processo trata-se de uma situação jurídica e repudia que há no processo penal uma relação jurídica. O processualista salienta que a teoria de James Goldschmidt encontrada na obra *Prozes als Rechtslage* é a mais adequada para compreender o Processo Penal, haja vista que evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual (2014, p. 60-68).

Para Lopes Jr, a dinâmica do estado de guerra explica o fenômeno do processo, pois enquanto situação, em movimento, dá origem a expectativas (decisões favoráveis, assim como a própria sentença), chances (novas possibilidades oriundas dos atos realizados) e liberação de cargas (atribuições unilaterais), que quando aproveitadas ou não, geram consequências, ou seja, ônus e bônus. O professor enfatiza que alcança a sentença favorável (vence a batalha) aquele que melhor lutar, aproveitar as chances e diminuir os riscos, pois não há

como prever com segurança a decisão do juiz, estando aí a incerteza característica do processo (2014, p. 70-74).

O autor considera que a Teoria Estruturalista de Fazzalari contribuiu muito como o processo e afirma que ela é uma continuação dos estudos de Goldschmidt (2014, p.83). Ademais, ele salienta que a teoria fazzalariana contribuiu relevantemente para construção de um processo penal democrático na medida que reforçou a necessidade de um estrito cumprimento das regras do jogo. Entretanto, Lopes Jr frisa que o processualista civil não conseguiu com ela superar a complexidade do processo penal e acrescenta:

Nesse ponto entra FAZZALARI, como um contributo a tese de GOLDSCHMIDT, inserindo a noção de procedimento em contraditório, enfatizando a importância do contraditório pleno até a construção (em contraditório) do provimento final, reforçando a importância dos atos procedimentais (forma e vínculo entre os atos), para a (re)construção da teoria das nulidades. Significa dizer que a tese de FAZZALARI, sozinha, não dá conta do objeto processo penal, mas tem muito a contribuir para sua democratização e evolução. É possível conciliar os conceitos de processo como situação jurídica e processo como procedimento em contraditório, com os devidos ajustes, chegando assim ao nível necessário de eficácia constitucional das regras do jogo. (LOPES JR, 2014, p.88)

Lopes Jr (2014) enfatiza ainda a relevância dos estudos de Goldschmidt para a concepção de processo como um jogo, e aponta que um dos mais ferrenhos críticos a essa visão dinâmica de situação

jurídica, Piero Calamandrei, posteriormente rendeu homenagens a Goldschmid. Em sua doutrina, o autor expõe as principais críticas levantadas pelos opositores da teoria situacional, quando da sua criação, e as respectivas respostas daquele que a instituiu (2014, p.74-75). E completa:

Mas GOLDSCHMIDT estava certo, tão certo que CALAMANDREI retifica sua posição – e críticas – para assumir a noção de *processo como jogo*. O que o jurista alemão estava desvelando é que a incerteza é constitutiva do processo e nunca se pode prever com segurança a sentença judicial. Alguém duvida disso? Elementar que não. Como assumiu, anos mais tarde, CALAMANDREI, para obter-se justiça não basta ter razão, senão que é necessário fazê-la valer no processo, utilizando todas as armas, manobras e técnicas (obviamente lícitas e éticas) para isso.[...] Podem até dizer que não se tratava de uma plena concordância, é verdade, mas sim de uma radical mudança: de crítico visceral a pequenas divergências periféricas, com as homenagens pelo reconhecimento do acerto substancial. (LOPES JR, 2014, p.76)

Essa estrutura jurídica deve seguir o modelo constitucional de promoção e garantia aos direitos fundamentais do indivíduo, voltando-se exclusivamente para a efetivação de tais garantias, tornando-se um objeto de proteção contra o exercício abusivo do poder estatal, mesmo que ele alegue que está exercendo a substitutividade jurisdicional.

Pode-se aduzir, portanto, que o papel de cada sujeito processual e a incerteza sobre a decisão do julgador deve ser melhor compreendido por meio do estudo dos paradigmas processuais penais que antecederam esse modelo que vige na atualidade, pois possibilitará que seja evidenciado como é relevante para as partes, assim como para toda a sociedade, a existência efetiva do contraditório e da isonomia entre elas em um procedimento jurisdicional, pautado na mais ampla legalidade constitucional.

#### **4 SISTEMAS PROCESSUAIS**

Há quem diga ainda, que conhecendo o sistema processual penal vigente em determinado país, se conhecerá também o seu povo.

