



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente: Ministro José Antonio Dias Toffoli

Corregedor Nacional de Justiça: Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins

Conselheiros: Aloysio Corrêa da Veiga

Maria Iracema Martins do Vale

Márcio Schiefler Fontes

Daldice Maria Santana de Almeida

Fernando César Baptista de Mattos

Valtério Ronaldo de Oliveira

Francisco Luciano de Azevedo Frota

Arnaldo Hossepian Salles Lima Junior

Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva

André Luiz Guimarães Godinho

Maria Tereza Uille Gomes

Henrique de Almeida Ávila

Secretário-Geral: Carlos Vieira von Adamek

Diretor-Geral: Johaness Eck

Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica

Secretário Especial Richard Pae Kim

Juizes Auxiliares Carl Olav Smith

Flávia Moreira Guimarães

Livia Cristina Marques Peres

Revista CNJ / Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

- Vol. 1, n. 1 (2015) – Brasília, CNJ, 2015 –

Semestral

Até o v. 2, 2017, publicada anualmente.

e-ISSN 2525-4502

1. Direito – Periódicos I. Brasil, Conselho Nacional de Justiça.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SEPN Quadra 514 norte, lote 9, Bloco D, Brasília-DF

CEP: 70760-544

CNPJ: 07.421.906/0001-29

ARTIGOS

A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade

Por Felipe Martins Pinto
Paula Brener

Resumo: Analisa-se a eficácia democrática desenvolvida pelo contraditório no processo penal. Parte-se da hipótese de que o princípio, enquanto direito humano, autoriza a atuação do acusado para além da estrita legalidade, de modo a fazer valer sua participação de modo pleno e efetivo. Compreendendo a geometria do processo penal em sua singularidade, caracterizada pela desigualdade apriorística entre as partes, buscar-se-á demonstrar que a legitimidade da atuação do Ministério Público decorre de seu vínculo de representatividade com a sociedade, estando, por essa razão, adstrita à legalidade, enquanto o acusado tem sua atuação legitimada pelo direito humano do contraditório. Trata-se de pesquisa de vertente jurídico-dogmática, de tipo compreensivo-propositivo, desenvolvida em uma investigação teórica, com prioridade para a análise de conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório; Participação; Estado Democrático de Direito; Direitos Humanos; Processo Penal.

Abstract: The study analyses the democratic effectiveness of the contradictory principle in criminal procedure. It is hypothesized that the contradictory principle in a Democratic state enable the defendant to act beyond the strict legality, enforcing one's participation in criminal procedure. Conceiving the criminal procedure unique geometry characterized by an a priori inequality between parties, it will be demonstrated that the legitimacy of the Prosecution derives from the norm, being attached to legality, while the defendant legitimacy derives from the principle, which ensures its effective participation. The article is a legal-dogmatic research, of understanding-propositive type, developed as a theoretical investigation, prioritizing content analysis.

KEYWORDS: Contradictory principle; Participation; Democratic state; Human Rights; Criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

A natureza de um Estado Democrático de Direito não compreende apenas a forma de eleição de seus representantes, mas exige a estruturação dos Poderes de modo a assegurar a participação dos indivíduos em todos os atos de poder que irão afetá-los. Nesse sentido, consiste a democracia em um "critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos"¹. Isto porque, mesmo em um Estado Democrático de Direito, o ordenamento inevitavelmente será produto da vontade da maioria. Ainda que possa ser modulado pelos princípios e mandamentos constitucionais assegurando-se os direitos das minorias, necessariamente as suas normas serão reflexo da perspectiva de uma maioria, não abarcando em sua abstração e generalidade o ponto de vista de cada um dos cidadãos. No processo, é o princípio do contraditório que assegura ao indivíduo sua efetiva participação na construção do ato de poder que potencialmente irá afetá-lo, oportunizando-lhe levar para a construção dos fatos a sua individualidade e contexto.

O presente artigo se debruça justamente sobre a eficácia democrática desenvolvida pelo princípio do contraditório no processo penal. Adotando como marco teórico a teoria do processo como espécie de procedimento realizado em contraditório desenvolvida na obra "Instituições de Direito

Processual", de Elio Fazzalari,² segundo a qual propõe-se o estudo da amplitude e eficácia do princípio do contraditório sob a ótica daqueles por ele tutelados, os destinatários da sentença criminal.

Ademais, adota-se como premissa o papel da legalidade enquanto meio de limitação do Estado-poder e garantidor de previsibilidade e segurança jurídica, o presente trabalho se concentrará no teste da hipótese de que o contraditório não apenas legitima a atuação do acusado no processo, como também confere uma abertura epistemológica para o permanente incremento de sua atuação para além da legalidade. Em outras palavras, investiga-se a hipótese de que as determinações procedimentais do processo penal forneceriam os parâmetros iniciais da atuação do acusado, o qual poderia atuar para além dessas determinações, suportando, para tanto, o ônus argumentativo de eventual expansão.

Observe-se, antes do mais, que o presente artigo adota como recorte metodológico a aplicação da hipótese no processo de conhecimento do rito ordinário.

No primeiro tópico, será delineada a conformação dos princípios no Estado Democrático de Direitos, especialmente quando aqueles assumem a natureza de direitos fundamentais. No segundo tópico, será analisada

1. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.158.

2. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

a legitimação para atuar no processo e seus fundamentos para o Ministério Público e para o acusado no processo penal. No terceiro ponto, será apresentada a tese central do presente trabalho, a eficácia do contraditório em impulsionar a atuação do indivíduo para além da legalidade. Então, como forma de demonstrar sua concretude, no quarto tópico a tese será aplicada a quatro situações práticas: a possibilidade de prorrogação do prazo legal; a possibilidade da Defesa arrolar testemunhas para além do número legal; a ilegalidade da manifestação do Ministério Público após a Defesa fora das hipóteses legais e a ilegitimidade da atuação de uma parte civil no processo penal. Após esse ponto serão então apresentadas as considerações finais do trabalho.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIOS NO PROCESSO PENAL: REVISÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

A inicial construção dos direitos humanos ocorre em um cenário liberal, voltando-se para uma função negativa e formal desses direitos frente ao Estado. Produto de diversas iniciativas, especialmente da escola de ilustração e tendo como corolário a Revolução Francesa, os direitos humanos de primeira geração foram inicialmente percebidos como uma baliza ao Estado, exercendo eficácia negativa no sentido de proteção do indivíduo frente ao Estado-poder. Como afirma Picardi, "os direitos existem porque o Estado decidiu se autolimitar. O Estado de Direito se submete ao seu próprio direito positivo. Vige, nele, portanto, o primado da lei, que se traduz no princípio da legalidade"³.

A gradual transformação do modelo de Estado Liberal para o Social e, posteriormente, ao Democrático de Direito é acompanhada também de uma modificação da natureza dos direitos fundamentais. Estes assumem uma definição dos material, com aplicabilidade direta e oponíveis unidirecionalmente ao Estado⁴. O que caracteriza um princípio como direito fundamental é exatamente o seu caráter jurídico-positivo, que permite a sua reivindicação independentemente do amparo legislativo. A lei não exaure a atuação processual do acusado em cada ato do processo, mas, ao contrário, a legalidade consolida apenas um parâmetro mínimo de participação.

Para além de uma barreira à atuação estatal, os princípios assumem uma função dirigente, impondo uma postura ativa do Estado na sua efetivação. Sua eficácia se amplia para além de proibição de intervenção, tornando-se imperativos de tutela⁵. Mais que um dever de abstenção,

o Estado passa a assumir também uma função protetiva no sentido de assegurar a materialização desses direitos e garantias. Conforme Marcio Luís de Oliveira, os princípios possuem uma dimensão sistêmico-funcional negativa e uma dimensão sistêmico-funcional positiva. Na primeira, operam no sentido de estabelecer "premissas e diretrizes limitadoras (vedações) para o sistema jurídico". Já em sua dimensão positiva, "estimulam o aprimoramento do sistema jurídico", apontam a direção da tutela jurídica, impõem a compatibilização e adequação das normas jurídicas, etc.⁶

Os princípios, conforme lição de Márcio Luís de Oliveira, são normas jurídicas que possuem dois destinatários. O primeiro deles, destinatário imediato, tem sua atuação vinculada ao dever de observância e execução dos princípios. O segundo deles, destinatário mediato, indivíduo tutelado pelo princípio, beneficiado pela ação vinculada do destinatário imediato⁷. A distinção em relação às regras estaria exatamente nessa figura de um destinatário beneficiado. Regras possuiriam destinatários-observadores e destinatários-executores, mas não um indivíduo tão somente beneficiado.

Assim, os princípios incidem sobre as funções do Estado (legislativa, executiva e judicial), impondo aos agentes públicos, destinatários imediatos, o dever de observância e execução no exercício de suas funções. Dessa forma, a conduta dos membros do Ministério Público e magistrados no processo penal se encontra vinculada à observância do contraditório, da ampla defesa e dos demais princípios⁸. Eles exercem suas respectivas funções conforme as determinações normativas, devendo sempre observar os princípios e garantias processuais. Transpondo-se essa conceituação para a seara processual penal, compreende-se que é o réu a parte tutelada pelos princípios, os quais desenvolvem sua eficácia no sentido de concretizar a realidade constitucional.

