



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UM DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO
CIVIL E O PROCESSO PENAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: João Hilário Lievore de Brandão

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Coorientador: Professor Doutor Rodrigo Reis Mazzei

Número do candidato: 20151953

Novembro de 2020

LISBOA



O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: UM DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito

Professor Doutor MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, orientador.
Professor Doutor RODRIGO REIS MAZZEI, coorientador.

Novembro de 2020
LISBOA

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Grande Arquiteto do Universo pela vida concedida. Tem sido uma incrível jornada até aqui.

Obrigado aos meus pais, Brandão e Elisabeth (meus maiores exemplos), e aos meus sogros, Fernando e Eleny (verdadeiros pais), por todo incentivo e apoio que sempre demonstram.

Carol, você é meu porto seguro, minha companheira, meu amor. Obrigado pela confiança e compreensão em todos os momentos que precisei.

Henrique e Guilherme, os anjos da minha vida. Mesmo tão pequenos, obrigado pelo entendimento nos momentos de ausência. Vocês são os maiores tesouros que tenho.

Marcelo, Marcelle, Miguel e Mariana, meus emes favoritos. Tia Margareth, Samantha e Bruno, Samya e Joaquim, com todos vocês juntos, a ideia de família realmente faz sentido.

Ao Deco e à Camila, pelo abraço acolhedor na Europa quando esta aventura iniciou, obrigado.

Aos Companheiros do escritório Delambert Advogados, especialmente na figura do meu sócio e amigo, Dr. Márcio Delambert, obrigado pela ajuda e compreensão nos momentos em que precisei focar no trabalho acadêmico. Márcio, mesmo que sejamos próximos na idade, você é um grande exemplo de advogado para mim. Obrigado.

Aos queridos professores da UAL e amigos da Turma 10, uma verdadeira família em terras lusitanas.

À Universidade Autónoma de Lisboa, instituição que abriu suas portas e se transformou em uma casa em Portugal.

Um especial agradecimento aos admiráveis professores Doutores Manuel Monteiro Guedes Valente e Rodrigo Reis Mazzei, meu orientador e coorientador, respetivamente, académicos brilhantes, que, com generosidade, aceitaram acompanhar-me nesta dissertação. O reconhecimento e gratidão pelos senhores sempre me acompanhará. Muito obrigado.

RESUMO

Por certo, os princípios são como a coluna vertebral em um processo. Afirmam papel preponderante para as partes levarem suas demandas ao Estado-julgador, que proferirá suas melhores decisões quando observá-los. Neste contexto, o contraditório apresenta seu papel elementar, pois não haverá processo sem a efetiva atenção a este princípio. A dialética tem papel preponderante na marcha processual. Diante disso, é fundamental que se conheça os aspectos mais relevantes do princípio do contraditório, com sua aplicação, seja no processo civil ou no processo penal. Assim, é importante analisar como a legislação portuguesa e a legislação brasileira tratam o tema. De suma relevância, também, verificar a possível integração das características do princípio do contraditório no âmbito do processo civil ao processo penal, mormente na legislação brasileira. Observa-se essa importância no momento que, como exemplo, o Brasil recentemente passou por uma profunda reforma no âmbito do seu Código de Processo Civil, em que se evidenciam dispositivos modernos que muito bem fariam ao Processo Penal. Portanto, justifica-se uma análise mais detida sobre o papel do contraditório no campo processual.

Palavras-chave: princípios; regras; contraditório; processo civil; processo penal.

ABSTRACT

Indeed, the principles are like the spine of a process. They affirm the parties' prominent role to take their demands to the judging state, which will issue its best decisions when observing them. In this context, the adversarial principle has its elementary function, as there will be no process without adequate attention to this principle. Dialectics has a preponderant role in the procedural movement. Because of this fact, the most relevant factors of the adversarial principle must be known, with their application, whether in civil or criminal proceedings. Thus, it is crucial to analyze how Portuguese and Brazilian legislation deal with the issue. It's also essential to note the possible integration of the adversarial principle's characteristics in the scope of civil proceedings to criminal proceedings, especially in Brazilian legislation. This importance is pointed out at this time that, as an example, Brazil recently underwent a significant reform within the scope of its Code of Civil Procedure, in which modern devices that would do the Criminal Procedure stand out. Therefore, an analysis with more attention to the adversarial principle's role in the procedural field is justified.

Keywords: principles; rules; adversarial principle; civil procedure; criminal procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRINCÍPIOS, AXIOMAS E REGRAS	15
1.1 Princípios e Regras	15
1.2 Axiomas	25
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI.....	29
2.1 Sistema processual penal inquisitório.....	30
2.2 Sistema processual penal acusatório.....	36
2.2.1 Sistema processual penal acusatório privado	37
2.2.2 Sistema processual penal acusatório público	39
2.3 Sistema processual penal misto	43
3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL.....	52
3.1 Aspectos gerais.....	57
3.2 O princípio do contraditório no modelo processual penal brasileiro.....	60
3.3 O princípio do contraditório no modelo processual penal português	66
4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL.....	74
4.1 Aspectos Gerais.....	74
4.2 O princípio do contraditório no modelo processual civil brasileiro	78
4.3 O princípio do contraditório no modelo processual civil português	83
5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL.....	86
5.1 Alguns exemplos do posicionamento do princípio do contraditório nos códigos de processo civil e processo penal do Brasil e de Portugal	86
5.2 É possível a aplicação da visão atual do princípio do contraditório contido no processo civil brasileiro no processo penal?	102
6 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA.....	111
6.1 Exemplos do posicionamento do princípio do contraditório na jurisprudência brasileira e portuguesa	111
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS	125
DOCUMENTOS LEGAIS	139

INTRODUÇÃO

A conceitualização de “princípio” é, *ab initio*, importante. Princípio, derivado do latim *principium*, (origem, começo), em sentido etimológico exprime o começo de vida ou o primeiro¹ instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, de forma ampla, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. A própria Bíblia apresenta tal sentido em seu primeiro versículo: no princípio Deus criou os céus e a terra (Gênesis 1:1).

Segundo Nicola Abbagnano, foi Aristóteles o primeiro a enumerar os significados de princípio, que são: i) ponto inicial de um movimento, como de um caminho, de uma linha; ii) o ponto mais adequado para partida, como algo que facilite o aprendizado, por exemplo; iii) o ponto inicial de uma construção, por exemplo, as fundações de uma casa; iv) causa externa a um processo ou de um movimento, como exemplo, um insulto que dá início a uma briga; v) o que, por força da sua decisão, provoca mudanças, como magistraturas ou governos de uma cidade; vi) aquilo que dá início ao processo de conhecimento, como as premissas de uma demonstração. Afirmar ainda que Aristóteles complementou a lista com *causa*, pois também tem o mesmo significado, vez que todas as causas são princípios. “O que todos os significados têm em comum é que, em todos, princípio é o ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer”.²

No século XVIII, ao definir o princípio como o que contém em si a razão de alguma outra coisa, Abbagnano descreve que Wolff observava que esse significado estava de acordo com a noção de Aristóteles. Kant, por outro lado, restringia o uso do termo ao campo do conhecimento, entendendo por princípio toda proposição geral, mesma extraída da experiência por indução, que possa servir de premissa maior num silogismo, mas, por outro lado, introduza a noção de princípio absoluto ou princípio em si. Pode-se dizer, “conhecimentos sintéticos originários e puramente racionais, que ele julgava insubsistentes, mas aos quais a razão recorreria no seu uso dialético”.³

Para Nicola Abbagnano, na filosofia moderna e contemporânea a noção de princípio tende a perder importância. Disserta sobre Poincaré, que observava o seguinte: “princípio não passa de lei empírica que se considere cômodo subtrair ao controle da experiência por meio de

¹ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e – **Vocabulário jurídico**. 4 vol., 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 447.

² ABBAGNANO, Nicola – **Dicionário de filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 928.

³ *Idem*, p. 929.

convenções oportunas: portanto, um princípio não é verdadeiro nem falso, mas apenas cômodo”.⁴

Segundo Miguel Reale, a palavra *princípio* carrega consigo dois significados: um de natureza moral, e outro de ordem lógica. Ao se destacar que alguém, por exemplo, é um homem de princípios, o significado da palavra destina-se a uma interpretação de que aquele sujeito é um indivíduo com virtudes, de boa formação com conduta pautada em razões morais, o vocábulo é tratado em sua aceção ética. Porém, a palavra *princípio* traz também um sentido lógico, portanto vale a conceituação: “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”.⁵

Ainda sobre os princípios, didática é a análise feita por analogia por Miguel Reale, mostrando a importância que apresentam para o estudo de uma determinada ciência:

Podemos, aqui, fazer uma comparação que, até certo ponto, esclarecerá o problema. Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.⁶

Ultrapassada a carga filosófica dos princípios, pode-se dizer que revelam o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda a espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito; indicam o alicerce do Direito. Nesta aceção, não se compreendem só os fundamentos jurídicos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os

⁴ ABBAGNANO, Nicola – **Dicionário de filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 929.

⁵ REALE, Miguel – **Filosofia do direito**. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 59-60.

⁶ *Idem*, p. 60.

princípios se inscrevem nas leis, mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.⁷

Talvez, uma das mais célebres conceituações seja de Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma: “Princípio é, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.⁸

Por certo, os princípios são a mola mestra da ciência do Direito. Impróprio pensar o Direito sem passar pela análise dos princípios, sejam eles processuais ou não. Tratando-se de processo, é um erro deixá-los em segundo plano, pois, nessa marcha avante, possuem papel fundamental à boa conclusão pretendida pelos jurisdicionados.