Nesse sentido, o professor André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria (2011) ensina que é de extrema relevância revisitar os elementos que moldaram cada sistema processual e olhar para esse passado em busca de adequar o sistema legal vigente à uma ordem normativa constitucional contemporânea. Ele explica que:

A forma de Estado adotada; a concentração do poder nas mãos de poucos ou sua distribuição ao povo; a observância dos princípios constitucionais do processo ou a utilização do processo como instrumento de dominação; a forma como se pauta a iniciativa probatória; o modo como o direito se legitima; dentre outros, são fatores indicativos da adoção de um ou outro sistema processual (FARIA, 2011, p.6).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998) define sistema por uma ideia básica de que ele se constitui de um conjunto de temas colocados em relação a um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.

Elucida Coutinho que:

Tal principio unificador, reitor, fundante, que se coloca no lugar da Verdade que se não pode dizer, é um mito, ou seja, a verdade (com minúscula) que é dita, como linguagem, no lugar daquilo que, sem sendo, não pode ser dito. É o significante primeiro. (COUTINHO, 2009, p. 108)

Com base nessa noção pode-se salientar que há um *princípio unificador* que assume a posição de um eixo central de uma unidade, e que perante esta giram vários temas jurídicos, normas e princípios, em prol de uma finalidade específica, constituindo-se o que pode ser denominado de sistema processual.

#### **4.1 Sistema Acusatório da Antiguidade**

Primeiramente, há de ser salientado que na antiguidade já existiu o denominado sistema acusatório, de essência privada e em contornos distintos do modelo contemporâneo. Na época os sujeitos essenciais do processo eram o acusado e aquele o qual o acusava, com características semelhantes ao direito grego. Todavia, com as invasões bárbaras pouco a pouco foi se alterando o modelo sistêmico da vingança privada para o da cognição estatal, *cognitio extra ordinem*, e a partir dessa mudança, gradativamente o Estado se tornou forte e organizado e

conjuntamente com a influência do direito canônico assumiu a posição de gestor dos conflitos sociais (FARIA, 2011, p. 8-15).

Constata-se que a atividade primária das partes é substituída, nessa fase da história, com o propósito de se adequar a resolução das demandas delitivas ao processo de desenvolvimento civilizatório pelo qual as sociedades passavam. Lamentavelmente ocorre o inverso, pois tal substituição da atividade é aos poucos desvirtuada por uma usurpação de papéis, em que não mais os ofendidos são os legitimados a atuar ativamente em prol da condenação do autor da ofensa, e muito menos um órgão próprio para a função, mas sim, o próprio o órgão julgador, instituindo uma verdadeira inquisição.

Nesse mesmo sentido, o professor Geraldo Prado descreve que a mudança de paradigma processual ocorreu de forma gradual:

O modelo processual, então baseado na iniciativa de qualquer cidadão, conviveu com o procedimento penal de ofício, reinstituído, alicerçado na denominada *cognitio extra ordinem*, até que, ao tempo de Diocleciano, a última estrutura passou a prevalecer *de jure*, alastrando-se das províncias na direção de Roma. (PRADO, 2005, p.133)

Faria corrobora com o entendimento:

Nesse quadro, diante da insuficiência da atribuição da persecução penal aos particulares, a Igreja Católica e o Estado passaram a pleitear a iniciativa da investigação. No início, a atuação da Igreja foi tímida, restringindo-se, tão somente, à punição de determinados crimes: as heresias. Posteriormente, seu universo de incidência foi

sensivelmente alargado, gerando sua ingerência em praticamente todos os delitos. (FARIA, 2011, p.13)

A partir da exposição acima nota-se que a introdução do sistema inquisitorial (esfacelador do contraditório e da igualdade processual) na sociedade não ocorreu de forma repentina e ou clandestina, mas sim lentamente e com a anuência do próprio direito romano. Mais tarde os sistemas se romperam e passou a vigorar somente aquele que tem por objetivo central a perseguição da verdade, de forma parcial e arbitrária, colocando nas mãos do inquisidor (acusador/julgador) enormes poderes, e permitindo, assim, o desencadear de grandes atrocidades.

## **4.2 Sistema Inquisitorial**

A história revela que os temas que contornavam o eixo central do denominado Sistema Inquisitorial certamente não eram sempre jurídicos, ou minimamente regidos pela razoabilidade ou proporcionalidade. De certo, como foi exposto, esse sistema não foi implantado na sociedade de uma só vez, mas sim, especialmente de forma astuta e maquiavélica, tanto que ainda permanece, depois de séculos, entranhado no subconsciente social e jurídico, mesmo que muitos não admitam.

A ilusória sensação de amparo jurisdicional trazida pela substitutividade estatal ilimitada, venda os olhos de indivíduos que por natureza nasceram livres.