Atualmente, uma das mais difundidas construções teóricas acerca dos princípios é a teoria da ponderação de Robert Alexy. Segundo o autor, ponderação é a forma de aplicação dos princípios, a "medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto"⁹, a qual se desenvolve pelo exame da proporcionalidade – subdividida em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu. Embora a teoria tenha se difundido amplamente nos diversos ramos do direito como importante instrumento de racionalização de decisões judiciais, sua aplicação parece completamente inadequada

3. Tradução do excerto original: "(...) I diritti esistono perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Lo Stato di diritto si sottomette al suo stesso diritto positivo. Vige, in esso, pertanto, il primato della legge, che si traduce nel principio di legalità (Gesetzmässigkeit)" (PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p.159).

4. Nesse sentido a lição de Luciano Feldens: "No caso dos direitos fundamentais essa característica vem acrescida da aplicabilidade direta, a indicar que podem ser reivindicadas perante o Poder Judiciário sem a necessidade de mediações legislativas. Isso significa a afirmação do caráter jurídico-positivo (e não meramente pragmático) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, de modo que já não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem apenas nos termos do conteúdo que por estas lhe é dado. Diz-se, por isso, que os direitos concebidos como fundamentais têm sua juridicidade reforçada". FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.56.

5. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.65.

6. OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.201.

7. Destaca-se o seguinte excerto: "Por seu turno, os princípios, na qualidade de normas jurídicas, possuem ainda, dois destinatários distintos: a) os destinatários imediatos; b) os destinatários mediatos. Os destinatários imediatos são aqueles que possuem sua ação vinculada ao dever de observância e ao dever de execução (aplicação) dos princípios jurídicos; logo, eles são, simultaneamente, destinatários-observadores e destinatários-executores dos princípios. Já os destinatários mediatos são os beneficiados pela ação vinculada dos destinatários imediatos, em relação ao cumprimento, por esses últimos, do dever de observância e do dever de execução dos princípios jurídicos; ou seja, os destinatários mediatos não são nem destinatários-observadores e nem destinatários-executores dos princípios, mas beneficiados pela conduta dos destinatários imediatos". OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.216.

8. OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.216.

9. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. par. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.146.

ao processo penal, uma vez que, como visto anteriormente, não se contrapõem interesses nesse tipo de processo. Da mesma forma, não há que se falar em contraposição de princípios. Isso porque, como afirmado anteriormente, o processo penal não tutela, mas somente atua após ocorrida a violação a algum direito¹⁰.

É o que identificou Ronald Dworkin ao desenvolver sua teoria da integração ou adequação. Buscando afastar a discricionariedade e o decisionismo das teorias positivistas, o autor eleva os princípios ao patamar de normas. A partir do reconhecimento de sua força vinculativa, coloca a observância aos direitos fundamentais como requisitos para a legitimidade do direito. Para além dessa contribuição inicial, ao trabalhar a contraposição de princípios, nos diferentes tipos de processo, percebe que o processo penal assume uma dinâmica única.

Conforme o autor, a "geometria do processo penal", diferentemente do que ocorre no processo civil, não coloca direitos concorrentes uns contra os outros. Percebe o autor que, diante da centralidade dos direitos do indivíduo acusado no processo penal, não cabe a contraposição simétrica de princípios neste processo. É a preferência da sociedade manter em liberdade sujeitos culpados para assegurar que não se prenda um inocente, o que afasta a possibilidade de contraposição de interesses e políticas do Estado aos direitos do réu no processo¹¹. A escolha pelo equilíbrio somente é apropriada diante da concorrência de direitos, o que não ocorre no processo penal em um Estado Democrático.

Em um processo penal constitucional, o autor verifica que, de modo similar à lição de Marcio Luís, o único titular de direitos humanos positivados na forma de princípios é o acusado, figura hipossuficiente diante do Estado-poder no processo. Suas garantias não são meras formalidades que possam ser suprimidas, mas verdadeiros pilares do processo penal¹². Nesse sentido, Dworkin aponta para uma teoria dos direitos assimetricamente válida no processo penal, tese muito próxima àquela que será desenvolvida nos próximos capítulos. Segundo o autor, políticas e interesses do Estado somente possuem aplicação no processo penal quando *in bonam partem*, isso porque o acusado inocente possui o direito de ser absolvido, não possuindo o Estado "nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado"¹³. Dessa forma, diante de um caso difícil que coloca em questão as regras probatórias e as garantias processuais, poderiam ser aplicados argumentos de política e interesses

do Estado que ampliassem a liberdade e as garantias do acusado¹⁴.

Em um modelo de Estado Democrático, como reconhece o autor, a restrição de um direito é consequência muito mais grave do que a sua inflação. O reconhecimento de um direito impõe ao Estado uma atuação consistente, não podendo ocorrer a supressão de direitos e garantias quando implicar certo custo social. Do contrário, "a incapacidade do governo em ampliar o direito irá demonstrar que seu reconhecimento no caso original é uma impostura, uma promessa que ele pretende manter apenas até o momento em que este se tornar um inconveniente"¹⁵. Diante do exposto, resta claro que os direitos fundamentais abarcados pelos princípios no processo penal constitucional são titularizados pelo acusado, enquanto único sujeito por eles tutelado no processo, e aplicam-se ao processo de forma plena, podendo ser ampliados pelo Estado, mas não restringidos por ele.

3 LEGITIMAÇÃO PARA ATUAR NO PROCESSO

Como visto, o ordenamento jurídico inevitavelmente é produto da vontade da maioria, ainda que o atual estágio de desenvolvimento do processo legislativo ofereça diversos mecanismos de ampliação e abertura para potencializar o debate. Mesmo em um Estado Democrático de Direito, no qual se asseguram os direitos das minorias, necessariamente as suas normas serão reflexo da realidade de uma maioria, não abarcando em sua abstração e generalidade as peculiaridades do contexto de cada um dos cidadãos individualmente.

Quanto a peculiaridade democrática, qual seja, o ordenamento jurídico é fruto da vontade da maioria, esclarecedora a lição de Émile Durkheim sob o ponto de vista da sociologia jurídica. Segundo o autor, nas grandes sociedades atuais somente pode atuar o Estado caso desnature as particularidades e condições especiais da infinidade de indivíduos que a compõem¹⁶. Nesse contexto, o princípio do contraditório no processo penal consolida o seu papel, a efetiva participação dos interessados e dessa forma permite um fechamento democrático, uma vez que o ato de poder final abarque a realidade e individualidade dos acusados. E não podia ser diferente em um Estado de Direitos, diante do enorme risco que o processo impõe à liberdade do acusado, constituindo o contraditório uma garantia que lhe assegura o direito de se defender, apresentar sua verdade, sua realidade e seu interesse¹⁷.

10. Vale notar que mesmo Robert Alexy não deixou de perceber princípios aos quais não se aplicava a sua teoria. A esses princípios denominou princípios absolutos, os quais não podem ser cedidos em um sopesamento. Mas sua identificação de casos de princípios absolutos se restringiu a uma percepção individual sobre certos casos e não a uma identificação sistêmica de searas nas quais simplesmente não ocorreria a contraposição entre princípios, inviabilizando a ponderação. (Ibid, p. 184).

11. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. par. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 158 e 306.

12. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Par. Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1998, p.82.

13. Como exemplo o autor apresenta o clássico caso norte americano das bandejas de prata e provas ilícitas. Nesse contexto a política do Estado de reprimir a corrupção policial na produção probatória, pela criação da teoria dos frutos da árvore envenenada sobre as provas derivadas de ilícitas possuía efeitos favoráveis ao sujeito acusado. O efeito de tal política no sentido de expandir garantias processuais do acusado permite a aplicação da política estatal ao processo penal em plena conformidade ao atual modelo de Estado e à Constituição. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. par. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.157.

14. Conforme o autor, a argumentação que toma por base princípios busca assegurar direitos individuais. Essa argumentação se diferencia daquela baseada em políticas, as quais descrevem objetivos coletivos. Como vimos, objetivos e interesses coletivos não podem funcionar de modo a excepcionar direitos e garantias do acusado no processo penal, não apenas por uma questão ideológica ou em razão do modelo de Estado adotado no Brasil, mas pela própria conformação processo penal constitucional que não admite a contraposição de interesses e direitos. Embora não possam ser utilizados tais argumentos para restringir os direitos do acusado, podem e devem ser usados na resolução de casos difíceis quando *in bonam partem* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. par. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141). Nesse sentido a lição do processualista Alexandre Morais da Rosa: "No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais." (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 299).

15. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. par. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.306-307.