Neste ponto, interessante apontar que processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).⁹

Portanto, vê-se no processo o meio para a proteção dos diferentes direitos materiais, e, pelos seus princípios, o julgador encontra tranquilidade e firmeza para a declaração do direito. Diferentemente do que se exerce no sistema inquisitorial, nos sistemas acusatório e misto os princípios, especialmente o princípio do contraditório, são aspetos basilares do processo. Assim, nesta dialética, o princípio do contraditório apresenta sua magnânima faceta, devendo estar presente em toda marcha, seja no processo civil ou no processo penal, inclusive com leitura de apoio entre ambos.

Neste diapasão, como sequência, vale esclarecer as diferenças entre princípios e regras. Hoje, estuda-se a estrutura normativa do ordenamento jurídico através das regras e dos princípios. Eles são considerados espécie de norma jurídica. Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios, vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. A diferença entre as normas jurídicas que são princípios e as demais normas jurídicas reside em que os princípios têm um âmbito de incidência ilimitado, ao passo

⁷ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e – **Vocabulário jurídico**. 4 vol., 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 447.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Elementos de direito administrativo**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria geral do processo**. 15.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 275.

que as regras contêm em si mesmas as hipóteses específicas em que incidirão. Além disso, a aplicação do princípio sempre envolve um prévio juízo de valor. Não se tem uma aplicação direta, objetiva, do princípio. Nem sempre o mesmo ocorre com a regra. Muitas delas se aplicam de forma objetiva aos fatos, sem necessidade de adotar-se um prévio critério valorativo. Tais diferenças entre as “normas-princípios” e as “normas-regras” fazem inclusive com que sejam diferentes o modo de composição de conflitos entre princípios e o modo de composição de conflitos entre regras.¹⁰

Por terem maior grau de abstração, os princípios não descrevem as condições necessárias para sua aplicação, motivo pelo qual se aplicam a um número indeterminado de casos e de maneiras diferentes. Ao contrário, as regras impõem o exato cumprimento do seu conteúdo normativo, sobretudo diante de seu baixo grau de abstração, motivo pelo qual se torna possível identificar as hipóteses de sua aplicação.

Não quer dizer que tal tarefa é de fácil consecução. O caminho para seu efeito, no entanto, passa pelos termos mencionados. O esforço interpretativo para a aferição do princípio é por certo mais complexo para o agente que analisar o caso em concreto. Deve atentar para a solução do caso, buscando a prevalência da justiça. Ao contrário, as regras jurídicas não demandam tal esforço, mas tão somente a verificação da validade em si dela mesma. Sendo válida, há que se aplicá-la. Por certo não é fácil, em muitos momentos, a diferenciação entre regras e princípios. Neste sentido, relevante a análise a respeito do princípio do contraditório.

O contraditório é a própria exteriorização, em um sentido mais amplo, da própria ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois, a todo ato produzido, caberá igual direito à outra parte, explorando a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela já feita.¹¹

Numa aceção mais singela, é garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito.¹²

Quer dizer que o poder público tem de assegurar aos litigantes, e aos acusados em geral, todas as formas capazes de fazê-los cientes do pedido que em face deles existe, além de todos os atos processuais. Além disso, deve assegurar a possibilidade de que as partes possam

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo – **Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol.1, 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71.

¹¹ MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 14.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 124.

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de direito constitucional**. 4.^a ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 705.

apresentar as provas que entenderem devidas a demonstrar seus direitos, bem como de poderem ter seu caso discutido perante um juiz, neutro e independente.¹³

Em sua perspectiva mais ampla e talvez mais atual, o contraditório é também garantia de participação das partes no processo, aí incluída a possibilidade de influir no convencimento do juiz, o que reforça a estrutura dialética do processo e a convicção de que quanto mais diálogo houver, melhor será o resultado da tutela jurisdicional pleiteada. Essa possibilidade de influência exercida pelas partes se traduz nas oportunidades que elas possuem de ampla manifestação nos autos, que só se tornam reais quando o juiz demonstrar ter levado em consideração os argumentos sustentados por elas, ainda que para rejeitá-los, ou seja, o contraditório é a garantia de falar nos autos e também de ser ouvido pelo juiz.¹⁴

Costuma-se dizer que a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se por meio do binômio informação + reação. Os modelos atuais de contraditório, entretanto, captam a ideia de ação + reação. Afirma-se, também, que este princípio é decorrente do princípio constitucional da isonomia¹⁵, já que, caso se permitisse ao juiz decidir considerando

¹³ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha – Art. 5º, incisos XXII e XXIII. In MACHADO, Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) – **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7.ª ed. Barueri, SP: Manole, 2016. pp. 65-74, p. 40.

¹⁴ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães – **Princípios do processo no novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 76-77.

¹⁵ O princípio da igualdade é princípio estruturante dos direitos fundamentais. Na Constituição brasileira há previsão no *caput* do seu artigo 5.º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. No mesmo sentido, o artigo 13.º da Constituição portuguesa exprime, em seu item 1: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Canotilho explica que a afirmação – todos os cidadãos são iguais perante a lei – significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. De maneira resumida, pode-se sintetizar que as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas. A igualdade na aplicação do direito é uma dimensão básica do princípio da igualdade, assumindo especial relevância na aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais. Porém, em complemento, há que se atentar para o sentido formal expresso pelo princípio da igualdade, bem como por seu sentido material. Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade se direciona ao próprio legislador, vinculando-o a criação de um direito igual para todos os cidadãos. O princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo. Observe-se os exemplos: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas a brancos. A lei tratava igual todos os judeus e todos os negros, mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória. Diante deste quadro, Castanheira Neves, citado por Canotilho, formula que “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”. Vê-se que não há igualdade no não direito. Com a redução do princípio a um sentido formal, ele acabaria por ser um princípio de prevalência da lei em face da administração e da jurisdição. Assim, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Na igualdade material através da lei deve-se tratar por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed., 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 426-428.). Ainda quanto ao princípio da igualdade, Manuel Monteiro Guedes Valente consegue sintetizá-lo da seguinte forma: “O princípio da igualdade como princípio estruturante de Estado de direito democrático e social, por um lado, impõe que exista igualdade na aplicação do direito – dimensão liberal, em que todos são iguais perante a lei abstracta –, por outro, garante a igualdade dos cidadãos na participação da vida política da comunidade – dimensão democrática, que proíbe discriminações no pleno

apenas os argumentos de uma das partes, sem dar à outra oportunidade de se manifestar, acabaria por tratá-las de maneira desigual.¹⁶

Assim, nos dias atuais, por contraditório devemos entender a conjunção de três valores, quais sejam: a) a ciência a parte de que contra ele existe um processo ou há necessidade de que adote alguma medida em determinado feito em curso; b) a possibilidade de a parte reagir ao fato que lhe é imputado; c) o diálogo que deverá haver entre o juiz e as partes antes de qualquer decisão na medida em que é salutar que às partes possam influenciar no amadurecimento do entendimento do magistrado sobre determinado assunto.¹⁷

Entende-se que se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial. O processo é um sistema interacional, que se desenvolve de forma dialética. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. Desta concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de decisões-surpresa para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.¹⁸

Como exemplo, no direito processual civil português é expressa a disposição que atenta ao juiz participar as partes sobre as suas decisões. Não pode ele criar decisões-surpresa. Percebe-se isso pelo artigo 3.º do Código de Processo Civil de Portugal. No Brasil, com o novo

exercício do poder político – e, ainda, exige que sejam eliminadas as desigualdades fácticas geradoras de desigualdades de qualificação jurídica de modo que se concretize uma igualdade de facto ou material econômica, social e cultural (em suma, de qualificação jurídica)” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria geral do direito policial**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 290-291). Por fim, resta registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal: “DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. INTIMAÇÃO PESSOAL - CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la. PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável. [...] Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 83.255/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 05 nov. 2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 12mar. 2004).

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

¹⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa – **Processo civil: curso completo**. 4.ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 45.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – *opere citato*, p. 61.

Código de Processo Civil em vigor, passa a vigorar a regra de cooperação das partes no processo (art. 6.º do CPC), bem como no CPC de Portugal, em seu artigo 7.º. Esse modelo qualifica o juiz como um dos participantes do processo, marcado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento e, nessa linha, esse juiz estaria obrigado ao debate, ao diálogo judiciário, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.¹⁹

Ademais, deveras importante é a compreensão de utilização complementar da ideia do contraditório presente nos processos civil e penal. Pelo princípio do contraditório, como regra, toda decisão deve ser proferida sobre um pedido ou um argumento de uma das partes, oportunizando que a outra parte se pronuncie sobre tal pedido ou argumento.

Em razão da paridade de armas das partes, o julgador deve participar desse diálogo processual, a fim de fiscalizar o bom andamento do processo e procurando sempre uma decisão mais justa. É fundamental, então, que se aborde o equilíbrio para a boa marcha processual, dentro da perspectiva do contraditório diferido e da decisão não surpresa (artigos 9.º e 10.º do CPC brasileiro).

O processo penal, contudo, possui uma compreensão equitativa do princípio com vistas à desigualdade efetiva entre Estado-poder e acusado. Dessa forma, o processo é organizado por atos que respeitem, seja de forma plena ou mitigada, o contraditório da defesa.

Como se percebe, é da essência do processo a atenção ao contraditório, vez que tal princípio é indissociável do processo em si. Não há processo sem contraditório. Na realidade, o desenvolvimento do processo depende da observância acurada de tal princípio.