Coutinho salienta que a aparição desse sistema ficou efetivamente marcada pelo IV Concílio de Latrão em 1215 quando se excluiu as partes da dinâmica processual. O réu passou a ser tachado como um pecador, o detentor da verdade a ser extraída, que estava dada *ex ante*, cientificada desde já pelo inquisidor que em um jogo de paciência e crueldade aguardava sua confissão (COUTINHO, 2009, p.104-105) . E ele continua:

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a **extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova**. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. (COUTINHO, 1998, p.166. grifos nossos)

O processo inquisitivo caracteriza-se por um procedimento secreto, escrito, no qual inexistem o contraditório, regras de igualdade e muito menos de liberdade processual. Neste modelo sistêmico o acusado é considerado um mero objeto que fica ao dispor do processo, sendo a confissão a rainha das provas e a tortura permitida em prol da descoberta da verdade. Ressalta-se que mesmo que houvesse a possibilidade do exercício do contraditório, este seria insuficiente, pois o devido processo legal ainda estaria sendo violado, uma vez que o juiz não respeitava os outros elementos que o compõe, como por exemplo, a equidistância em relação as partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 64).

Os autores esclarecem que:

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICCIONAL NO PROCESSO PENAL*

[...] a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente á pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoralmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p. 64)

A ampla iniciativa probatória e a sua liberdade em determinar a colheita de provas, mesmo fora da fase processual, possibilitava ao juiz, a partir do fato e utilizando-se da lei, chegar a conclusão que considerasse mais conveniente. Não obstante a isso, a principal característica desse sistema está na concentração de poderes na mão do inquisidor que impera de acordo com o regime político do absolutismo (LIMA, 2014, p.45).

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014), o Sistema Inquisitorial possui como discurso de fundo a efetividade da prestação jurisdiccional, a celeridade e a necessidade de segurança, de maneira que o réu está absolutamente em uma condição de sujeição, expressamente evidenciando que o interesse do indivíduo jamais poderá sobrepor ao interesse coletivo.

Nessa linha de raciocínio leciona FARIA:

E o pior é que a situação deve persistir. Enquanto dominar a noção de processo como simples instrumento a serviço da jurisdição que, por sua vez, ressalta a ideia de um judiciário justiceiro, detentor de todo o saber, indubitavelmente, as

alterações legislativas manterão o “status a quo”, e as que ousarem divergir, serão consideradas letra morta. (FARIA, 2011, p.36)

Por mais que se ouçam discursos de que determinadas prerrogativas do juiz estão ligadas a concretização da tutela jurisdicional, é perceptível que tais paixões, seja por uma posição de superidade em relação às partes ou pela ampliação de seus poderes instrutórios, estão intrinsecamente relacionadas à busca de verdade. Ressalta-se que, o que impera neste sistema não é um esforço técnico processual consonante à formação de uma verdade possível, a partir do que foi construído nos autos, mas sim a ilusão de uma verdade real que muitas das vezes leva o julgador a atuar ilegitimamente como parte.

### **4.3 Sistema Misto**

Antes de se falar no modelo atual de sistema processual penal, deve ser feita uma brevíssima análise do Sistema Misto ou, também conhecido como Acusatório Formal. É importante elencá-lo, uma vez que no contexto prático, a priori pode aparentar que o sistema processual brasileiro vigente é o supracitado. Entretanto, há relevantes críticas que serão apresentadas abaixo tendentes a redirecionar o olhar desatento desses incautos estudiosos do direito.

Aqueles que consideram que o Sistema Processual Penal Bifásico é o vigente no Brasil se embasam nas fases da persecução penal. Isso porque a fase pré-processual ou de investigação preliminar segue o modelo inquisitorial, caracterizando-se pela não adoção de todos os princípios processuais, procedimento sigiloso, entre outras características, e a fase processual por sua vez segue (deveria seguir) o

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

regramento do Sistema Acusatório. Contudo, deve ser salientado que a fase preliminar de investigação, pré-processual, não faz parte do processo, o antecede, e pode até ser dispensada, além do fato que as informações que ali são coletadas, como via de regra, têm um valor relativo, de caráter meramente informativo (FARIA, 2011, p. 28-32).

Lopes Jr explica que prefere fugir de uma maquiagem de conceitos, e afirma que o sistema processual penal brasileiro é (neo) inquisitorial (2014, p. 103-104). E finaliza tenazmente o professor:

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (LOPEZ JR, 2014, p.105).

Coutinho (2009) não tem dúvidas e salienta que tendo por base a noção de sistema pelo princípio unificador, o sistema inquisitório terá como princípio unificador o princípio inquisitório, e o sistema acusatório, por sua vez, terá o princípio acusatório (dispositivo) como eixo central, não comportando assim divisão, não podendo ter dessa forma um princípio misto e conseqüentemente um sistema misto.