16. Vale destacar em nota o seguinte excerto da obra de Durkheim: "O Estado, em nossas grandes sociedades, está tão longe dos interesses particulares que não pode levar em conta as condições especiais, etc., em que elas se encontram. Portanto, quando tenta regulamentá-las, só o consegue violentando-as e desnaturando-as. Além disso, não está suficientemente em contato com a infinidade de indivíduos para poder moldá-los interiormente de tal maneira que aceitem de bom grado a ação que terá sobre eles" (DURKHEIM, Emile. *Lições de Sociologia*. Trad. par. Monica Stahel, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 88).

17. FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p. 174.

Assim, o conceito de legitimidade enquanto categoria processual indica a capacidade para postular em juízo, ou seja, a condição de ser parte no processo (*legitimatio ad processum*). Fazzalari a identifica a partir dos efeitos do provimento final de um procedimento realizado em contraditório, apontando para a necessidade imposta pelo ordenamento de que aqueles em cuja esfera este ato está destinado a surtir efeitos sejam protagonistas do ato que está sendo preparado no processo. Entende-se o processo como uma espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes¹⁸.

Essa conceituação de legitimação para atuar no processo com base nos efeitos do provimento é reflexo do próprio pensamento democrático que marcou os diversos teóricos da Europa continental ao longo dos anos 1970. Desenvolvem-se teorias a partir da noção de Estado Constitucional de Direitos, em um momento em que se percebe a necessidade de compreender a legitimidade dos atos de poder e da própria estrutura do Estado¹⁹.

A teoria política da época adota de maneira central essa construção, na medida em que a própria classificação de um sistema político como democrático constitucional, segundo a concepção de Karl Loewenstein, passa a depender da existência de efetivas instituições que permitam a participação dos submetidos ao poder do Estado na construção desses atos de poder. A Constituição, na medida em que estabelece direitos e garantias, funcionaria como um limite ao poder do Estado, impondo aos detentores do poder político o controle pelos destinatários de seus atos²⁰. Para Loewenstein, o *telos* de toda constituição está em limitar o poder político, de modo a assegurar aos seus destinatários uma liberação "do controle social absoluto de seus dominadores, e lhes assinalar uma legítima participação no processo do poder"²¹. Aqui se coloca com um papel fundamental o contraditório, como princípio que assegura condições de participação do indivíduo no processo de construção do ato de poder que está destinado a desenvolver sua eficácia sobre o sujeito.

No mesmo sentido autores como Habermas e Häberle constroem suas teorias afirmando a participação dos atingidos por uma norma nos processos de formação dos atos de poder como imprescindível para a concretização da realidade constitucional²², exercendo os direitos humanos o papel de institucionalizar "condições de comunicação para a formação da vontade política racional"²³. Transpondo

a teoria dos autores para o direito processual penal, é exatamente este o papel do princípio do contraditório enquanto direito humano: assegurar as condições de participação do indivíduo no desenvolvimento do processo para a formação do provimento em conformidade com a Constituição.

Essa perspectiva legitimante do princípio do contraditório repercute nas mais diversas esferas do processo penal e exige a revisão de muitos dos seus institutos e de seus procedimentos tradicionais. Nesse sentido, a promulgação da Constituição da República de 1988 determina um giro substancial no processo penal brasileiro, que passa a se conformar como uma estrutura protetiva, democrática e balizada pelos direitos humanos. Com isso, altera-se a natureza jurídica do processo e a ótica adotada na construção dos fatos. Modifica-se, ainda, as formas da atuação dos sujeitos processuais, ponto mais relevante para o presente estudo.

Inicialmente, percebe-se pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988²⁴ que, enquanto no processo judicial ou administrativo há litigantes – e, portanto, lide –, no processo penal há apenas a figura do acusado de forma isolada, respondendo ao processo perante o Estado. Nesse contexto, não há no processo penal interesses contrapostos. Tem-se o acusado, parte interessada em sua liberdade e o Ministério Público, representante da sociedade exercendo sua função na forma da lei.

Para a concretização de um modelo democrático de processo penal, a Constituição determinou uma grande modificação na função do Ministério Público. Deixa este de ser instituição meramente acusadora para tornar-se representante da sociedade. Assumiu então o papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁵. A sua atuação no processo penal deixa de ser uma busca incessante por uma condenação, para se tornar o exercício de um mandato outorgado pela Constituição para representar os interesses da sociedade no processo. Esses interesses somente podem ser validamente extraídos da lei, a qual constitui a manifestação democrática e legítima da vontade social. Assim, atua o Ministério Público vinculado à estrita legalidade. É por esta razão que quando presentes os pressupostos e requisitos necessários deve promover a ação, mas é sua função pedir a absolvição quando, no curso do processo, perceber ausentes esses elementos. Cabe ao Ministério Público assegurar as garantias constitucionais

18. Vale brevemente ressaltar que quando se trabalha com a ideia de destinatários está-se a falar em uma potencialidade. É claro que no curso de um processo pode se tornar evidente não ser o acusado o responsável pelo fato que lhe é imputado, de modo que não mais poderá o ato final desse procedimento desenvolver sua eficácia sobre a sua esfera jurídica. Entretanto, enquanto se encontrar o indivíduo na posição de acusado, ainda que somente hipoteticamente afetado, será titular do contraditório e deverá ter sua participação na construção do ato final assegurada, afinal está submetido ao risco de sofrer os efeitos deste ato final enquanto submetido ao processo. No dizer de Fazzalari, serão os afetados os "protagonistas" da construção do ato que lhes pode atingir a esfera jurídica. É, portanto, a condição de destinatário da eficácia do provimento final, ainda que potencial, o critério que garante a participação no processo em contraditório, sendo constitutiva da chamada "legitimação para agir". (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Par. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006, p.122)

19. A título de exemplo, destacam-se a teoria política de Karl Loewenstein e as teorias constitucionais de Jürgen Habermas e Peter Häberle, construídas nesse período e cujas traduções para o português foram realizadas nos anos 1990, mesma época que as traduções de Elio Fazzalari. Para maior aprofundamento, vide: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. par. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997; HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. par. Márcio Sigmund-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. par. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

20. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. par. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p.149.

21. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. par. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p.151.

22. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. par. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p.24.

23. Assim a lição de Habermas: "(...) devem almejar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os possivelmente atingidos poderiam concordar como participantes dos discursos racionais" (HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. par. Márcio Sigmund-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.147).

24. Constituição da República de 1988, "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

25. Constituição da República de 1988, "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

do acusado, enquanto parte essencial da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direitos.

É necessário, contudo, ter em mente que a legalidade se volta para a proteção do indivíduo e não para a sua limitação. Trata-se de princípio que preconiza a subordinação do Estado à norma, o qual se concretiza na seara penal limitando o exercício do seu poder punitivo. Enquanto freio ao Estado, não pode ser contraposto ao acusado para limitá-lo em sua defesa no processo. Não apenas porque não há um indivíduo que o titularize em contraposição ao acusado, mas pela sua própria essência e finalidade: ser uma baliza ao Estado.

Se a legalidade opera em nosso ordenamento como diretriz e limite ao Estado poder, o contraditório tem como papel primordial legitimar a atuação do indivíduo. O contraditório não teria qualquer sentido substancial caso se resumisse à legalidade, como um mero reforço ao princípio anterior. Possuem esses princípios sentidos e eficácias completamente diferentes. Enquanto aquela assegura a estrutura dialética do processo e a atuação do Ministério Público como exercício de função, o contraditório irá assegurar ao acusado sua defesa com todos os meios necessários e de forma plena e efetiva.

Retomando o conceito de legitimidade enquanto categoria processual a indicar a capacidade para postular no processo (legitimatio ad processum), há uma nítida diferença entre os fundamentos para a legitimidade do acusado e do Ministério Público. O acusado encontra sua legitimidade na condição de potencial destinatário do provimento final do processo. É parte e a partir dessa condição, torna-se o titular do contraditório, instrumento democrático que assegura sua participação no processo²⁶. Diferente é a condição do Ministério Público cuja legitimação para postular no processo penal decorre diretamente das leis que dirigem e limitam a sua atuação. Afinal, no momento em que atua no processo penal, o Ministério Público não é titular de um interesse próprio que possa ser afetado pelo provimento²⁷, mas representa a vontade da sociedade, que é a justiça penal e esta Justiça não é outra coisa senão o resultado de um processo realizado conforme a legalidade, o devido processo. Seja o resultado uma condenação ou uma absolvição, realizado o processo conforme os ditames legais, será este o resultado que satisfaz a vontade da sociedade.

Nessa configuração, a norma é um suporte linear que vincula juridicamente a atuação do Estado. Impõe as obrigações e delinea imperativamente a atuação dos

órgãos da administração da justiça – e assim aos seus servidores, promotores, magistrados, dentre outros – a decidir e executar esse complexo de normas. O agente público que no processo penal atua para além da legalidade suprime a normatividade que regula sua conduta, que o interliga na relação ou situação jurídica processual. Essa atuação desvinculada pela assimetria que caracteriza o processo penal torna arbitrária e autoritária a sua atuação.