Dentro da temática, vale destacar que o artigo 15.º do CPC brasileiro serve como o eixo de todo o sistema processual daquele país. Neste passo, observa-se que, sem a efetividade do princípio do contraditório, não há processo. Hoje se busca uma melhor participação e um diálogo constante entre os envolvidos no processo, ficando à cargo do Estado-juiz a gestão processual, com as considerações e atuação das partes.

Enfim, espera-se que, com uma obediência ao princípio do contraditório, os juízes ofereçam um procedimento realmente dialético, seja na esfera do processo civil ou do processo penal, oportunizando uma verdadeira produção de provas equânime, a fim de retratar um provimento jurisdicional justo e rápido.

¹⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães – **Princípios do processo no novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

Diante dos conceitos e pensamentos demonstrados, optou-se por desenvolver a presente dissertação, cujo título é: “O princípio do contraditório: um diálogo entre o processo civil e o processo penal”.

Destaca-se que o trabalho pretende abordar e responder alguns questionamentos.

De partida, como problemática principal a ser estudada, busca-se a verificação da possibilidade de o princípio do contraditório, previsto no processo civil, ter algum reflexo no processo penal. Como resultado, pretende-se demonstrar que há sim possibilidade de inter-relação do processo civil com o processo penal, mormente no que diz respeito à atenção ao princípio em foco.

Para se chegar à resposta da problemática principal proposta, o caminho a ser trilhado passará pela resposta de problemas secundários que merecem ser estudados.

Os problemas secundários a serem explorados são:

- 1) Como se dá a conceituação e diferenciação entre princípios, axiomas e regras?
Pretende-se explicar que princípios, axiomas e regras representam espécies normativas e que a tentativa de sua diferenciação, apesar de tarefa árdua, mostra-se importante para o estudo da temática. Ademais, mostrar-se-á diferentes conceitos e pensamentos sobre os tipos normativos explicitados.
- 2) Como o princípio do contraditório se apresenta nos sistemas processuais penais?
Para responder tal questionamento, os sistemas processuais penais – inquisitório, acusatório e misto – serão apresentados, e, neste ponto, o princípio do contraditório será estudado segundo posicionamento em cada um desses sistemas. Ademais, relevante abordar qual sistema processual penal Brasil e Portugal adotam.
- 3) Como se apresenta o princípio do contraditório no âmbito do processo penal?
Relevante tal questionamento, e a busca pela resposta passará pela abordagem de aspectos gerais do princípio do contraditório no âmago do processo penal, bem como uma abordagem mais específica no processo penal português, como no processo penal brasileiro.
- 4) Como se apresenta o princípio do contraditório no âmbito do processo civil?
Importante a pergunta, e o trajeto pela resposta também passará pela abordagem de aspectos gerais do princípio do contraditório, porém, agora, dentro do processo civil, assim como haverá estudo específico a respeito do princípio do contraditório no processo civil português, como no processo civil brasileiro.

- 5) Como se dá a presença do princípio do contraditório na legislação processual? Ficarà demonstrada a posição do princípio do contraditório nos códigos de processo penal e civil do Brasil e de Portugal. Além disso, para uma leitura harmoniosa da incidência do princípio, destacar-se-á o contraditório em convenções internacionais, nas constituições de Brasil e Portugal, bem como na legislação processual de ambos os países. Uma leitura aglutinada dos dispositivos facilitará a percepção do conteúdo nuclear do princípio que afeta os diferentes estatutos citados. Além do estudo interligado dos dispositivos, será demonstrado como pode ser feita a integração da legislação processual civil ao processo penal propriamente dito. Para demonstrar tal afirmação, será utilizado exemplo por meio da interpretação sistemática da legislação processual civil e processual penal brasileira. Ou seja, ficarà demonstrado que há possibilidade de aplicação do modelo de contraditório atual previsto na legislação processual civil do Brasil ao processo penal;
- 6) Por fim, a título de exemplo, será demonstrado como a jurisprudência de Portugal e do Brasil tem tratamento a respeito do princípio do contraditório, mostrando-se as similaridades de entendimento sobre o princípio em ambos os países.

Para se atender o preenchimento do conteúdo proposto no desenvolvimento da dissertação, o método optado foi o dedutivo, pois se trata de um processo de análise de informações mais abrangentes que nos levam a uma determinada conclusão. Dessa forma, utiliza-se da dedução em busca de um resultado. Parte-se de um conteúdo generalista e aprofunda-se o estudo com base em teorias verídicas com conteúdo lógico, até se chegar a uma conclusão.

Outrossim, as técnicas utilizadas para o desenvolvimento deste trabalho foram a consulta de bibliografia sobre o tema e a consulta de fontes documentais, como constituições, leis, tratados e acórdãos. Todas as informações coletadas se deram tanto com a utilização de material físico, como livros, códigos, coletâneas, revistas especializadas, bem como a utilização de consultas a sítios eletrônicos de revistas especializadas, periódicos, repositórios jurisprudenciais etc.

Por último, a estrutura desta dissertação ainda comportará a conclusão e o referencial de material utilizado na pesquisa.

1 PRINCÍPIOS, AXIOMAS E REGRAS

1.1 Princípios e Regras

Antes de se falar sobre o princípio do contraditório, é necessário que se distinga regras e princípios no aspeto jurídico. Não se trata de uma distinção simples²⁰, muito menos óbvia, mas de suma importância para a análise do exercício da justiça. Neste ponto, não será adotada uma única vertente, mas sim mostrar-se-á como a distinção (ou não) desses conceitos foi alvo de estudo de alguns dos maiores juristas do Direito moderno na tentativa de analisar e até mesmo justificar o exercício do poder, em especial do Judiciário. Trata-se de uma diferenciação para auxiliar na compreensão dos intérpretes, já que “o texto normativo é só uma matéria bruta do Direito – afeta a clareza e a sensibilidade do Direito, indispensáveis ao Estado Democrático de Direito”.²¹

O chamado neoconstitucionalismo ascendeu à Constituição de 1988 (Brasil) uma nova perspectiva quanto à descrição, criação e formação da justiça, seja no âmbito teórico-legislativo, seja na adequação da aplicação judicial que o novo ordenamento formou. Passou-se de uma ideia anterior de “justiça concreta” que valorizava as regras, para uma noção mais clara de “justiça abstrata”, que aprecia em predominância os princípios.²²

A distinção entre regras e princípios na perspectiva jurídica foi discutida por Ronald Dworkin. O jurista criticava as percepções positivistas de Herbert L. A. Hart a respeito das normas jurídicas, de uma forma geral. Então, antes de explicar as diversas perspectivas de distinção (ou não) entre esses dois termos, o pensamento positivista será explanado.

²⁰ Gomes Canotilho destaca que no interior do superconceito *norma*, distinguir regras e princípios é uma tarefa bastante complexa. Para tanto, são destacados alguns critérios úteis que demonstram as diferenças entre ambos. 1) Grau de abstração: princípios são normas com um grau de abstração elevado, enquanto as regras possuem um grau de abstração reduzido; 2) Grau de determinabilidade: na aplicação em um caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam da interferência em sua aplicação e precisam de mediações concretizadoras, como do legislador ou do juiz, enquanto as regras são passíveis de uma aplicação direta; 3) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante, têm papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); 4) Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito, já as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo funcional; 5) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed., 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 1160-1161).

²¹ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 17.

²² GIANNINI, Marcelo Henrique – Princípios e regras – da distinção clássica à proposta de Humberto Ávila. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. Brasília-DF: Conjur, 13 set. 2014, p. 1. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40891/principios-e-regras-da-distincao-classica-a-proposta-de-humberto-avila>.

O positivismo jurídico buscou explicar os atos jurídicos de forma bastante exata, quase que cartesiana, com a finalidade de reduzir ao máximo as possibilidades de arbitrariedade de juízes e legisladores. Essa corrente não vislumbra o Direito como construção das vontades gerais, mas sim como produto de práticas sociais ou decisões institucionais.²³ Buscava-se criar um método para a resolução de conflitos e casos judiciais, de forma que fosse impossível haver distinção de tratamento entre casos de semelhantes circunstâncias. O que essa corrente almejava, acima de tudo, era a impessoalidade no exercício da justiça, que o Estado agisse única e exclusivamente como Estado, sem dar margens a interpretações pessoais dos particulares que compunham sua estrutura. Para isso, muniam-se de métodos e estratégias de forma a dar ao ordenamento jurídico uma rigidez tão grande que as exceções exigiam sempre um novo instrumento normativo para que fosse enquadrado sem interpretações pessoais. Aos juristas, cabia apenas a análise pura das leis escritas e das decisões judiciais, com o objetivo de resumir ao máximo o fato jurídico (que antes era um mero fato real) aos fatos essenciais para a percepção jurídica positivista.²⁴

O primeiro positivista jurídico analisado por Dworkin foi John Austin. Ele foi quem concebeu o princípio mor do positivismo jurídico: a visão de que o Direito é um conjunto de regras selecionadas de maneira cautelosa para reger a ordem pública.²⁵ Trata-se, no entanto, de um modelo muito simples. Dworkin, então, passa a analisar Hart, um jurista positivista cujas teorias são dotadas de maior grau de complexidade e a quem, em seguida, direciona suas críticas.

Interessante notar que ambos construíram um duelo intelectual sobre o tema. Segundo Hart, as críticas de Dworkin não somente refutaram quase todas suas teses como também externalizaram a concepção da teoria jurídica antes implícita na obra. Ao longo dos anos, a coerência dos argumentos de Dworkin foi plenamente aceita, mas também ocorreram mudanças significativas no âmago argumentativo e na terminologia utilizada. Além disso, Hart destaca que as críticas mais antigas de Dworkin, não estão presentes em sua obra mais recente apesar de não terem sido retiradas de forma explícita. Mesmo diante dessa ausência, Hart demonstra que ainda são críticas muito influentes e passíveis, portanto, de análise pelo autor.²⁶

Hart foi um dos principais juristas dessa corrente positivista. Ele faz uma análise no aspecto penal, em especial como julgamentos são influenciados pela moral e pela emoção dos

²³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XII.