A fase pré-processual, baseada nos ditames constitucionais, indiscutivelmente é um valioso instrumento para a consecução do projeto democrático, pois é o primeiro filtro a acusações criminais infundadas, prisões injustas e à própria garantia de uma condenação legítima, que não deixa margens para nulidades, ou mesmo à impunidade. Seu procedimento subsidia ao titular da acusação

elementos informativos que podem ser valorados, perante o contraditório judicial, como provas.

Uma sociedade democrática deve primar pela transparência de suas regras e normas, sejam de cunho material ou processual, e cuidar para que elas sejam límpidas e facilmente compreensíveis.

#### **4.4 Sistema Acusatório Constitucional**

Desde o início deste trabalho tem se buscado amadurecer a visão de que o Estado Democrático de Direito implantado pela CF/88 não deve ser concebido simplesmente como uma mudança formal de regime político. Na verdade, houve uma ruptura substancial de laços com o Estado Social e nesse novo contexto o indivíduo não mais deve ser tratado como um incapaz. Pelo contrário, a democracia exige um cidadão atuante, que participa das tomadas de decisões que irão incidir sobre eles em sociedade, e que não admite ser substituído por quem quer que seja.

É logicamente previsível que, em razão dessa postura ativa e autônoma, decorram muitas críticas e consequências positivas e ou negativas sobre cada conduta realizada por esse ator social, pois há um preço a se pagar pelo efetivo exercício da liberdade e da própria democracia<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Segundo Lenio Streck, “o constitucionalismo, exsurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui-a-ação do Estado” (STRECK, 2002, p.19). Portanto, é este diploma que deve guiar a ação (legalidade) daqueles que detêm alguma prerrogativa em razão do cargo público que ocupam, da mesma forma que é nele que todos aqueles que tiveram seus direitos violados ou que estão na iminência de os terem, devem se buscar guarida. Daí se extrai que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais trata-se do próprio núcleo axiológico do processo penal, sendo um fato, e não um mero ideal democrático.

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

Um processo acusatório é um processo de partes que em pé de igualdade perante um juízo imparcial garantidor do contraditório e da publicidade exercem o direito de ação. Esse sistema acusatório é direcionado pelo princípio dispositivo que consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundará a decisão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 64-70).

Com o enfoque mais aprofundado no campo processual penal Renato Brasileiro Lima salienta que:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1998 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat judex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativa que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes.[...] Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova (LIMA, 2014, p.46).

Lopes Jr. defende que o sistema acusatório é caracterizado pela distinção entre o órgão acusador e o julgador, sendo que a iniciativa em relação às provas é das partes. O juiz é um terceiro imparcial que proporciona igualdade processual a ambas as partes. Ainda em relação às suas particularidades, este modelo de sistema aplica-se, via de regra, a oralidade e a publicidade. As defesas são amplas, além do fato que a decisão judicial é baseada na livre convicção motivada do julgador, com a possibilidade de ser impugnada e submetida a um novo júízo, o duplo grau de jurisdição (2014, p. 94-95).

E o professor completa logo após:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero *objeto* para assumir sua posição de autentica parte passiva do processo penal (LOPES JR, 2014, p.95).

Nota-se que as partes neste sistema possuem mais autonomia em relação às suas respectivas atuações e o jogo processual se desenvolve dinamicamente pelos verdadeiros legitimados, sem que haja qualquer interferência desleal em favor de qualquer um dos lados. O juiz, nesse procedimento, tem um papel de extrema relevância, pois sua atuação é constitucional, ou seja, “constanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria” (LOPES JR, 2014, p.160). Ele passa a ser o garantidor das regras do jogo, provém a regularidade e mantêm a ordem dos atos processuais

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

realizados pelas partes, podendo requisitar, inclusive, caso seja necessário, o poder coercitivo do Estado (LOPES JR, 2014, p.160).

O sistema acusatório, segundo Coutinho, não prega um sistema processual que é a favor do acusado, como salientam muitos desavisados, principalmente os favoráveis ao uso da força, “desde que seja *contra os outros, obviamente*”. O sistema destaca o papel das partes, fato que não se confunde com impunidade, mas sim de um procedimento transparente que segue as regras constitucionais do jogo (2009, p.115, grifo nosso).

Criticamente ele frisa:

A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de seqüência, os cidadãos individualmente tomados. (COUTINHO, 2009, p.114)

Há de se zelar pelo emprego das regras constitucionais, possibilitando àqueles que serão afetados pelo provimento final atuarem como verdadeiros coautores construtores da decisão judicial e não como simples destinatários. O jogo processual tende desta forma a se tornar efetivamente democrático, independente do resultado.