Assim, a legitimidade da atuação da acusação no processo penal não se identifica com o contraditório. Afinal, como visto, não há que se falar em titularidade de direitos humanos pelo Estado Poder. E essa conclusão, ao contrário do que se poderia imaginar, não se distancia da teoria de Elio Fazzalari. Segundo o jurista italiano, a articulação do contraditório não é a mesma em todos os tipos de processo, seja quantitativa ou qualitativamente. Em verdade, varia conforme a natureza do ato a ser produzido. Como visto anteriormente, o processo penal se desenvolve entre desiguais e tem como provimento possível a mais gravosa sanção do ordenamento, a pena privativa de liberdade²⁸.

Assim, no processo civil, identifica-se indivíduos, a priori, iguais que se contraditam de forma pareada, como titulares de direitos equivalentemente e legítimos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Em tal modelo de processo, o contraditório é destinado a ambas as partes de forma igualitária, conformando-se um processo equilibrado. De forma contrária, o processo penal representa o confronto entre o indivíduo frente ao Estado poder. Sobre o acusado pende o risco de que o provimento final desenvolva sua eficácia, aplicando sobre ele a pena privativa de liberdade, ou seja, atingindo-lhe em um dos mais centrais direitos fundamentais. Nesse tipo de processo, não se distribui igualmente a titularidade do contraditório, que se concentra no acusado como único titular de direitos humanos. Institucionalizam-se, assim, condições reais de participação e comunicação para o acusado no processo, de forma que sua atuação adquire relevância no processo, limita o Estado poder e passa a vincular o Juiz.

Nesse ponto, importante ressaltar que esta construção toma por base a lógica dos sistemas romano-germânicos, não possuindo a mesma aplicabilidade a todos os sistemas jurídicos, como por exemplo, o modelo adversarial norte-americano. Nesse sistema, o método de investidura varia conforme o Estado-membro, sendo a via eleitoral a forma mais comum, seguida da nomeação pelo chefe do Executivo estadual²⁹. Assim, os promotores (*prosecutor* ou *attorney*) se titularizam em seus cargos vinculados à

26. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho, a aptidão para ser parte no processo está diretamente ligada à “idoneidade para adquirir direitos e contrair obrigações ou melhor o gozo ou capacidade de ser titular de direitos”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do processo constitucional*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v.4, pp.49-131, mar. de 2000.

27. Curioso observar que, uma vez desenvolvida sua teoria geral do processo, Elio Fazzalari busca aplicá-la às diferentes searas do processo. Contudo, quando da exposição sobre a situação específica do processo penal o autor se depara com o problema em adaptar a teoria da legitimação pelo contraditório ao processo penal, um processo realizado entre desiguais no qual o Ministério Público é um órgão do Estado. Em sua tentativa de adequar a teoria ao órgão ministerial, o jurista italiano afirma ser o Ministério Público um afetado no processo na medida em que, diante de uma notícia criminis precisa se movimentar para atuar no processo. O jurista italiano identifica, portanto, a situação legitimada do Ministério Público com o surgimento de obrigações de exercer sua função e atuar no processo diante da ocorrência de um crime, precisando se movimentar pra iniciar o processo e desenvolver seus atos até o provimento final (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Par. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006, p.408). O problema nessa concepção está no fato de que a atuação do Ministério Público não consiste em uma decorrência de uma interferência do poder em suas esferas de direito, mesmo porque não há que se falar ser o Ministério Público um titular de direitos humanos ou fundamentais. A titularidade desses direitos tem como pressuposto essencial a condição humana, somente podendo ser atribuídos ao indivíduo “reconhecido enquanto homem e como tal, ser dotado de vontade, de consciência, percepção e de outras características que o tornam parte do gênero humano” (BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó, op.cit., p.126). Mais adequada parece a compreensão da atuação do Ministério Público enquanto autor de um poder-dever que emana da norma, consistindo, em última análise, em uma incidência dela no plano concreto. E, portanto, a partir da Constituição que se delinham e se conformam os caminhos de uma legítima atuação do Ministério Público. Assim, no Estado Democrático de Direitos, o Ministério Público exerce função, atuando nos limites da lei, a qual disciplina as suas atividades.

28. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, trad. Par. Elaine Nassif, Campinas: Bookseller, 2006, p.124 : É, pois, somente o caso de acrescentar que, mesmo incidindo na fase preparatória do ato final, o contraditório não se articula, em todos os tipos de processo, mediante normas – e faculdades, poderes, deveres, e atos – iguais em conteúdo e número, que ao contrário pode, de vez em quando, ser predisposto pela lei em formas qualitativa e quantitativamente diversas, pelo menos em razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põem fim”.

29. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.105.

uma questão política. Nesse caso, sua atuação não se rege apenas pela norma, mas também pelos projetos e agendas defendidos em suas campanhas, haja vista a legitimidade de sua atuação vincular-se a interesses eleitorais e à teoria política.

No sistema brasileiro, de matriz romano-germânica, a titularidade de um cargo como membro do Ministério Público decorre de concurso, procedimento seletivo cujo objetivo é assegurar a legalidade e igualdade, bem como a higidez da administração pública. Nos concursos públicos, não se medem interesses pessoais ou políticos (ou não deveriam ser medidos), mas sim a capacidade técnica e conhecimento jurídico dos candidatos. Uma vez empossado, torna-se o membro do Ministério Público um representante da sociedade e da ordem democrática cujo os valores e limites tão somente podem ser extraídos da norma. É a lei a única fonte legítima dos interesses da sociedade, estabelecidos de forma prévia à atuação do Estado poder³⁰.

Permitir a atuação do órgão do Estado para além do que dispõem as normas jurídicas seria entregar-se ao autoritarismo, afastando-se a sua atuação da vontade da sociedade³¹. No Estado constitucional de direitos, o interesse público é aquele fixado em norma, um instrumento de legitimação da atuação dos agentes públicos e de limitação ao Estado-poder, que assegura aos indivíduos "um muro de proteção contra o arbítrio, a prepotência e os caprichos da administração pública. A formulação dos direitos e garantias individuais não teria qualquer sentido prático se o Estado não tivesse a sua atividade pautada na ordem jurídica previamente constituída"³². Isso não quer dizer que o Ministério Público não é de forma alguma influenciado pelos princípios constitucionais e garantias processuais em sua atuação. Possuem os princípios um relevante papel na institucionalização do direito, atuando de forma central no processo de engenharia institucional³³. A conformação dos órgãos – e das normas que regem sua atuação, é claro – deve se respaldar nos princípios constitucionais que regem o processo e a administração pública.

4 A EFICÁCIA DO CONTRADITÓRIO PARA ALÉM DA LEGALIDADE

Os estudos processuais sobre o princípio do contraditório

apontam como suas características essenciais a plenitude e a efetividade³⁴. Nesse sentido, deve desenvolver sua eficácia em todos os momentos do processo, permitindo ao acusado a utilização dos meios que se fizerem necessários para efetivar sua participação. O processo penal, entretanto, como visto anteriormente, se caracteriza por uma geometria única, marcada por uma apriorística desigualdade entre as partes. Essa desigualdade, acaba por exigir, em alguns casos, a ampliação da participação do acusado para além da legalidade para que possa equiparar-se ao Ministério Público de forma paritária. Assim, a efetividade da participação do acusado nem sempre se restringirá às disposições legais, sob pena de torna-se vazia, inefetiva e apenas simbólica.

Como visto anteriormente, o Ministério Público exerce função no processo, somente atuando legitimamente quando vinculado à legalidade. Ainda assim, na medida em que titulariza a ação penal, dispõe do aparato estatal em seu favor: possui domínio sobre as investigações criminais³⁵; poderes para requerer o cerceamento da liberdade do acusado para a coleta de provas – prisão temporária –; poder para intervir na esfera jurídica do acusado para a produção probatória por meio da quebra de sigilo de dados, quebra de sigilo bancário e interceptações telefônicas, dentre outros. O que se demonstrará no presente tópico é que o contraditório é o princípio que faz frente a esse aparato estatal e a disparidade natural do processo penal. Como direito que assegura a participação do acusado no processo, irá desenvolver sua eficácia elevando o indivíduo a uma posição paritária, na medida em que impulsiona sua atuação para além da legalidade.