²⁴ *Idem*, 2002, p. 4.

²⁵ *Idem*, p. 30.

²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus – **O conceito de Direito**. 6.^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 300.

juízes tornando-se dotados de parcialidade. Ele, como pensador positivista, via, então nas regras, uma forma de barrar essa impessoalidade e fazer das decisões judiciais objeto mais justo.

O jurista dinamarquês Alf Ross deu importante atenção sobre a vigência do Direito. O autor considera aquilo aplicado pelos juízes como norma²⁷, com componentes de vinculação social e efetividade.²⁸ A aplicação efetiva, com força jurídica obrigatória, sugere verificação científica da existência normativa ou perspectiva moral influenciada por Hans Kelsen.²⁹ O escandinavo acaba por observar menos definição de direito e mais fenômenos sociais. A vigência da norma enquanto prescrição individual aos órgãos jurisdicionais³⁰, seja para uso da força ou competência de autoridades, deve ter previsibilidade (por aplicação nos tribunais) e psicologismo (por meio de ideologia normativa).³¹ O deslocamento do entendimento de norma para o sentido na realidade avança da concepção de validade pensada. O giro de entendimento da norma em si para os acontecimentos sociais compreende o peso político-ideológico para com a arena judiciária enquanto fonte jurídica para decisão dos elementos integrantes de fato da ordem jurídica.³²

Hart rejeita o conceito anterior de que regras são uma mera ordem, um sentido imperativo. Ademais, Hart reconhece que existem tipos lógicos diferentes de regras, as primárias e as secundárias. As regras primárias são aquelas que geram direitos e deveres, que vão desde o direito à propriedade ao dever de não matar alguém. Já as regras secundárias são aquelas responsáveis pela organização do Estado e do ordenamento jurídico.³³ Segundo ele, as regras (primária ou secundárias), em sua maioria, são válidas porque foram validadas por alguma instituição estatal componente. Ele parte do pressuposto de que as instituições estatais são competentes e capazes de gerar regras claras, exequíveis, gerais e isentas de pessoalidade, de forma a construir um método que permita que o exercício da justiça seja impessoal e, por consequência, mais justo.

Diante disso, Dworkin ressalta em sua obra que a submissão a determinada regra difere da sujeição a um dano. Isso porque a regra tem natureza normativa e estabelece um padrão de

²⁷ “[...] o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do Direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias” (ROSS, Alf – **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 41).

²⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro – Empiria como critério de vigência do direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. **Sequência**. N.º 72 (abr. 2016), pp. 193-216, p. 202.

²⁹ *Idem*, p. 200.

³⁰ *Idem*, p. 203.

³¹ *Idem*, p. 206.

³² *Idem*, pp. 209-210.

³³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31.

comportamento, enquanto a ordem se restringe à ameaça que garanta aplicação da regra. Assim, a obrigatoriedade de uma regra independe da vontade de um indivíduo e sua força física, pois é vinculada a autoridade e sua competência para promulgar a regra – essa é a teoria geral das regras oferecida por Hart. Além disso, Dworkin explana que tal autoridade somente pode derivar de outra regra que já seja obrigatória àquele público. Assim se difere leis válidas de “ordens de um pistoleiro”.³⁴

Interessante que, no crepúsculo de sua produção acadêmica, Hart tenha feito uma autocrítica a sua obra, e dado resposta às críticas de Dworkin. Com brevidade, sintetizou diferenças entre princípios e regras. L. A. Hart explica que há dois aspetos essenciais a essa diferenciação. O primeiro se relaciona ao grau de extensão, vez que os princípios são extensos, gerais ou não específicos – diferente das regras. Assim, um único princípio é capaz de abranger diversas regras diferentes por meio de exemplos e ilustrações.³⁵

Já o segundo aspeto diz respeito ao conteúdo, pois os princípios se referem a certo objetivo, finalidade, direito ou valor e centraliza esforços para manter um objeto de adesão. Então, diante de sua amplitude, os princípios são capazes de fornecer subsídio à fundamentação lógica das regras, exemplificar sua aplicação e contribuir para a justificação desses mecanismos normativos.³⁶

Dworkin, entretanto, divergia da perspectiva positivista com veemência. Segundo ele, os mesmos juristas que são treinados para agir de acordo com um método são os que têm dificuldade em agir de forma consciente sobre o problema, como se eles vislumbrassem o conceito de infração legal sem, no entanto, contemplar os motivos pelos quais essa infração é contrária ao ordenamento jurídico, como se não analisassem os aspetos morais por trás de uma análise racional.³⁷

Sob essa égide, o autor demonstra que, mesmo diante de situações claras de infração a uma obrigação jurídica, nem sempre há capacidade de oferecer fundamentação principiológica aos atos de coerção, tais quais prender pessoas, causar dano financeiro, dentre outras formas de punição ao infrator da lei. Assim, Dworkin ressalta que, enquanto não forem identificados devidamente princípios a serem seguidos, não há plena certeza de que esses atos são suficientes e dotados de consistência.³⁸

³⁴ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.

³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus – **O conceito de Direito**. 6.^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 322.

³⁶ *Idem, loco citato*.

³⁷ DWORKIN, Ronald – *opere citato*, p. 5.

³⁸ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 24-25.

Dworkin vislumbrou na tese positivista os mesmos questionamentos já apresentados por instrumentistas e sociólogos: como os juízes lidariam com as regras e os métodos em casos de extrema complexidade, que apresentam mais de uma linha de análise?³⁹

Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática da letra da lei, do texto. Ao contrário do texto normativo, que é o objeto da interpretação, a norma é a interpretação em si.⁴⁰ Nesse sentido, as normas são, na verdade, a formalização da interpretação e, para que isso aconteça de forma efetiva, para que a norma adquira expressão e deixe de ser uma mera suposição, a diferenciação entre regra e princípio se faz necessária. Vale lembrar que as regras e os princípios são tipos normativos, já que ambos preveem um dever ser.⁴¹

Segundo Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”.⁴² Ele, então, decide distinguir princípios e regras de acordo com a sua natureza lógica, uma vez que, apesar de essas duas categorias apresentarem uma orientação obrigatória para a interpretação do texto normativo (portanto, para a criação da norma), elas se distinguem quanto ao tipo de orientação que promovem.

As regras, segundo Dworkin, são aplicadas na ideia do tudo-ou-nada. Ou uma regra é completamente válida dentro de uma situação, ou ela não tem ligação nenhuma com o fato, portanto não é válida.⁴³ Já os princípios são um padrão que deve ser seguido e buscado, não porque gerarão uma consequência necessariamente direta, mas porque gerarão uma aproximação máxima com a justiça ou com a equidade, aferindo à decisão algum grau de moralidade.⁴⁴ Ele ainda diferencia esse conceito do conceito de política, que se trata de um padrão que busca estabelecer um objetivo social, como o combate ao tráfico de drogas, por exemplo.⁴⁵ Os princípios possuem uma abrangência e uma força que as regras não têm, que Dworkin chama de “dimensão do peso”. Duas regras não colidem entre si, porque elas são funcionalmente “importantes ou desimportantes”, o que significa que elas não se sobrepõem.

³⁹ *Idem*, p. 8.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 22.

⁴¹ GIANNINI, Marcelo Henrique – Princípios e regras – da distinção clássica à proposta de Humberto Ávila. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. Brasília-DF: Conjur, 13 set. 2014, p. 1. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40891/principios-e-regras-da-distincao-classica-a-proposta-de-humberto-avila>.

⁴² DWORKIN, Ronald – *opere citato*, p. 36.

⁴³ *Idem*, p. 39.

⁴⁴ *Idem*, p. 36.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2004, 2004.

Quando uma é válida, a outra não é. Com os princípios, isso não se faz verdade. Quando dois princípios colidem entre si, sobressai aquele que, no contexto, é o mais forte, sem, no entanto, invalidar o princípio que não foi aplicado.⁴⁶

O que Dworkin buscou mostrar com essa diferenciação é que o modelo altamente exato e rígido do positivismo não atingia o principal objetivo buscado por essa corrente: a aplicação justa e equânime da lei. A falta de bases morais claras e explícitas, ao invés de gerar impessoalidade, gerava, na verdade, apatia e injustiça. Quanto à discricionariedade, tão temida pelos positivistas, Dworkin afirma que é natural a sujeição das regras criadas por leis a (re)interpretações, mesmo que desvirtuantes à intenção original do legislador. Diante desse fenômeno, o autor explana que tal poder discricionário para modificação de regras estabelecidas é limitado, vez que, caso contrário, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Dessa forma, há uma moldura de padrões obrigatórios a juízes acerca dos limites de revogação/mudança das normas estabelecidas. Sob essa égide, incita-se o questionamento: “Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?”⁴⁷

Para responder a essa pergunta, Dworkin assegura que os princípios são a solução. Não que eles possam justificar qualquer mudança, até porque é necessário que haja razoabilidade, mas podem ser invocados para refazer a interpretação da letra da lei e, dessa forma, modificar a norma em algum grau. Além disso, segundo ele, acatar a inflexibilidade da regra (da lei) é dar ao Poder Legislativo mais poder que ao Poder Judiciário, o que é completamente oposto ao que se propõe na divisão dos poderes e na base de um Estado Democrático de Direito.⁴⁸

Existem outras distinções entre regras e princípios. Uma delas é a de Karl Larenz, que vê os princípios como meros orientadores para a interpretação das leis, sem qualquer caráter formal de proposição jurídica, o que não gera nenhuma implicação direta, falta-lhes a relação entre a hipótese de incidência e a consequência jurídica. É esse último fator que, segundo Larenz, os diferencia das regras, que possuem consequência jurídica decorrente de hipótese jurídica.⁴⁹ Para Larenz, então, existe ainda uma relação entre princípios e regras à medida que estes indicam ao juiz o caminho para obter a regra que melhor corresponde à situação.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald – *opere citato*, p. 42.