## **5 A GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PLENO**

A CF/88 garante em seu artigo 5º, caput, a inviolabilidade do direito a liberdade e à igualdade, e no inciso LV do mesmo artigo,

assegura “aos litigantes” “e aos acusados em geral” “o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Todavia, como perceber se a garantia ao contraditório foi ou não respeitada em um processo penal? Se a atuação das partes não foi substituída por exemplo pela atuação do julgador? Para responder esses questionamentos deve-se analisar as principais concepções sobre esse princípio, primeiramente conhecendo a visão clássica da doutrina, para depois, então, sua contemporânea concepção.

Classicamente a doutrina concebe o contraditório como uma garantia das partes em serem cientificadas dos atos processuais, abarcando uma visão de publicidade, e de ser oportunizado a elas a livre manifestação em processo com as mesmas condições da parte adversa, ou seja, direito a informação e à reação em simétrica paridade de armas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 61).

Nesse caminho, as formas de cientificação são compreendidas pela citação, intimação e a notificação. A citação corresponde ao ato de dar ciência a alguém sobre a instauração de um processo em seu desfavor (na seara penal aduz se que há uma pretensão punitiva contra o citando) (LOPES JR, 2014, p.757). A intimação consiste em cientificar os envolvidos no processo dos atos que estão sendo realizados durante a dinâmica procedimental e os respectivos comandos que são expedidos por essas movimentações (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 62).

Em relação à notificação, esta é uma terminologia utilizada em procedimentos especiais à comunicação processual, que visa uma maior garantia da presença do réu em juízo, como ocorre nos casos que envolvem servidores públicos (LOPES JR, 2014, p.760). A bilateralidade dos atos contrários se dá em não deixar de incidir sobre o desenrolar do procedimento a efetiva contrariedade das partes, ou seja,

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

oportunizá-las a resposta de forma equilibrada (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 63).

Estes últimos enfatizam:

Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis).[...] Em virtude constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.63)

No tocante à reação, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 54-55) elucida que o instituto jurídico era compreendido a partir de uma mera possibilidade de manifestação das partes. No entanto, descreve que houvera com o passar do tempo uma mudança significativa em relação à concepção de isonomia, tendo esta evoluído de uma simples visão formal de igualdade, para uma igualdade substancial, onde se tem a pretensão de igualar os desiguais, o que refletiu diretamente na noção de contraditório. Logo após, o professor enfatiza que no campo processual penal o contraditório deve ser ainda mais contemplado, pois está em risco a liberdade de locomoção do acusado:

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no

sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (*par conditio* ou paridade de armas). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2014, p.55)

Há, todavia, correntes doutrinárias atuais que consideram que a visão clássica sobre o contraditório é coerente, mas ainda insuficiente para atender o paradigma democrático atual. Pela contemporânea concepção, o real exercício do Princípio do Contraditório somente se consuma quando se pode evidenciar no caso concreto, além dos elementos clássicos, cientificação e oportunidade de resposta em simétrica paridade de armas, também a efetiva possibilidade de influencia das partes sobre o julgador e que este ao final não lhes trouxe como fundamentação à sua decisão elemento surpresa (NUNES, 2007).

O professor Dierle José Coelho Nunes discorre que novas leituras do conteúdo do princípio e dos sujeitos do contraditório devem ser realizadas em uma visão de bilateralidade da audiência, como simétrica paridade de armas e como garantia de influência. Para ele o contraditório não constitui uma obrigação, mas, sim uma faculdade do seu exercício, podendo ser vislumbrado em mais de uma concepção, seja preventivo (pedidos liminares, *inaudita altera parte*, observado a permissão legal e adequação ao caso concreto) ou sucessivo (em fase

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

recursal por exemplo), mas sempre com base em uma estrutura processual dinâmica e não estática (NUNES, 2007).

Nunes ainda ressalta que o contraditório também possui como característica a garantia de não surpresa, salientando ser imprescindível uma estrutura técnica que possibilite a sua existência sem omitir a necessidade de rapidez do término do processo. Ao analisar o contraditório em outros ordenamentos jurídicos, ele racionaliza que:

Como se viu a percepção ampliada dos sujeitos do contraditório conduz a uma extensão de sua implementação, pois seus perfis dinâmicos na leitura francesa e germânica criam para o magistrado uma verdadeira impossibilidade de aplicar a tutela ordinariamente, sem prévio debate com os sujeitos parciais, impondo-lhe um dever de provocar o contraditório sobre todas as matérias decididas, mesmo que de conhecimento oficioso. O ativismo judicial que permitia ao magistrado o exercício de um poder praticamente solitário ganha uma baliza procedimental constitucional importantíssima que sem esvaziar os poderes diretores do órgão judicial adequamos a um perfil democrático e participativo (NUNES, 2007, p.16).