Por atuação para além da legalidade não se está a sustentar um comportamento ilegal, ilícito ou antijurídico por parte do acusado. Não se está aqui a legitimar, por exemplo, que um réu possa subornar um agente público no decorrer do processo. Afirmar que o contraditório legitima a atuação do acusado para além da legalidade no processo significa apenas que não se aplicam a ele, de forma absoluta, os limites formais do processo penal que regulam o seu procedimento quando estiver em jogo a efetividade de sua participação. Sob esse prisma, "o princípio do contraditório implica na prevalência do direito de defesa em face das formalidades, dos ritos e das demais regras do ordenamento jurídico"³⁶. Trata-se de permitir que o acusado utilize de todos os meios legítimos para assegurar

30. Nesse ponto, vale notar que há doutrinadores céticos quanto a possibilidade de o órgão ministerial assumir essa função imparcial de representante da sociedade, apontando para a sobreposição da função acusatória sobre as demais. Franco Cordero considera esse discurso um "panegírico", como elaborado em homenagem à figura de um santo (CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad. par. Jorge Guerrero. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000, p. 160). Trata-se o presente trabalho de uma construção teórica de um modelo, o qual deve ser buscado e consolidado enquanto ideal democrático de justiça e adequação, de forma que será afastada a resignação quanto a potencial assunção de uma função constitucionalmente adequada por parte de tal órgão. Isso não significa adotar uma postura de ingenuidade perante a atuação desenvolvida pelo órgão. Vale sempre lembrar a lição de James Goldschmidt sobre a insegurança do processo, que se desenvolve muitas vezes como um jogo ou uma guerra, em que as oportunidades envolvem sempre riscos aos quais deve estar atenta a Defesa (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. par. Leonardo Prieto Castro. Rio de Janeiro: Editora Labor S.A., 1986.). A atenção para os riscos e desvios do processo em relação ao modelo Democrático não devem, contudo, impedir a constante busca pela sua efetivação.
31. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76: "Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser perseguido, uma vez que a lei assim determina".
32. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 74.
33. Destaca-se: "(...) as instituições (originariamente criadas pelas normas) são pessoas jurídicas ou órgãos de positivação de novas normas ou de efetivação (implementação, interpretação, aplicação e execução) de normas. Por conseguinte os princípios jurídicos exercem uma função preponderante no processo de institucionalização do próprio Direito, do Estado da iniciativa privada e da sociedade civil". OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 203/204.
34. Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè Editore, Milano, v. 48, n. 4, p. 1063–1111, dic., 1994, p. 1084 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18.
35. Nesse sentido: "Sempre é bom lembrar que o polo ativo do processo penal, trivialmente, é composto pelo Ministério Público, órgão estatal vem aparelhado, que cota à sua disposição com uma polícia judiciária destinada a coletar provas, as quais o Ministério Público reputar pertinentes, além de vários instrumentos cautelares coativos, como: prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão, interceptação telefônica, entre outros, para lhe auxiliar a ser exitoso no desvendamento dos fatos. (...) Esse desnível de forças, motivado principalmente pelas medidas cautelares restritivas de direitos ao alcance do órgão acusador, permite-nos afirmar que, em regra, não há paridade de armas no processo penal. Para amenizar tal situação, o legislador brindou o acusado com alguns princípios". MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. *Princípios fundamentais de processo penal*. Belo Horizonte: DelRey, 2014, pp. 69-70.
36. PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 164.

uma verdadeira e relevante participação na construção do provimento final do processo³⁷.

As próprias normas processuais penais preveem, na construção formal do processo, alguns aspectos que buscam reduzir o desequilíbrio entre as partes, como ao estabelecer que a última palavra no processo, em sede de alegações finais, pertença à defesa. Ou seja, a própria lei, identificando uma ausência de paridade entre as partes já estabelece no plano da legalidade certas compensações ao réu. Mas nem sempre a estrutura dialética normativa é suficiente para que seja efetiva a participação do acusado e é nesses casos que seus direitos humanos e os princípios positivados na Constituição exercerão sua eficácia. Assim, a realidade constitucional se concretizará pela viabilização da participação do defendido, impulsionado para além das formalidades legais para que de fato possa influenciar a decisão do juiz e, assim, o provimento final do processo. Essa eficácia do contraditório se justifica pela sua função intrassistêmica comunicante essencial, que lhe confere precedência sistêmica frente às regras jurídicas³⁸.

Por um lado, as normas que compõem o método do processo são essenciais para o controle do poder e para a sua contenção. Por outro, a adoção da estrutura normativa de forma excessivamente rígida, no dizer de Picardi, terminaria por comprimir as garantias fundamentais, retirando a efetividade de sua tutela³⁹. Diante desse problema, surgem os direitos fundamentais, positivados na forma de princípios, como importante elemento de modulação do ordenamento. Integram as funções dos princípios a conformação e adaptação do ordenamento jurídico, conformando-o à Constituição. Não é o princípio do contraditório que deve ser reduzido para conformar-se à norma. Se assim fosse, restaria reduzido à legalidade sem possuir qualquer funcionalidade. A articulação do contraditório enquanto um direito fundamental do acusado deve ser o horizonte no processo, em relação ao qual se amoldam as normas, uma vez verificada a necessidade de efetivação da participação do acusado. Assim, o que o presente trabalho busca evidenciar é justamente a eficácia compensatória que o princípio do contraditório exerce no processo penal, de modo a equilibrar a força das partes que nele atuam.

A obtenção de verdadeira paridade de armas no processo penal impõe que sejam igualados os desiguais⁴⁰. Dessa forma, o contraditório efetivo não se manifesta nesse tipo de processo como a exata igualdade de oportunidades. Assim, quando a defesa evidenciar que a participação do acusado não seria efetiva, arguirá pelo deferimento dos meios necessários para a efetivação do direito humano

que resguarda a participação no processo, o contraditório. Demonstrada a questão, deve o Juiz deferir o pedido, para que se eleve o acusado a uma posição paritária no processo.

O adequado papel do juiz em um modelo de processo penal constitucionalmente adequado, não é o de inércia e rigidez. Assume o magistrado a função central de assegurar que os princípios, direitos e garantias do acusado sejam observados e respeitados. Ao longo da instrução, não apenas deve verificar a regularidade e legitimidade da atuação do Ministério Público conforme à legalidade, como também garantir a eficácia positiva dos direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, deve observar se há no caso concreto efetiva possibilidade de participação do acusado em todos os momentos do processo, influenciando de fato na construção do provimento⁴¹.

Especificamente, quanto ao contraditório incumbe-lhe um papel ativo no sentido de assegurar a efetivação do princípio de forma plena. Não é o juiz simplesmente um burocrata, utilizando-se do termo de Picardi, mas atua positivamente no sentido de assegurar a conformidade da técnica processual à ordem constitucional vigente. Assegurar essa efetividade impõe ao magistrado uma hermenêutica conforme à Constituição, observando a função compensatória do contraditório frente à assimetria natural das partes, evidente no processo penal desde o seu princípio⁴².

Isso não quer dizer que os interesses do acusado no processo devam ser observados sem qualquer limitação. A projeção da atuação do acusado para além da legalidade dependerá da argumentação da defesa, a qual suporta o ônus de demonstrar a coerência do que se pede. A alegação de uma causa supra-legal que altere em benefício do acusado os limites formais do processo exige uma argumentação racional e proporcional, justificando-se o desvio às regras processuais.

5 APLICAÇÃO DA TESE DESENVOLVIDA NA PRÁTICA PROCESSUAL

Por fim, vale apresentar algumas repercussões práticas da aplicação constitucionalmente adequada do princípio. A análise desenvolvida permite melhor compreender a relevância compensatória do princípio do contraditório para a democratização do processo e para a legitimação das decisões judiciais e melhor concretizar o raciocínio até então desenvolvido em torno do rendimento da tese apresentada. Para tanto, apresenta-se a seguir caso problema, elaborado para que melhor se articulem os

37. Vale destacar em nota: "O objeto do contraditório refere-se à admissibilidade dos atos processuais, ou seja, à licitude, à utilidade e ao cabimento de cada um dos atos processuais que compõem a estrutura procedimental denominada processo". PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.168.

38. Nesse sentido: "E é em razão de suas funções intrassistêmicas comunicantes essenciais que os princípios de Direito adquirem precedência sistêmica (e não superioridade hierárquica) em relação às regras jurídicas com as quais eles mantêm pertinência temática". OLIVEIRA, Márcio Luis de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p.200.

39. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p.215.

40. Em uma primeira leitura, a hipótese de que contraditório possuir uma eficácia para além da legalidade na defesa do acusado pode causar estranheza ou parecer absurda, mas uma análise mais ampla permite identificar exemplos mesmo em outras searas do direito. Nos processos de execução fiscal, também caracterizados por uma assimetria das partes – Estado-poder e contribuinte –, foi engendrada a figura da exceção de pré-executividade. Trata-se de uma criação da prática forense em que, por meio de simples petição se apontavam vícios e impedimentos demonstráveis de pronto, matérias conhecíveis de ofício, como a ausência de condição da ação, de pressuposto processual ou causas suspensivas de exigibilidade tributária ou extintivas do crédito tributário em uma fase do processo de execução fiscal na qual não havia previsão de participação do réu (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.502). Essa prática gradativamente passou a ser tratada pela doutrina como uma forma de recurso, disponível apenas para a defesa do executado, que visa assegurar a sua participação e o exercício do contraditório diante das hipóteses referidas. Tal via alcançou tamanha força que foi consolidada no entendimento da Súmula 393 do STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

41. FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p.179.

42. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p.211/212.

dados da análise:

Caso: diante de fortes indícios da ocorrência de crimes de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal) por uma organização criminosa (artigo 2º da Lei 12.850/2013), o Ministério Público requereu regularmente a interceptação de comunicações telefônicas do telefone de casa, celular e do escritório de um dos agentes, Agente A. Passados os primeiros quinze dias, diante da solicitação do órgão ministerial, ocorre a regular prorrogação da interceptação pelo mesmo prazo. O conteúdo das interceptações foi, então, regularmente introduzido no processo como elemento de prova. Passados dois anos de investigações, foi oferecida a denúncia e, então, recebida pelo Juiz que citou o Agente A para que constituísse advogados e apresentasse Resposta à Acusação em 10 dias, na forma do artigo 396-A do Código de Processo Penal. A Defesa requereu um maior prazo para a apresentação de sua Resposta à Acusação, face ao tamanho dos autos e complexidade do caso, o que, contudo, foi indeferido. Apresentada Resposta à Acusação, na qual a Defesa arrolou 20 testemunhas, foi oportunizado ao Ministério Público se manifestar. Somente após essa manifestação o Juiz proferiu sua decisão no sentido de não acolher as teses defensivas, indeferir o rol de testemunhas apresentado, em face ao número de testemunhas acima do número legal pela defesa e então dar prosseguimento ao processo.