⁴⁷ *Idem*, p. 59.

⁴⁸ *Idem*, p. 60.

⁴⁹ GIANNINI, Marcelo Henrique – Princípios e regras – da distinção clássica à proposta de Humberto Ávila. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. Brasília-DF: Conjur, 13 set. 2014, p. 1. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40891/principios-e-regras-da-distincao-classica-a-proposta-de-humberto-avila>.

Segundo o autor⁵⁰, a natureza dos princípios é valorativa ao ideal do Direito, não necessariamente condensado à regra jurídica concreta, mas adjutório, cujo papel permite apresentar fundamentos justificativos dessas normas. Esses elementos, no entanto, se subtraem de definição conceitual – assim como todas as pautas “carecidas de concretização”, de modo que tais esclarecimentos ocorrem exemplificativamente. Isto posto, a sedimentação dos princípios no Direito positivado é fator que contribui para sua evidência e proporciona amplo consenso – uma vez declarados, em parte, na Lei fundamental, sendo, portanto, dotados de dignidade constitucional.⁵¹

Já Robert Alexy discorda de Dworkin. Para ele, a distinção de princípios e regras não pode ser feita simplesmente na perspectiva do tudo-ou-nada, como propõe Dworkin, já que algumas regras apresentam exceções. Ele coloca os dois conceitos como espécies normativas, sem qualquer tipo gradativo entre eles. Alexy propõe que essa distinção seja feita com base em duas perspectivas: conforme a diferença quanto à colisão e conforme a diferença quanto à obrigação que instituem.

A primeira análise diz respeito ao comportamento quando duas estruturas de mesmo tipo se colidem. Quando duas regras colidem, uma se tornará válida e a outra inválida. Quando dois princípios colidem há, na verdade, uma sobreposição, não uma exclusão.

A segunda análise diz respeito ao tipo de obrigação. As regras instituem obrigações absolutas e totais, não há meio termo quanto sua aplicação. Já os princípios possuem uma obrigação *prima facie*, já que podem ser superados ou sobrepostos por outros princípios em caso de confronto.⁵² Ele define princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível”, uma vez que se trata de uma obediência baseada em grau de importância e adequação conforme o contexto, então um mesmo princípio pode ser aplicado em intensidades distintas. Essa distinção é bastante relevante, porque se baseia especialmente na aplicação entre as duas formas normativas. Enquanto uma é feita com base na totalidade absoluta das ideias, a outra é feita com base na ponderação, na otimização para que se encontre um meio-termo adequado à situação.⁵³

⁵⁰ LARENZ, Karl – **Metodologia da ciência do direito**. 7.^a ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 316.

⁵¹ *Idem, loco citato*.

⁵² ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 30.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas – Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. [Em linha]. **Direito, Estado e Sociedade**. N.º 37 (2010), pp. 152-180. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202/182>.

Conforme Robert Alexy, é basilar à teoria dos princípios a distinção técnico-normativa entre regra e princípio. O autor distingue que a primeira se refere à exigência de objeto determinado na forma de comandos definitivos cuja forma de aplicação é a subsunção; enquanto o segundo se trata de “comandos de otimização”, ou seja, busca seu ápice de realização em detrimento das possibilidades jurídicas e fáticas.⁵⁴

À vista disso, Alexy ressalta que se determinam as possibilidades essencialmente pelos princípios colidentes e, por este motivo, princípios considerados isoladamente são comandos *prima facie*. Diante de uma situação de múltiplos princípios, a ponderação determina o grau apropriado de exigência de cada um. Logo, sua aplicação se dá por meio da ponderação.⁵⁵

Jürgen Habermas se filia às ideias dworkinianas de governança jurídica principiológica em situações conflitantes.⁵⁶ O autor trata principalmente sobre a complementaridade de direito e moral dos argumentos de política, no emblemático *Direito e Democracia*. Sobre isso, Habermas ressalta que a justificação externa das decisões judiciais resulta da aplicação dos princípios do Direito e princípio do discurso no código jurídico, sendo que os primeiros (princípios do Estado de Direito), por razões práticas, assumem a figura especial do princípio da democracia. É capaz compreender, portanto, que o conteúdo moral dos direitos fundamentais e o dos princípios do Estado de Direito se cruzam – fato que demonstra a similaridade conteudista das normas fundamentais do direito e da moral e também sua relação com o princípio do discurso que os embasa.⁵⁷

Legalidade normativa não basta, haja vista a crítica habermasiana ao normativismo abstrato moderno.⁵⁸ Quando da insuficiência de regras nos *hard cases*, os princípios se inserem no panorama jurídico decisório com sua validade deontológica que não rececionam

⁵⁴ ALEXY, Robert – **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 5.

⁵⁵ *Idem*, loco citato.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen – **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 252.

⁵⁷ *Idem*, p. 253.

⁵⁸ *Idem*.

ponderação.⁵⁹ Porém, princípios não são acessíveis diretamente à política, visto o modelo jurídico enxergado por Dworkin com fundamentação moral e teoria discursiva própria.^{60 61}

Há ainda a percepção de Klaus Gunther que rejeita a tese de distinção entre princípios e regras. Ele cria a problemática de que não há uma norma universalmente válida, a partir do exemplo da célebre história narrada por Kant, que versa sobre um dilema moral: dizer a verdade e entregar à força policial um fugitivo que entrou em sala ou mentir e salvar a vida do indivíduo, transgredindo uma norma moral universal? A partir disso, Gunther se propõe a solucionar tal dilema mediante distinção entre discurso de justificação e discursos de aplicação.⁶²

Ele distingue os campos de justificação e os de aplicação da norma, diferentemente do que fez Dworkin ao refutar a aplicação positivista pela ausência de justificação da norma. No campo da justificação, o que importa é que o conteúdo de uma norma seja transformado em aspectos universais, que podem ser aceitos por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis.⁶³ No caso de Kant, por exemplo, a norma que proíbe a mentira, embora seja válida, não se faz justificável, porque está enquadrada em um contexto muito particular e imprevisível. Para Gunther, “uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente”.⁶⁴

Já o discurso de aplicação vem como forma de suprir os “vazios” deixados pelo discurso de justificação, nos casos em que as situações não são iguais e previsíveis. Nesses casos, a situação deve “ser suplementada por uma completa descrição da situação que considere variáveis não antecipadas pela descrição não normativa”.⁶⁵

⁵⁹ Habermas trata que princípios e regras “não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação de bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica” (*idem*, p. 258). A referência à teoria de Alexy é direta ao termo usado pelo jurista. Alexy respondeu às críticas de Habermas sobre ponderação de princípios; para o autor, em Constitucionalismo Discursivo, ponderar é para corrigir e intrínseco ao direito, e os princípios possuem muro de fogo que evitam invasões (ALEXY, Robert – **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 106-107, 114-116).

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen – **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263.

⁶¹ A integridade do direito reúne importância para a relação entre princípio e ordem jurídica em um *rule of law*. Para Habermas, a integridade “é um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade” (*idem*, p. 267).

⁶² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de – A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**. Vol. 2, n.º 1 (2006), pp. 241-254, p. 243.

⁶³ *Idem*, p. 244.

⁶⁴ *Idem*, loco citato.

⁶⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de – A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**. Vol. 2, n.º 1 (2006), pp. 241-254, p. 245.

Esse discurso parte da existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie*, que deverão ser avaliadas caso a caso, como uma função elástica. No entanto, para que esses conceitos sejam analisados e aplicados, é necessário que haja a descrição normativa dos fatos, bem como a análise dos dados, para que se busque a aplicação correta da norma *prima facie*. Segundo Gunther, “a completa descrição de uma situação de aplicação pode alterar ou mesmo afastar a aplicação de uma determinada norma válida, tida como *prima facie* aplicável”.⁶⁶ Ao contrário de Alexy, Gunther não vê a ponderação de princípios como um critério aceitável da perspectiva racional. Em resumo, não há, para ele, característica na estrutura que permita a diferenciação entre as normas que promovem uma otimização e as normas que geram obrigações definitivas e absolutas, como havia proposto Alexy. O que há, para Gunther, é a existência de uma distinção entre os campos de aplicação e de justificação de normas.⁶⁷

Com bastante assertividade sobre os princípios gerais de Direito, cabe colher ainda a lição de Arthur Kaufmann de que eles são demasiado gerais e normativos para que sejam simplesmente “aplicados” ou “subsumidos” ao tipo normativo. No entanto, são essenciais para argumentação, principalmente perante a tutela das minorias e dos mais fracos. Diante disso, o autor destaca que os princípios são mais contingentes que concretos, de modo que dificilmente uma decisão é tão somente fundamentada em base principiológica. Isso porque sua natureza abstrata não permite expor a forma como operam os princípios na argumentação, apenas mediante exemplos.⁶⁸

Jorge Miranda elenca as características dos princípios jurídicos, nas quais percebe-se como fator importante a qualidade generalista e moldável dos mesmos. São elas: (i) maior aproximação ao Direito ou valores do ordenamento; (ii) generalidade ou amplitude diante das normas; (iii) irradiação/projeção dos princípios em vasto número de normas heterogêneas; (iv) adstrição aos fins, não aos meios/regulação comportamental; (v) versatilidade – aplicação suscetível a conteúdos densos e variáveis ao longo do tempo e das circunstâncias; (vi) abertura – sem regulamentação atravancada ou aplicação plena; (vii) expansibilidade diante a situação – sem absorção ou esgotamento neles mesmos; (viii) relatividade ou virtualidade de harmonização – sem necessidade de serem revogados ou invalidados reciprocamente; (ix) virtualidade – oferecer resguardo às múltiplas problemáticas.⁶⁹

⁶⁶ *Idem*, p. 246.