André Faria (2011), ao expor sobre a garantia de influencia e da não surpresa, sem rodeios vai ao âmago da nova visão sobre o contraditório e salienta que garantir a efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade multicultural é o objeto central do processo penal em uma verdadeira democracia, e que apenas a partir da

observância dos princípios formadores do esquema geral mínimo de processo constitucional é que se legitima a atividade probatória:

De forma específica, pode-se afirmar que o princípio do contraditório, cuja leitura impõe uma análise a partir de uma perspectiva dinâmica pela qual não se limita ao dizer e contradizer e exige que as partes tenham iguais oportunidades de, efetivamente, influenciarem nas tomadas de decisão que porventura afetá-las, impede a iniciativa instrutória do juiz que, ao auxiliar a acusação, desconfigura a simétrica paridade na qual o procedimento deve estar pautado.[...] Portanto, necessário que o juiz, **ainda que seja para rechaçar uma determinada prova, analise todos os argumentos trazidos pelas partes**, possibilitando a elas, em simétrica paridade, participar de todo o *iter* probatório (FARIA, 2011, p.128-129, grifo nosso).

Chega-se, então, ao ponto nevrálgico do presente trabalho, a necessidade de se extirpar do ordenamento jurídico brasileiro os ranços inquisitoriais que violam gravemente a garantia constitucional ao exercício do contraditório. E a principal fonte normativa infraconstitucional que subsidia a prática de condutas não democráticas é o Código de Processo Penal Brasileiro, um diploma instituído na década de 1940, quando se vigorava a ditadura Vargas, em um período que ficou conhecido como Estado Novo.

Há nesse diploma legal várias normas que concedem ao juiz, o sujeito processual sobre o qual recai o dever de imparcialidade, prerrogativas que o permite usurpar o papel das partes, com o fundamento de que ele está exercendo a atividade substitutiva

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

jurisdicional do Estado. O artigo 209 do CPPB é um exemplo dessa rancidez, pois salienta que pode o juiz, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. Há uma violação evidente do contraditório, uma vez que o magistrado não é parte, apenas tem o dever de julgar a demanda a partir do que foi produzido de provas pelas partes.

Existem mais exemplos, como os artigos 5º, II; 13,II; 241; 385 entre outros no CPPB. Destaca-se, entretanto, que o dispositivo normativo que mais evidencia a violação ao Sistema Acusatório Constitucional em favor do Sistema Inquisitorial(aquele que legitima a substitutividade estatal ilimitada) é o artigo 156, inciso I e II desse mesmo diploma legal. O legislador de 1941 concedeu ao julgador o poder de gestor da prova, podendo ele ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal a produção de provas, além de também lhe ser lícito determinar a realização de diligências durante o curso da instrução.

Em termos simples, é possível salientar que a garantia constitucional ao contraditório concedida aos litigantes, segundo essa norma infraconstitucional, pode ser relativizada à discricionariedade do julgador. E mais, é permitido a ele que saia de sua posição de terceiro imparcial, substitua o acusador ou a defesa e se movimente em busca de provas, como se não existe o in dubio pro réu que o ampara na dúvida.

Sobre o tema muito bem, aliás, leciona Gonçalves quando aduz que:

O contraditório tem sua essência e o seu objeto.  
Onde ele está presente, o processo jamais será

uma estrutura vazia, um esqueleto “descarnado”, uma construção sem conteúdo. É pelo desenvolvimento do contraditório que o processo se desenvolve, e o contraditório é pleno de vida. É no âmago da coesão entre sua essência e seu objeto que o direito material, que será apreciado e decidido na sentença, é discutido, que o jogo de interesses divergentes torna-se real, que as partes desvelam o direito material que afirmam ter, e que se contrapõem nas afirmações dos direitos materiais que são mutuamente negados.[...] Mas aí está a grandeza do contraditório. **A sua presença possibilita que as partes construam**, com o juiz, o ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem **da formação da sentença** (GONÇALVES, 1992, p.170-171, grifo nosso).

Não há uma crítica depreciativa em relação à visão clássica do contraditório, mas sim, um repúdio doutrinário expresso à violação desse princípio pelo Estado-juiz, ainda que o argumento seja o exercício da atividade substitutiva jurisdicional. Está com as partes a legitimidade para a atuação em contraditório, as prerrogativas instrutórias do juiz estão ligadas à regência do feito, jamais deve ele extrapolar seu papel.