5.1 PRORROGAÇÃO DO TEMPO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL

A situação descrita no caso se desenvolve dentro dos moldes de legalidade estabelecidos pela Lei de Interceptações Telefônicas – Lei nº 9.296/1996. Assim, para além dos elementos colhidos ao longo de toda a instrução, dirigida pelo titular da ação penal pública durante dois anos de investigações, tem-se ainda o conteúdo das interceptações realizada, o qual resultada de 30 dias de gravações. Nesse cenário, conforme o marco legal, possui a Defesa do Agente A apenas dez dias para compreender o que lhe é atribuído na denúncia, ou seja, para compreender elementos de informação obtidos ao longo de anos de investigação, bem como para analisar 30 dias de interceptações.

Resta claro que a participação do Agente A no processo por sua Resposta à Acusação limitada ao prazo de dez dias seria de todo inefetiva. Isso porque não haveria tempo hábil para se informar de tudo aquilo que compõe a instrução. Se a atuação da defesa de fato restar adstrita à legalidade, nem sequer os 30 dias de regular interceptação telefônica será possível analisar. Assim, concretamente se verifica uma assimetria entre o Ministério Público e o acusado, Agente A, quanto ao tempo em que aquele demandou para a construção da hipótese acusatória e o exíguo prazo do qual dispõe o acusado para conhecer todos os elementos de prova que constituem a imputação contra ele. Assim, a partir do pedido da Defesa pela prorrogação do prazo, impõe-se a aplicação do princípio do contraditório como imperativo de tutela do acusado, Agente A, para assegurar a viabilização de sua participação de forma plena e efetiva.

Como princípio constitucional que encerra um direito fundamental, o contraditório deve exercer uma eficácia no caso projetando a atuação do Agente A no processo para além dos limites legais de modo a viabilizar a efetividade de sua participação, assegurando-lhe o prazo necessário

para conhecer todos os elementos dos autos. Nesse caso, a relevância compensatória do contraditório desenvolve-se no processo em uma dimensão temporal.

Dessa forma, como solução para que fosse possível o efetivo conhecimento de todos os elementos de prova, trabalha-se a possibilidade de oferecer ao defendido um prazo maior do que aquele formalizado no Código de Processo Penal, possibilidade essa fundamentada no princípio do contraditório. Observou-se, portanto, uma articulação do contraditório viabilizando quantitativamente a participação efetiva do acusado, ampliando o prazo para a elaboração de sua defesa.

5.2 AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS DE DEFESA

Para além de viabilizar o conhecimento dos fatos que constituem a hipótese acusatória, com a prorrogação do prazo pode ser necessária a eficácia do contraditório para além da legalidade também para que o réu possa fazer frente, de forma simétrica, a todos os elementos de informação e provas já produzidos. Ou seja, o Caso apresentado pode ainda ser explorado para verificar a aplicação do contraditório na viabilização de outras dimensões da participação do acusado no processo.

Após 30 dias de interceptações e anos de investigações policiais, é necessário que o indivíduo possa também apresentar todas as provas e meios admitidos em direito para a construção da sua negativa da acusação. Se o meio de provas que o acusado possui for o meio testemunhal, não parece haver equilíbrio no processo ao limitar a atuação da Defesa ao número de oito testemunhas, impedindo o acusado de levar ao processo depoimentos que poderiam ser essenciais à sua defesa.

Diante do pedido da Defesa para que sejam intimadas mais do que oito testemunhas, número estabelecido no artigo 401 do CPP como limite legal, é comum que ocorra o seu indeferimento baseado na paridade de armas: se o Ministério Público apenas pode intimar oito, também a defesa deve se ater a este limite. Contudo, a simetria entre as partes no processo penal não pode ser observada apenas pontualmente, há que se levar em conta o processo como um todo. Nesse caso, frente a todo o acervo probatório construído ao longo de anos pelo órgão ministerial, não se mostraria efetiva a participação do acusado na construção do provimento se reduzida sua construção probatória apenas ao número de testemunhas formalmente assegurado.

Nesse caso, impõe-se uma eficácia compensatória do contraditório em um sentido qualitativo, ampliando a possibilidade do acusado de aprofundar sua defesa no processo, pela intimação de um maior número de testemunhas do que a acusação para que sua tese possa ter alguma sustentabilidade frente ao domínio ministerial sobre a construção de provas.

A assimetria aparente, quando se observa a extensão do número de testemunhas da defesa e não da acusação, é apenas pontual no processo. Contudo, analisando a apuração como um todo, percebe-se que essa ampliação do rol de testemunhas apenas busca equiparar as partes, haja vista ter o Ministério Público construído sua hipótese

acusatória colhendo elementos informativos ao longo de anos, bem como requerendo medidas invasivas como a interceptação de comunicações telefônicas. Assim, por meio do contraditório, busca-se assegurar uma produção probatória pela Defesa do acusado, Agente A, idônea para motivar a decisão do magistrado e não configurando apenas uma mera participação formal e simbólica.

5.3 ILEGALIDADE EM OPORTUNIZAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO A MANIFESTAÇÃO APÓS A DEFESA FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS

No caso apresentado, é conferida ao Ministério Público a oportunidade de manifestar-se após a apresentação de Resposta à Acusação pela Defesa. Essa hipótese de participação, contudo, não encontra qualquer lastro nas normas processuais. Assim, representa ampliação das oportunidades conferidas ao Estado-poder para além dos limites normativos de sua função, passando a exercer influência na decisão de acolhimento ou não das teses defensivas.

Entretanto, como anteriormente desenvolvido, a geometria única do processo penal, que se desenvolve entre partes aprioristicamente desiguais, é reconhecida desde o momento da elaboração das normas processuais penais, as quais preveem, como visto na construção formal do processo, alguns aspectos que buscam reduzir o desequilíbrio entre as partes, como ao estabelecer que a última palavra no processo, em sede de alegações finais, pertença à defesa. Nesse caso, a compensação e a equiparação paritária das partes advêm da própria lei, a qual já estabelece, no plano da legalidade, certas compensações ao réu.

Permitir ao Ministério Público manifestar-se após a Defesa fora das hipóteses legais não apenas viola o objetivo compensatório da norma, como configura uma atuação do Estado-poder desvinculada de seu fundamento legitimador, ultrapassando os limites da função que exerce. O Ministério Público pede em juízo porque tem o dever, imposto pela ordem jurídica por via do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, de fazê-lo. Sua atuação como representante da sociedade e defensor da ordem jurídica e do regime democrático é regida pela legalidade. Dessa forma, não pode atuar para além dos limites legais, uma vez que isso representaria uma atuação destoante da vontade legitimamente exarada pela sociedade. O Ministério Público não possui ação, mas sim função no processo. Não atua pela legitimação lastreada em direitos humanos, mas sim pela legalidade.

Como visto, a atuação da Acusação decorre de um mandado constitucional, configurando um poder dever adstrito à legalidade. Como visto, em um modelo democrático de Estado, o princípio da legalidade opera como diretriz e baliza para a atuação do Estado. Em última análise, trata-se de um instrumento que protege o indivíduo perante o

Estado, assegurando-o contra arbitrariedades, excessos e abusos. Exerce uma função jurídico-negativa no sentido de limitar a atuação do Estado. É esse princípio eixo central do modelo de Estado Democrático, que surgiria anos depois, compreendido como "sistema de limites substanciais impostos largamente aos Poderes Públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais"⁴³.

Assim, a legitimidade da atuação do Ministério Público decorre precisamente desses limites, definidos na forma de método jurídico específico, formalizado em Lei. Para além dessas diretrizes e limites, a atuação estatal resta sem amparo e fundamento, conformando arbitrariedade e autoritarismo, independentemente do ideário ou das boas intenções que a fundamenta⁴⁴.