⁶⁷ *Idem*, p. 253.

⁶⁸ KAUFMANN, Arthur – **Filosofia do direito**. 5.^a ed. Prefácio e Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 272-273.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge – **Curso de direito constitucional - Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais**. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 189.

Por fim, Miguel Teixeira de Sousa conclui que princípios se distinguem das regras, em primeiro, no sentido que princípios têm peso e importância, podendo ser aplicados pelo magistrado em diferentes medidas, enquanto as regras jurídicas podem ou não ser aplicadas pelo juiz, valendo aqui a regra do tudo ou nada. O segundo aspeto de diferenciação é que princípios podem conflitar com outros princípios; quando isto acontece, a prevalência é do princípio com maior peso, ou o mais importante, porém sem que nenhum dos princípios conflitantes tenha de ser considerado inválido. Por outro lado, quando regras conflitam entre si, não podem ser todas elas regras válidas.⁷⁰

O que se busca trazer com essa apresentação de distintos conceitos de princípios e regras não é escolher a definição mais correta, ou a que mais se enquadra com a realidade, até porque acima dessas distinções está a aplicação e a efetividade da lei. O que se pretende fazer com essa introdução conceitual é apresentar um plano de fundo para que se discuta a existência e a aplicação do princípio do contraditório, nas perspectivas do processo penal e do processo civil no Direito brasileiro em comparação com o Direito português.

1.2 Axiomas

Em relação aos axiomas, dada a finalidade deste trabalho, faz-se necessária sua conceituação.

Em sentido clássico, axiomas são verdades absolutas, intuitivas e imediatas. Segundo Japiassú e Marcondes, a origem do termo em latim significa valor e representa pressupostos em um sistema, considerados sempre como premissas para demonstração de fato. Os autores rememoram o conceito matemático que se refere à proposição indemonstrável de partida, tomada como evidência verdadeira, por exemplo, “o todo é maior que as partes”.⁷¹

Já Nicola Abbagnano disserta sobre os axiomas de uma forma mais extensa. Na origem, axioma significava dignidade ou valor. Os matemáticos usaram-na para designar os princípios indemonstráveis, mas evidentes da sua ciência. Aristóteles fez a primeira análise dessa noção, entendendo por axiomas as proposições primeiras de que parte a demonstração (axiomas comuns) e, em cada caso, os princípios que devem ser necessariamente possuídos por quem quer aprender qualquer coisa. Esse significado da palavra como princípio que se mostra evidente de imediato, pelos seus próprios termos, manteve-se constante por toda a Antiguidade e a Idade Moderna. A verdade do axioma, em outros termos, manifesta-se pela simples intuição

⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de – **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 246.

⁷¹ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo – **Dicionário básico de filosofia**. 3.^a ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 23-24.

dos termos que entram na sua composição. Neste terreno, Nicola Abbagnano apresenta o exemplo de Tomás de Aquino: “Os princípios imediatos não são conhecidos mediante algum termo intermediário, mas por meio do conhecimento dos seus próprios termos. Dado que saiba o que é o todo e o que é a parte, reconhece-se que o todo é maior do que a parte, visto que, em todas as proposições dessa espécie, o predicado está compreendido na noção de sujeito”. Hoje, este axioma é tido como a definição dos conjuntos finitos.⁷²

O filósofo italiano continua a explicar que por muitos séculos procurou-se justificar, de um modo ou de outro, a validade absoluta dos axiomas. “Bacon julgava possível obter axioma por via de dedução ou de indução, ao passo que Descartes julgava-os verdades eternas, que residem em nossa mente; ambos, porém, acreditaram que eram verdades imutáveis. Locke considerou os axiomas proposições, experimentos, experiências imediatas e Leibniz, ao contrário, considerou-os princípios inatos na forma de disposições originárias que a experiência torna explícitas; mas ambos lhes atribuíram o carácter de verdades evidentes. Para Kant, os axiomas também são evidentes, mas *a priori*; define-os como princípios sintéticos *a priori*, na medida em que são imediatamente certos. A certeza imediata, isto é, a evidência, é a característica dos axiomas”.⁷³

No entanto, a partir do século XIX, a ideia dos axiomas passou por transformação mais radical. A sua característica central, a sua definição, qual seja, a imediação da sua verdade, a certeza, a evidência, foi-lhe negada. Dessa forma, não há mais distinção entre axiomas e postulados, e as duas palavras são hoje usadas de maneira indiferente. “A escolha dos axiomas de certo modo é livre e, nesse sentido, diz-se que os axiomas são convencionais ou assumidos por convenção”.⁷⁴

Uma limitação à liberdade na escolha dos axiomas que caracterizam uma teoria é constituída, porém, pela óbvia condição de que deles nada de contraditório possa derivar; caso contrário, na própria teoria seria derivável qualquer proposição.⁷⁵

⁷² ABBAGNANO, Nicola – **Dicionário de filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116.

⁷³ *Idem*, p. 116.1

⁷⁴ *Idem*, *loco citato*.

⁷⁵ ABBAGNANO, Nicola – **Dicionário de filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116.

O filósofo Karl Popper descarta a certeza intuitiva de axiomas clássicos, como os da geometria euclidiana. Na visão mais moderna, Popper considera possíveis duas visões: axiomas como convenções ou como hipóteses empíricas ou científicas.⁷⁶

Se os axiomas fossem vistos como convenções, restringirão o uso ou significado das ideias fundamentais (ou termos primitivos ou conceitos) que os axiomas introduzem; determinarão o que pode e o que não pode ser dito acerca dessas ideias fundamentais. Os axiomas, por vezes, são apresentados como ‘definições implícitas’ das ideias que introduzem.⁷⁷

Percebe-se um encaixe de axiomas jurídicos à concepção de convenção, uma vez que sintetizam ideias jurídicas panorâmicas. A equação-enunciado do axioma receciona valores admissíveis e repele inadmissíveis na classe de conceitos⁷⁸; há de se considerar uma certa incapacidade de considerar verdade ou falsidade, mas pode-se dizer em consonância e dissonância de termos jurídicos com axiomas.

Um sistema axiomático jurídico é, nos termos de Popper, um sistema de equações-enunciados, que receciona certos valores e repele outros. Tomemos por consideração o décimo axioma garantista *nulla probatio sine defensione*: sem contraditório, não há satisfação da prova elencada em denúncia. Os conceitos admitidos no sistema são modelos desse sistema de axiomas.⁷⁹

Pouquíssimos enunciados são a respeito de objetos reais. Grande parte é definida por nomes universais, não delimitáveis por indicação empírica, por apontamento no mundo da vida. Portanto, não pode se tratar de implicitamente definidos, já que isso destruiria a empiricidade do sistema.⁸⁰ A metodologia sistêmica precisa ter cautela de tal modo a não levantar um sistema de enunciados indefinidos como implicitamente definidos. Tomar auxílio de conceitos fundamentais de sistemas anteriores é uma ferramenta de apoio empírico.⁸¹

Axiomas jurídicos, nessa análise, seriam compostos por equações-enunciados de conceitos indefinidos, mas sustentados por experiências anteriores, que rececionam valores característicos do Estado Democrático de Direito com seu sistema principiológico e os sistemas dos microssistemas jurídicos, como os processualistas civil e penal.

Axiomas são desejáveis em certa parte, mas problemáticos em outra, devido à já referida consideração enquanto convenções irrefutáveis; podem estruturar compreensões fundamentais, como os axiomas garantistas, mas são compostos de enunciados indeterminados e manipuláveis

⁷⁶ POPPER, Karl – **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1998, p. 76.

⁷⁷ *Idem, loco citato*.

⁷⁸ *Idem, loco citato*.

⁷⁹ *Idem, p. 77*.

⁸⁰ *Idem, loco citato*.

⁸¹ *Idem, p. 79*.

em turnos de falta de honestidade intelectual com experiências históricas jurídicas e sistemas anteriores que sustentam o ordenamento jurídico.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais penais adequam-se conforme o contexto histórico⁸² em que se inserem. Trata-se de um conjunto de princípios, regras processuais e constitucionais – a depender do momento histórico – de acordo com a estrutura Estatal, de forma a definir as bases e orientações para a aplicação da lei penal no caso concreto⁸³, abordando desde a postura do magistrado até a forma como o réu será tratado. Quanto a isso, Zaffaroni aponta que o *el iusnaturalismo histórico tuvo su criminología, o sea, su sistema de ideas acerca de lo que se debe ser el delito y la pena: toda sociedad tuvo su discurso criminológico que explicaba el poder del delito*.⁸⁴

A diversidade de interesses e posturas estatais conduz a métodos distintos. Pode-se, por exemplo, buscar com o processo um conjunto de provas que conduzem a uma conclusão acerca do envolvimento ou não do réu na acusação, ou então almejar, com o processo, a mera comprovação de uma tese pré-definida.⁸⁵ São esses dois caminhos que (não somente, mas principalmente) distinguem os sistemas processuais penais que serão apresentados. São eles o Sistema Inquisitório, o Sistema Acusatório e o Sistema Misto.