## **5.1 A íntima relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais**

Não há como discorrer sobre o contraditório sem que seja feita menção à fundamentação das decisões judiciais, pois tais institutos jurídicos estão intimamente ligados. A CF/88 em seu artigo 93, inciso

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

IX, salienta que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O julgador está expressamente vinculado ao cumprimento do preceito Constitucional, não há margem para escolha.

Morais da Rosa ao falar da decisão judicial e do paradoxo da reconstrução do crime adverte que em processo penal só se pode narrar retrospectivas, sendo que deverá ser um terceiro, ignorante em relação aos fatos, que procederá a essa narrativa prospectiva. Segundo ele, ela deverá ser estruturada minimamente, de forma que possa lhe ser atribuída ao final o atributo de provado (ou não provado, caso que direcionará a uma absolvição), pois o delito é um evento único e complexo, e as dificuldades probatórias são inúmeras (2014, p. 206).

O magistrado ao aduzir sobre o resultado final do jogo processual, salienta que:

Um novo plano para análise da construção de decisões jurídicas demanda perceber as condições extra-discursivas que co-determinam o discurso jurídico, com efeitos da política, ideologia e pessoais – (in)conscientes –, ou seja, os determinantes conotativos que estão no campo da semântica, colmatados a partir do senso comum teórico, em cotejo com a singularidade do caso e do julgador. Desse jogo processual dado surge a decisão. (MORAIS DA ROSA, 2014, p. 204)

Dentro desse mesmo contexto, Faria ao criticar os poderes instrutórios do juiz no processo penal, enfatizando as partes como os únicos sujeitos processuais legitimados a atuarem ativamente, defende que a própria exigência de que a decisão seja proferida por um terceiro

imparcial veda ao julgador um contato prévio com as provas, pois ele seria contaminado e conseqüentemente colocaria em perigo a sua imparcialidade. E logo leciona que se deve zelar pelo procedimento normativo que rege a construção da decisão judicial, pois a imparcialidade não se confunde com neutralidade, devido o fato de que todo magistrado possui suas próprias crenças, opiniões, vivências subjetivas, e que podem estas vir a influenciá-lo no momento que exterioriza o provimento final (2011, p.129).

O mestre acrescenta uma reflexão interessante:

Ademais, ao dotar o juiz de poderes instrutórios, corre-se o risco da ocorrência de uma inversão na ordem normal do procedimento decisório, de modo que o juiz que já tenha tido algum contato prematuro com a prova, por caminho avesso, primeiramente profira sua decisão e, em seguida, adequo o procedimento ao que já fora anteriormente decidido com base nas suas convicções pessoais ou em pré-julgamentos. A simples determinação para a realização da prova, ainda que ela seja realizada com a observância do contraditório, pode fazer que a fundamentação das decisões torne-se apenas um engenhoso mecanismo legitimador de preconceções. (FARIA, 2011, p.129)

É perigoso dotar aquele que tem a incumbência de conduzir o procedimento de forma imparcial, com prerrogativas que são das partes, ou mesmo, possibilitar que este atue como se parte fosse, substituindo as em sua atividade probatória, usurpando o papel que lhes cabe e mitigando a garantia constitucional ao contraditório. Não se deve

permitir a usurpação de papéis no ordenamento jurídico, e ressalta-se que vige no Brasil um Estado Democrático de Direito.

Nunes resume muito bem o porquê em se dizer que há uma íntima relação do princípio da fundamentação das decisões e o princípio do contraditório quando citam Colesanti, e desfere que:

Dentro da perspectiva trabalhada e para o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz ao enunciar os fundamentos da decisão deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam fáticos e/ou jurídicos. (NUNES, 2007, p.14)

Haverá, então, uma decisão judicial legítima, quando houver uma fundamentação “robusta”, que entra no cerne de cada ponto controvertido exposto pelas partes durante a dinâmica processual. Destaca-se que uma fundamentação superficial, capenga, esvazia o contraditório, haja vista que se pode até cientificar as partes e lhes possibilitar a devida manifestação. Contudo, nesse mesmo procedimento poderá ocorrer uma negativa genérica que maquia a real chance de influencia ao Estado-juiz, pois ele pode se autoconvencer ilegitimamente.

O julgador pode simplesmente não conhecer dos fatos alegados por elas no exercício da reação, e proferir genericamente uma

motivação, a exemplo de “pelo já exposto nos autos do processo, decido”<sup>5</sup>.

Não houve o respeito ao contraditório e muito menos à fundamentação das decisões, e conseqüentemente há inobservância ao devido processo legal.

O Novo Código de Processo Civil exige expressamente em seu artigo 489, inciso IV, que as decisões judiciais “enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Uma decisão não consubstanciada ao exercício pleno do contraditório pelas partes, com possibilidade concreta de influência, não tem validade constitucional, aduzindo a um provimento final nulo de direito.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O projeto democrático brasileiro engatinha rumo a sua pretendida concretização, não se podendo negar que se encontra ainda muito distante do arquétipo idealizado pelo Constituinte originário de 1988.