5.4 ILEGITIMIDADE DA PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL

O desenvolvimento mundial e a globalização foram acompanhados por novos quadros da criminalidade, marcados por crimes econômicos e empresariais, pela criminalidade transnacional, dentre outros desafios. Essas mudanças levaram a uma nova agenda global de enfrentamento ao crime que acarretou inúmeras reformas nos sistemas punitivos de cada país. No concerne à seara processual penal, percebe-se forte movimento reformista em toda a América Latina⁴⁵. Essas reformas indicam um movimento de gradual ampliação dos espaços de consenso no processo penal e de uma tendência à maior participação da vítima. Para o autor argentino Alberto Bovino, por exemplo, integraria o "lineamento estrutural que atravessa os códigos mais modernos"⁴⁶ o princípio da autonomia da vítima.

Seguindo o movimento reformista latino-americano, foi consubstanciada proposta de novo Código de Processo Penal no PL nº 8.045/2010, o qual caminha para admissão da parte civil e de um sistema de adesão em seu capítulo V, seção II. Conforme as proposições do projeto, a vítima, seu representante legal em caso de incapacidade ou seus herdeiros em caso de morte ou ausência, podem optar por requerer a recomposição civil, aderindo ao processo penal. Essa adesão deve se dar nos limites da imputação penal e o arbitramento dos danos deve ser possível a partir das provas integrantes da peça acusatória, sem que acarrete maiores transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal. Do contrário, a questão será remetida ao juízo cível. Mas seria esse modelo adequado ao Estado Democrático de Direito e à orientação constitucional brasileira?

A primeira dificuldade à inserção de uma parte civil no direito processual brasileiro se apresenta na tentativa de se conciliar a introdução de um sujeito processual cuja posição no processo seria, *a priori*, de igualdade em relação ao acusado, a um modelo protetivo, pensado para uma realidade de processo entre desiguais. Isto porque

43. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007, p.208-209.

44. Destaca-se em nota: "Os Estados contemporâneos, predominantemente, erigem-se suportados em normas que, em razão da natureza de Estado de Direito, preconizam a subordinação às normas como instrumento de limitação do exercício dos poderes estatais, como freio aos abusos e arbitrariedades e como forma de garantia dos direitos individuais". PINTO, Felipe Martins. *A natureza jurídica do processo penal e a estrutura democrática do estado*. In: LIMA, Marcellus Polastris; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.101-111. P.109.

45. Destaca-se a expressiva reforma processual penal do Chile (Lei nº 19.696 de 12 outubro de 2000) e do Uruguai (Lei nº 19.293 de 1º de novembro de 2017) com a criação de novos códigos que alteraram substancialmente o processo nesses países. A reforma do Código de Processo Penal paraguaio (1998), equatoriano (2000) e colombiano (2004). Destacam-se ainda reformas pontuais como a incorporação do procedimento abreviado nas legislações da Argentina, da Bolívia, do Chile, da Colômbia e do Paraguai.

46. BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p.103, tradução nossa.

são distintas as óticas adotadas na construção dos fatos em cada um desses modelos processuais. O processo civil se desenvolve entre iguais, sendo admitidas algumas flexibilizações procedimentais e mesmo negócios jurídicos processuais⁴⁷. Ambas as partes são titulares de iguais direitos no processo, ambas possuem, por exemplo, direito ao contraditório e à ampla defesa. Admitir a participação da vítima e a integração de jurisdições representaria uma completa subversão da lógica a ele inerente. Enquanto no modelo de separação de jurisdições o réu é o único detentor de direitos humanos, na integração de jurisdição se insere no processo outra parte também dotada destes mesmos direitos.

É inegável que o processo penal, como instrumento para aplicação do direito penal⁴⁸, atua sobre as situações de mais graves violações aos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. A aplicação do direito de *ultima ratio* ocorre exatamente diante da verificação de uma lesão ou de um perigo de lesão a um bem jurídico socialmente muito relevante, o que explica a grande emotividade com a qual a sociedade observa o processo. Explica-se o furor que muitas vezes pode ser percebido na população, clamando pela condenação. Nesse sentido, buscando mesmo a estabilização de expectativas sociais – na expressão de Rui Cunha Martins⁴⁹ – é que a tendência mundial tem sido no sentido de legitimar a expansão das esferas de atuação da vítima no processo penal e o fortalecimento da figura do assistente.

O grande problema nessa tentativa de legitimação está no seu próprio fundamento: o direito penal não tutela, o direito penal atua após violada a norma, exercitando-se o *ius puniendi*. Assim, a ideia de que o direito penal poderia proteger ou de alguma forma restituir à vítima parece muito longe da realidade. Tem-se uma situação de irreparabilidade do dano, que uma reparação civil não consegue confortar. Tudo o que se pode fazer é indenizar pelo dano, compensá-lo de forma pecuniária. No entanto, pode ser considerada a indenização legitimadora da atuação do ofendido no processo penal? Pode a vítima mover todo o aparelho punitivo Estatal na perseguição de seus interesses?

Conforme desenvolvido na teoria de Elio Fazzalari, a legitimação para agir, volta-se para a participação dos sujeitos no processo enquanto prováveis destinatários do provimento. Aplicando-se esta noção ao processo penal, torna-se evidente a ilegitimidade da atuação do assistente de acusação, uma vez que o provimento final não está destinado a desenvolver sua eficácia na esfera jurídica da vítima, mas tão somente do acusado.

A sentença condenatória pode absolver ou condenar o acusado, privando-lhe de sua liberdade. Sobre a sua esfera jurídica, terá a sentença efeitos decisivos. Diferentemente a situação da vítima cuja esfera jurídica já foi afetada antes mesmo da existência do processo. O dano lhe é imposto em momento anterior, quando do cometimento do crime e

este dano não pode ser compensado no processo penal. Não há como retornar ao *status quo ante*, a única tentativa de satisfazer a vítima legitimada pelo ordenamento pátrio é a indenização. Essa indenização, contudo, é interesse particular da vítima e deve ser perseguida na esfera cível.

O fato de que a sentença penal possa ser executada civilmente não significa que esta surte seus efeitos sobre a esfera jurídica do ofendido. Afinal, a absolvição do acusado não lhe causa um dano, uma vez que não impede a busca pela reparação na seara cível. Destaca-se ainda que não possui relevância jurídica no processo penal o sentimento subjetivo de vingança, os desejos íntimos do sujeito pela condenação do acusado, o que não pode ser considerado efeito da sentença. A execução *ex delicto* consiste em mera concessão do ordenamento para assegurar sua coerência e possibilitar maior celeridade na satisfação dos interesses patrimoniais da vítima. Isto não significa que o processo penal se tornou um campo aberto para a atuação de uma parte movida por interesses particulares.

O processo penal tem como uma de suas finalidades a aplicação da lei penal, do *ius puniendi*. É esse fim punitivo do processo penal que caracteriza seu provimento final. É também este o motivo pelo qual seus procedimentos se desenvolvem de forma protetiva. Como visto, o processo penal ocorre entre desiguais – de um lado o Estado poder intervindo na esfera do indivíduo e, de outro, o acusado – cuja liberdade lhe pode ser privada. Por esta razão, os fatos são construídos no processo penal sob uma ótica protetiva e garantista, funcionando como um limite ao Estado poder. Nesse sentido, é inadmissível a instrumentalização do processo penal para a satisfação de interesses particulares. Não pode a vítima movimentar toda a máquina punitiva do Estado para buscar sua individual satisfação.

Aqui se identifica, ainda, um problema ideológico-funcional. No contexto democrático de direitos não reconhece a legitimidade de se sacrificarem garantias, de se movimentar a máquina punitiva do estado para a realização de interesses puramente individuais, modificando-se o método de construção dos fatos. Vale destacar que não se está aqui argumentando que é ilegítimo o interesse da vítima. É completamente justificável seu interesse em obter uma indenização pelo dano sofrido em razão do crime, bem como demandar do Estado o apoio psicológico e eventual proteção. Ademais, no que concerne à resposta patrimonial que pode ser oferecida para confortar e compensar a vítima, vale lembrar que o patrimônio é também um direito humano reconhecido constitucionalmente⁵⁰. O que se argumenta aqui é a ilegitimidade da perseguição desse interesse pela via processual penal.

Vale ressaltar que não se está defendendo aqui o abandono da vítima ao esquecimento e à invisibilidade. Possui a vítima, como visto, diversos interesses legítimos e direitos que devem ser assegurados pelo Estado. Nesse sentido as disposições da Resolução 40/34 da Organização das Nações Unidas – *Declaration of Basic Principles of Justice*

47. Vale destacar em nota o disposto no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

48. TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. V.I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.49; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Cursos de direito processual penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2013, p.33-35; CAPEZ, Fernando. *Cursos de processo penal*. 19ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45.