Explicando esta divisão, Maria João Antunes afirma que ao longo dos tempos foram identificadas duas estruturas do processo penal em contraposição, até por elas corresponderem a diferentes concepções do poder do Estado: uma, de estrutura inquisitória, de pendor autoritário; outra, de estrutura acusatória, de pendor liberal. Ocorre que traços dessas duas estruturas são perceptíveis em um sistema de natureza mista (inquisitória mitigada ou moderna).⁸⁶

⁸² Paulo de Sousa Mendes ensina que, ao longo da história, surgiram diferentes sistemas de processo penal. Em razão de suas tradições antagônicas, é comum pontuá-los pela tradição acusatória (do latim *accusare*) e pela tradição inquisitória (do latim *inquirere*). Porém, sabe-se que os sistemas históricos nunca obedeceram de forma própria a esquemas pré-concebidos, nem foram completamente impermeáveis às influências recíprocas. Assim, é possível conceber dois modelos abstratos de processo penal a partir dos sistemas históricos concretos (MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de direito processual penal**. [Em linha]. Coimbra: Almedina, 2013, posição 229, 234. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ebook.almedina.com.br/97897240536086?sort=rating&order=DESC&limit=25>).

⁸³ OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual Penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17, pp. 4-5.

⁸⁴ Tradução livre: “o direito natural histórico tinha sua criminologia, ou seja, seu sistema de ideias sobre o que deveria ser o crime e a punição: toda sociedade tinha seu discurso criminológico que explicava o poder do crime” (CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5).

⁸⁵ PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 118.

⁸⁶ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 20.

2.1 Sistema processual penal inquisitório

Para que se analise os sistemas processuais, é necessário, primeiro, que se observe as origens históricas desses sistemas. O primeiro deles que se tem registro (e grande influência) no Direito ocidental é o sistema penal acusatório privado. O primeiro a se destacar em extensão territorial, no entanto, foi o inquisitório.

Apesar de ter tido seu auge na Idade Média, o sistema inquisitório foi originado na Roma Imperial, na repressão penal, com o *cognitio*, especialmente no Baixo Império. Esse sistema ganhou maior visibilidade com o Direito canônico, quando, com o Concílio de Latrão, em 1215, tornou-se o único procedimento em vigor.⁸⁷ Passou por uma supressão pelo sistema acusatório até que, no século XIV, foi codificado completa e definitivamente na Ordenança Criminal de Luís XIV.

Os processos transitórios entre o sistema acusatório (privado) e o sistema inquisitório já demonstram por si só uma característica deste último. Os sistemas, inicialmente, coexistiam, até que o inquisitório, gradualmente, passasse a ocupar maiores dimensões. Julio Maier enfatiza que essa mudança *se operó gradualmente, penetrando siempre al antiguo sistema a las instituciones posteriores y adquiriendo el nuevo sistema, al comienzo, carácter de excepción frente al anterior, como intento natural de subsanar deficiencias de la antigua fórmula en la práctica o según las necesidades propias de la nueva organización política, que termina por imponerse y ordinarizar se*.⁸⁸ Esse formato de transformação reforça uma característica bastante singular do sistema: o potencial totalitarista. Salo de Carvalho afirma que “não é ingênuo, nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, buscaram inspiração”.⁸⁹

A Inquisição, no âmbito do Direito canônico, não tinha, inicialmente, relação com a criminalidade. Tratava-se, na verdade, de uma ferramenta garantidora/punitiva com relação aos dogmas da Igreja. Por apresentar caráter inquestionável e almejar a mera confirmação de uma tese, era plausível se valer de um sistema que desse validade “jurídica” (nos âmbitos

⁸⁷ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468, p. 465.

⁸⁸ Tradução livre: foi operado gradativamente, sempre penetrando o antigo sistema nas instituições posteriores e adquirindo o novo sistema, a princípio, um caráter de exceção em relação ao anterior, como uma tentativa natural de corrigir deficiências da velha fórmula na prática ou de acordo com as necessidades da nova organização política, que acaba por se impor e se ordenar (MAIER, Julio B. J. – **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, p. 273).

⁸⁹ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6.

escolásticos) à fundamentação ideológica repleta de verdades absolutas do dogmatismo religioso da época.

Com o decorrer do tempo, no entanto, esse instrumento ganhou significativo caráter político, já que a excomunhão – e a execução – ocorria perante processo inquisitorial e ganharam destaque especialmente com a expansão das doutrinas pagãs e protestantes, assumiu um caráter especial na tentativa de defender não somente os interesses da Igreja, mas também o *modus vivendi* católico. O crime, que antes era uma problemática exclusiva da esfera privada, passou a ser visto pela Igreja como um pecado, que precisaria ser tratado por questão de salvação da alma. Não bastava o mero arrependimento, era necessária a penitência, a punição para a santificação do corpo e da alma. A Igreja passa, então, a ter poder para investigar, julgar e punir o que, segundo ela, seria considerado pecado, o que lhe garantiu, na esfera política, o papel de autoridade. Nesse sentido, “a aplicação do sistema inquisitorial satisfará exigências comuns aos dois mundos: o eclesiástico, assombrado por heresias, e o civil, que via na expansão econômica a origem da criminalidade exasperada em face do paradigma anterior”.⁹⁰

O processo inquisitorial era dividido em duas fases.⁹¹ A primeira, denominada *inquisitio generalis*, apurava a existência do fato, sem qualquer relação à autoria, dando enfoque apenas à materialidade. Quando o fato tinha sua existência aprovada, passava-se então para a segunda etapa: a investigação da culpa, denominada *inquisitio specialis*. Essa segunda etapa é a mais característica do processo, especialmente com relação ao tratamento do réu, já que inexistia o contraditório.⁹² O processo todo era decidido *ex officio*, secretamente⁹³ e em documentos escritos⁹⁴ (e não de forma oral, como no modelo anterior), o que teria dificultado ainda mais a

⁹⁰ PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 138-139.

⁹¹ Neste mesmo sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente explica que “a *inquisitio* decorria em duas fases: a *inquisitio generalis*, na qual o Juiz investigava o facto material, e a *inquisitio specialis*, na qual se indagava a culpabilidade de quem praticou a infração” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 54.

⁹² *Cette procédure n'est pas contradictoire: l'accusé n'a qu'un rôle passif, la procédure qui se déroule à son encontre est secrète même à son égard*. Tradução livre: “este procedimento não é contraditório: o acusado tem apenas um papel passivo, o procedimento que se processa contra ele é secreto mesmo em relação a ele” (BOULOC, Bernard; STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges – **Procédure Pénale**. 15.^a éd. Paris: Dalloz, 1993, p. 60 *apud idem*, p. 55.

⁹³ O processo penal inquisitório *est secrète dans la quasi-totalité de son déroulement, surtout aux phases importantes; on estime que la publicité, tout au moins la publicité prématurée, risque de troubler l'efficacité de la marche de la justice*. Tradução livre: “é secreto em quase toda a sua conduta, especialmente em fases importantes; estima-se que a publicidade, pelo menos prematura, pode perturbar a eficiência da justiça”. (*idem*, p. 9 *apud idem*, loco citato; LARGUIER, Jean – **La Procédure Pénale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1976, p. 9 *apud idem*, loco citato.

⁹⁴ Este modelo processual inquisitório é pautado pela forma escrita: *est dressé acte de chacun des épisodes qu'elle comporte, aussi bien des constatations faites que des témoignages entendus, des déclarations des parties, etc, jusque et y compris l'exécution de la sentence*. Tradução livre: “é feito um registo de cada um dos episódios

existência do contraditório. Os magistrados eram escolhidos pelos príncipes (sob o olhar vigilante da Igreja) e renunciavam à cognição, em um processo altamente arbitrário, subjetivo, em razão da falta de critérios objetivos de análise de caso e prova, decisão e execução de pena. O efeito dessa subjetivação é a perversão do processo, dirigindo-o, antes da comprovação de fatos objetivos, à análise da interioridade da pessoa julgada: “antes da constatação processual sustentada empiricamente há convencimentos incontroláveis do julgador sustentados por signos de verdade material”.⁹⁵

No processo inquisitivo, o magistrado acumulava em si as funções de acusar, investigar, defender e julgar.⁹⁶ O réu não participava como sujeito do processo, mas sim como mero objeto. Não eram respeitados os direitos do acusado, e sua dignidade era comumente violada. A tortura⁹⁷ era quase sempre empregada com a intenção de se conseguir a prova máxima e absoluta: a confissão do réu, a rainha das provas. Não se tratava de um processo que almejava a busca pela verdade, mas sim de uma ferramenta cuja finalidade era a comprovação de uma tese: a culpa do réu. Caso o processo não comprovasse a tese desejada, o que se tinha não era a declaração de inocência do réu, mas sim o simples reconhecimento de insuficiência de provas para a condenação.⁹⁸ Não existia a hipótese de a tese estar errada, uma vez que a verdade divina era incontestável e o processo inquisitório era apenas a sagrada busca pela verdade.

No sistema em questão, um mero rumor era suficiente para dar início à investigação. A primeira ação concreta a ser tomada era a prisão do investigado, já que, para conseguir a confissão, era importante que o inquisidor tivesse o corpo do herege a seu dispor. Na análise processual, especialmente passada a primeira etapa, do *inquisitio generalis*, não recaía sobre o fato em si, mas sobre a pessoa, que passava automaticamente a ser considerada como má,

que inclui, tanto as conclusões como os testemunhos ouvidos, as declarações das partes, etc., até e incluindo a execução da sentença” (BOULOC, Bernard; STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges – **Procédure Pénale**. 15.^a éd. Paris: Dalloz, 1993, p. 60; LARGUIER, Jean – **La Procédure Pénale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1976, p. 9 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 55).