Ao se analisar o atual ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no campo do direito processual penal, evidencia-se nitidamente que vários resquícios do Estado Social (i)legalmente

---

<sup>5</sup> Outrora enfatizou Passos sobre como se vive cotidianamente nos fóruns do Brasil: Quem não é cidadão em face de quem o julga carece de cidadania em termos absolutos. Infelizmente, nós, brasileiros, assim nos sentimos diante de nossos magistrados, vítimas, também eles, de um sistema que primou por dizer-se democrático e institucionalizar-se de modo excludente e autoritário.[...] É o depoimento sincero de quem viveu e vive a paixão pelo Direito, alimentando a forte crença que só através dele, se democraticamente produzido e aplicado, somos capazes de concretamente, em nosso cotidiano, ser e sentirmo-nos livres. (PASSOS, 2000, p.117)

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

continuam a subsidiar a hiper atuação do julgador em detrimento do exercício do contraditório entre as partes. Há de se destacar o CPPB como um dos diplomas legais que mais contêm normas que não coadunam com o novo paradigma. Pode-se elencar como exemplos os seus artigos 156, I e 385 que respectivamente permitem que o juiz determine a produção de provas, sem ser provocado, antes mesmo de iniciar a fase processual, e possibilita-o condenar o réu, em crimes de ação penal de interesse público, ainda que o Ministério Público (o titular da acusação) peça a sua absolvição.

Destaca-se que o processo penal se apresenta, nesse novo contexto, como um instrumento indispensável a consecução do projeto democrático, pois estabelece as regras do jogo, entre elas a garantia a um contraditório pleno. A partir da CF/88, o contraditório passou a contemplar em seu bojo elementos a mais para sua formação além do direito de cientificação e a possibilidade de reação. A carta magna passou a exigir a real possibilidade de influência sobre o julgador e a garantia de que as partes não serão surpreendidas na decisão judicial com elementos não discutidos durante a dinâmica procedimental.

Ademais, na observância do contraditório entre as partes, art.93, IX, da CF/88, deve o juiz ao fundamentar sua decisão, demonstrar que contemplou em sua análise jurídica todos os pontos controversos que os litigantes trouxeram ao seu conhecimento, mesmo que para refutá-los.

Buscou-se expor por meio deste trabalho que o contraditório pleno entre as partes é o limitador constitucional do exercício da atividade substitutiva do Estado. Este último tem o dever de evitar a autotutela e o faz representado pelo juiz, que analisando a pretensão de cada litigante, seus respectivos fundamentos legais e seus elementos

probatórios, ao final do procedimento jurisdicional, desfere o provimento final, dizendo com quem está a razão e determinando ou não consequências legais.

Ressalta-se que quem realiza a dinâmica processual são as partes, elas que constroem a decisão judicial e estão legitimadas constitucionalmente a aderir uma postura procedimental ativa. Não há de se falar em relação jurídica em âmbito processual penal, e sim em um procedimento estrutural, previamente estabelecido, em que as situações jurídicas se desenvolvem por meio do contraditório entre os litigantes em simétrica paridade armas.

Nesse diapasão, foram brevemente revisitados os sistemas processuais penais e identificado o Sistema Acusatório como o contemplado pela CF/88. Ele garante às partes o protagonismo processual, atribuindo aos juízes concomitantemente não uma posição superior a elas, mas o papel fundamental de garantidor do devido processo legal e por consequência dos direitos e garantias individuais.

É, portanto, inadmissível conceber um procedimento jurisdicional em que a liberdade de um indivíduo (sujeito de direitos e deveres, e não um mero objeto) está em jogo, que não esteja em conformidade com constituição vigente. O Estado substitui os contendentes para garantir que as regras do jogo serão respeitadas, e para isso fornece o local em que se desenvolverá a dinâmica processual, a jurisdição, mas nunca, por mais tentador que seja, deve ele usurpar o papel de parte que não lhe cabe.

## **REFERÊNCIAS**

*O CONTRADITÓRIO PLENO ENTRE AS PARTES COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL DA SUBSTITUTIVIDADE JURISDICIONAL NO PROCESSO PENAL*

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVE, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a.30, n.30, 1998, p.163-198.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal, Uma análise a partir do Modelo Constitucional de Processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa** In: DIDIER JR, Fredie. (org.) Teoria do Processo -Panorama doutrinário mundial. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

PASSOS, José Joaquim Calmo de. **Direito, poder, justiça e processo - Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1,nº. 1, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.