49. MARTINS, Rui Cunha, *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*, São Paulo: Atlas, 2013

50. Constituição da República de 1988, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade”.

for *Victims of Crime and Abuse of Power* –, as quais obrigam os Estados a assegurar o justo tratamento para a vítima, a garantir seu acesso à justiça de forma célere e eficaz, bem como a uma indenização justa e ao suporte psicológico e material. Todos esses direitos devem ser assegurados à vítima, apenas não podem ser efetivados pela via do processo penal. Há diversas medidas que podem ser adotadas para o fortalecimento e reconhecimento da vítima de crimes, tais como o reforço dos Centros de Assistência às Vítimas, a criação de fundos estatais de indenização, o fornecimento de amparo psicológico e a promoção de políticas de prevenção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção da legitimação a partir da lógica dos efeitos de um ato de poder é um dos grandes méritos da teoria fazzalariana, uma vez que transpõe para o processo penal a democraticidade. Talvez um dos grandes legados trazidos por Fazzalari para o processo esteja exatamente em recuperar a relevância do contraditório para o processo, permitindo sua conformação mais adequada ao Estado Democrático de Direitos. Trata-se de perceber que o modelo democrático impõe a participação do indivíduo no processo sempre que o ato de poder representado pelo provimento final for capaz de afetar os seus interesses.⁵¹ Entretanto, a reavaliação crítica ao princípio do contraditório no processo penal demonstra ainda um desafiador caminho para a concretização da democracia e da realidade constitucional na seara criminal.

É preciso concretizar o ideal democrático, reconhecendo-se que o contraditório não é apenas elemento estrutural do processo, mas é direito fundamental que se destina à tutela do acusado como destinatário beneficiado pelos princípios, tutela essa que não possui uma limitação fundamentada em um princípio contraposto. Afinal, na geometria do processo penal não há contraposição de princípios e direitos fundamentais, os quais somente são titularizados pelo acusado. Como direito fundamental, é o contraditório oponível unidirecionalmente ao Estado no processo penal, apresentando tanto uma dimensão negativa, no sentido de limitação do Estado-poder, como uma dimensão positiva, como imperativo de tutela.

O contraditório é princípio constitucional e direito fundamental do acusado, destinado à realidade e concretude, não podendo ser apenas simbólico. A democracia no processo penal é a participação discursiva efetiva na construção do provimento final, o que impõe uma hermenêutica que concretize o contraditório e a compensação da assimetria natural desse tipo de processo. De tal sorte, a efetividade do contraditório viabiliza a participação efetiva do acusado, impulsionando sua atuação para além da legalidade.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Aline. A flagrante incompatibilidade entre o instituto da assistência à acusação e a Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.3, n.3, set. de 2008, pp.102-114.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do

discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. par. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Trad. par. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v.03, n.03, pp.1007-1041, set.-dez., 2017.

ARENDRT, Hannah. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Trad. par. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p.396.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal. 5ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. Justicia penal y derechos fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do processo constitucional. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v.4, pp.49-131, mar. de 2000.

BARBERO SANTOS, Marino. Estado Constitucional de Derecho y Sistema penal. In: PIERANGELI, José Henrique. *Direito Criminal*. V.2. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

BARROS, F. M.. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus*. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.

BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. Trad. par. Mark Ritter. Londres: Sage Publications Ltda., 1992.

BINDER, Alberto M. Fundamentos para a reforma da justiça penal. Trad. par. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto M. Gobierno judicial y democratización de la justicia. *Sistemas Judiciales*, n. 10, v. 5, 2006. p. 11-13.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Ciência Política*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.27.

BOVINO, Alberto. Los principios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas

51. Segundo Felipe Martins Pinto: "(...) sempre que o ato oficial do Estado impuser um risco a um interesse da pessoa, ele terá a oportunidade de participar da construção do ato de Poder, o que se dará através do processo" (PINTO, Felipe Martins. A importância do processo no estado democrático. *Revista da Academia Brasileira de Letras*. Ano 89. V. LX. jan-fev-mar de 2012, pp.185-187. P.187).

- críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.110, pp.123-147, jan./jun. 2015.
- BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN Editora, 2005.
- CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2007.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro: Constituição de 1946*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Cursos de processo penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. par. Luís Fernando Lobão de Moraes. São Paulo: Edicamp, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. par. Santiago Sentís Malendo, v.I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, Bosch y Cia, 1950 (tradução de Lezioni sul Processo Penale, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946).
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè Editore, v. 48, n. 4, p. 1063-1111, dez. 1994.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Trad. par. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá Editora LTDA., 1989.
- CRISTIANI, Antônio. *Manuale del nuovo processo penale*. Torino: Gippichelli, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DOMINIONI, Oreste. *La testimonianza della parte civile (Serie II, Studi di diritto processuale penale, nº4, a cura di G. D. Pisapia)*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p.IV-152.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. par. Monica Stahel. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. par. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESER, Albin; HIRSCH, Joachim, ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. *De Los Delitos y de Las Victimas*. Argentina: Ad-Hoc, 1992.
- FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori - saggi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. par. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FAZZALARI, Elio. *Riepilogando sui problemi della giustizia*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. 4, v. 10, 1967. p. 1201-1214.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. par. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. In: DE CABO, Antonio; PISARELLO, Geraldo (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp.287-381.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, cominação*, 7ªed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FRANCESCO, Alfredo de. *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella costituzione italiana: analisi della giurisprudenza della corte costituzionale in tema di prova penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. par. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARCÍA DE ENTERIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ª ed. Madrid: S.L. Civitas Ediciones, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas. Provas, Ritos processuais, Juri, sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. par. Leonardo Prieto Castro. Rio de Janeiro: Editora Labor S.A., 1986.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo*

- penal. Trad. par. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1990.
- GUARIGLIA, Fabricio. Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- GUZMÁN, Nicolas. La verdade en el processo penal: una contribución a la epistemología jurídica. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Buenos Aires: Editores del puerto, 2006.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. par. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Trad. par. Márcio Sligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. par. Flávio Beno Siebeneichler. V.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy, trad. par. Patricia S. Ziffer, 2ª impressão, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Trad. par. Regina Greve. Coordenado e supervisionado por Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HAURIUO, Maurice. Principios de derecho público y constitucional. Trad. par. Carlos Ruiz del Castillo. Madri: Reus. s.d.
- ILLUMINATI, Giulio. The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). Washington University Global Studies Law Review, v.4, iss. 3, pp.567-581, 2005.
- JAKOBS, Günther. Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona em uma teoria de un Derecho penal funcional. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoó Sanchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- JALIL, Mauricio Schaun. Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JORGE, Aline Pedra. Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JUAN SÁNCHEZ. Ricardo. La Responsabilidad Civil en el proceso penal (actualizado a la ley de juicios rápidos). Madrid: La Ley, 2004.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. par. José Lamego. 4ªed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Trad. par. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LOPES JR, Aury. Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3ª ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MARTINS, Rui Cunha, A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013
- MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito: the brazilian lessons. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.
- MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto alegre, v.03, n.03, pp.929-964, set.-dez. de 2017.
- MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. Princípios fundamentais de processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 119, v. 24, p. 75-101, 2016.
- NUNES, Leandro Gornicki. Sistema processual penal adversarial: entre a democratização e o eficientismo neoliberal. In: GONZÁLEZ, Leonel (dir.). Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017 p. 77-96.
- OLIVEIRA, Egênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e a atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- OLMEDO, Jorge A. Clariá. Derecho procesal penal. Tomo I. Atualizado por Jorge E. Vázquez Rossi. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.
- ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.2, n.1, pp.7-41, 2016.

(<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.15>)

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. Barueri: Manole, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

PINTO, Felipe Martins. A importância do processo no estado democrático. *Revista da Academia Brasileira de Letras*, Belo Horizonte, ano 89, V. LX, pp.185-187, jan-fev-mar de 2012.

PINTO, Felipe Martins. A natureza jurídica do processo penal e a estrutura democrática do estado. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp.101-111.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2a ed. Napoli: Jovene Editore, 1996.

PISARELLO, Geraldo (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp.287-381.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Processo penal e garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal – o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari*.

Novos estudos jurídicos. n. 2, v. 11, 2006. p. 219-233.

SANZ HERMIDA, Ágata Mª. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal?: ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?? Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, a.8, v. 4, pp. 417-431, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. par. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Cursos de direito processual penal*. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *A Relação processual penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V.3. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. V.I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VERGER, Andrea. *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*. Padova: Cedam, 2001.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

WORRAL, John L.; NUGENT-BORAKOVE, M. Elaine (eds.). *The changing role of the American prosecutor*. Albany: State University of New York Press, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, SALGADO, Judith, VALLADARES, Lola (coord.). *El género en el derecho*. Ensayos críticos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 321, Quito: V&M Gráficas, dezembro de 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª ed. Trad. par. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *O arbítrio palavreado no processo penal: breve ensaio sobre a pronúncia e o in dubio pro societate*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, nº 74, pp. 281-298, 2008.

Felipe Martins Pinto

Advogado criminalista. Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor de Direito Processual Penal da UFMG. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG.

Paula Brener

Advogada criminalista e presidente do Instituto de Ciências Penais Jovem (ICP Jovem). Professora voluntária de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Mestranda na Faculdade de Direito da UFMG.