⁹⁵ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16.

⁹⁶ Paulo de Sousa Mendes descreve que a “principal característica deste modelo consiste na concentração do poder de investigar, acusar e julgar numa única entidade. Segundo uma fórmula clássica, é o modelo do juiz-acusador. É óbvio que se a pessoa que investiga, acusa e julga for a mesma, então ao julgar já não terá a imparcialidade necessária para formar um novo juízo, pois, entretanto, já formou e consolidou a sua opinião durante a investigação” (MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de direito processual penal**. [Em linha]. Coimbra: Almedina, 2013, posição 417. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ebook.almedina.com.br/97897240536086?sort=rating&order=DESC&limit=25>).

⁹⁷ “[...] é fácil de perceber que a tortura como meio de obtenção de prova, mesmo abstraindo da questão da dignidade humana, nem sequer levava o inquisidor à descoberta da verdade. Basta dizer que uma pessoa sob tortura acaba por ‘confessar’ tudo o que quiserem” (*idem*, posição 425, 434).

⁹⁸ KHALED JR., Salah Hassan – O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**. Vol. 10, n.º 2 (mayo-ago. 2010), pp. 293-308, p. 295.

perversa, perigosa. A conduta pecaminosa seria apenas um reflexo da alma má. O princípio da legalidade (*mala prohibita*), nesse período, foi substituído pela percepção de autor e conduta intrinsecamente maus (*mala in se*).⁹⁹

No medievo, o desvio de conduta tem um caráter misto, uma vez que ofende tanto a Deus quanto ao Príncipe. Trata-se de uma junção entre direito e moral em que as condutas dentro do padrão de moralidade são definidas com base no arcabouço ideológico eclesiástico.

A base do sistema processual inquisitorial é a busca incessante pela verdade, que se torna significativa a tal ponto que o Estado-juiz não se curvará diante dos desafios ou provas a que se submetiam as pessoas (ao contrário do que fora feito nos reinos bárbaros), “o emprego político do conhecimento que é fabricado e servirá para definir relações de luta e poder”.¹⁰⁰

No sistema inquisitorial, existiam quatro possíveis formas de se conseguir provas: a denúncia (escrita ou oral), o rumor público, a percepção do julgador e a autodenúncia. Tais mecanismos colocam o juiz ou magistrado em posição central para a produção e o recolhimento de provas. Essa é uma das razões pelas quais os interrogatórios costumavam ser longos, monótonos e, muitas vezes, acompanhados de tortura, pois o que o magistrado almejava era conseguir uma prova que confirmasse uma tese que ele próprio já havia determinado como verdadeira.¹⁰¹

Justamente por causa dessa intenção do Juiz-acusador, o contraditório era negado ao réu, pois poderia atrapalhar o processo de investigação. Por essa razão, o processo corria em sigilo e quase nunca havia a presença do acusado ou de seu defensor no processo de aquisição da prova.

Não existia uma grande gama de divisão de funções, embora houvesse a delegação de poderes de investigação a algumas categorias de funcionários, especialmente os procuradores, que investigavam infrações, mas que só se houvesse rumores. Isso é tratado como um possível antecessor do Ministério Público.¹⁰²

Como características que esse sistema possui, é possível destacar: o início do processo, que é feito pelo próprio acusador, não por uma provocação à justiça; a junção da figura de juiz, acusador e defensor em uma única figura; o réu era objeto de investigação, e não sujeito do

⁹⁹ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 14-15.

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 138.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de – *opere citato*, p. 20.

¹⁰² PRADO, Geraldo – *opere citato*, p. 143.

processo; a busca pela verdade pré-definida era o objetivo máximo do processo, o qual, por isso, era secreto, escrito e desprovido de debate.¹⁰³

Dadas essas premissas, Julio Maier define o sistema inquisitório como um reflexo da ideia de Estado absolutista que, na perspectiva jurídica concebe *al delito como un ataque al orden social y el juzgamiento penal se transforman de cuestión popular en tarea autoritaria (cuestión de Estado)*.¹⁰⁴

Outrossim, ainda, sistema inquisitório tem como base *el principio de que la investigación de la verdad está en manos del juez: él reúne, desde el principio en material probatorio, interroga al imputado, dirige el juicio y dicta la sentencia*.¹⁰⁵

O processo inquisitivo pode ser visto a partir de duas constatações: a supervalorização da imputação em relação à prova, o que configura maior grau de importância à hipótese do que à prova; e a transformação da estrutura processual em um ritual psicopata, à medida em que estabelecia um rito fatigante e rígido. Nesse sistema, o magistrado adquiria quadro de psicopatia, paranoia e tendências policialescas. Acrescenta-se ainda que o quadro psicológico do magistrado se dava em razão da sobrecarga de funções, uma vez que *el por sí mismo ha reunido el material de cargo, por lo general, ya no resulta tan imparcial frente al resultado de la investigación como es indispensable para dictar una sentencia fundada en valoraciones equitativas*.¹⁰⁶

Germano Marques da Silva consegue apontar com precisão as características centrais do modelo de sistema inquisitório, em que o juiz procede sua intervenção de ofício, sem uma necessária acusação. Ele procede investigação oficiosamente, fazendo a seleção das provas que entende por devidas. Seus pronunciamentos e julgamentos são baseados nas provas recolhidas. No processo, que é dominado pelo magistrado, a figura do suspeito é como de um objeto, e não de um sujeito. Ele praticamente não tem direitos processuais perante o magistrado. O segredo no trâmite processual vigora sem atenção a qualquer ao princípio do contraditório. O processo é escrito. Como regra, o acusado é privado de sua liberdade na pendência do processo, em especial nos crimes mais graves. Em suma, no processo de tipo inquisitório, o arguido

¹⁰³ OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17, pp. 8-9.

¹⁰⁴ Tradução livre: “ao crime como um ataque à ordem social e o processo criminal são transformados de uma questão popular em uma tarefa autoritária (uma questão de Estado)” (PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 148).

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

¹⁰⁶ Tradução livre: “ele mesmo reuniu o material da acusação, em geral, ele não é mais tão imparcial em relação ao resultado da investigação, pois é essencial emitir um julgamento com base em avaliações justas” (*idem*, p. 18).

praticamente não tem direitos, está sujeito ao poder do magistrado. O juiz, que ao mesmo tempo é o acusador e julgador, dificilmente manterá a independência necessária para um julgamento imparcial.^{107 108}

Porém, não se pode olvidar, como bem aponta Guedes Valente, que o processo inquisitório surgiu de uma “necessidade social” e que ele “funcionou como uma garantia de justiça e de liberdade para homens de condição humilde que jamais, em um processo de estrutura acusatória, poderiam acusar os ricos e poderosos sem receio de vingança ou de represálias”. Porém, completa ditando que a “intenção inicial foi corroída e transformou o processo de estrutura inquisitória em uma estrutura tecnicamente não só inidónea, mas também inadequada a um Estado de Direito Democrático fundado nos valores de respeito da dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁹

Trata-se, portanto, conforme o exposto, de um sistema processual altamente autoritário¹¹⁰, marcado especialmente pela concentração de poderes e funções em que o contraditório não se faz presente, uma vez que o tratamento digno do acusado não existe. É um formato diferente e que destoa bastante das bases do Estado Democrático de Direito, o que inviabilizaria, na teoria, a existência desse modelo em grande parte do ocidente.

Um ditado desde os tempos da idade média resume bem o processo de vertente inquisitório: “Quem tiver um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente”.¹¹¹

¹⁰⁷ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, pp. 65-66.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, Maria João Antunes é cirúrgica em pontuar que “na estrutura processual penal inquisitória domina o interesse estadual e consequentemente a finalidade de realização da justiça e de descoberta da verdade material. As funções de investigação, de acusação e de julgamento cabem a uma mesma entidade – ao juiz –, em uma estrutura processual em que o arguido tem o estatuto de objeto do processo com desconsideração dos seus direitos, já que se pretende a consecução daquela finalidade a todo o custo” (ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 20).

¹⁰⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 56.

¹¹⁰ Mesmo que o sistema processual penal, em toda sua totalidade, não seja compreendido como inquisitório, como já o foi, não há como negar particulares vestígios autoritários em normas processuais em si. Christiano Falk Fragoso aponta algumas formas que o processo pode apresentar viés autoritário: “O processo penal, na medida em que regula os embates entre a autoridade pública e o particular em torno do exercício de poder punitivo, é um campo fértil para manifestações autoritárias. Encurtamento desmedido de procedimentos, desrespeito a formas essenciais a atos processuais, violação de igualdade entre as partes, restrições de direitos de defesa, imposição de prisões processuais inteiramente desnecessárias etc.” (FRAGOSO, Christiano Falk – **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 327).

¹¹¹ PRADO, Geraldo – **Estudos sobre o Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 157.

2.2 Sistema processual penal acusatório

Em contraposição ao sistema inquisitório, tem-se o sistema acusatório.¹¹²

O processo de tipo acusatório tem como característica a disputa entre duas partes, “uma espécie de duelo judiciário entre acusação e defesa”. Entre eles há um árbitro, o juiz, que, em uma situação de supremacia, independência e imparcialidade em relação ao acusador e ao acusado, “não pode promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*)”.¹¹³

Nereu José Giacomolli dita que a doutrina mais consistente estabelece uma característica dominante do sistema processual penal acusatório, que é a separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Quando se diz acusar, não é simplesmente imputar um fato a alguém, mesmo que de maneira formal. Na realidade carrega condutas desde a fase preliminar, passando por medidas cautelares, pela fase de instrução quando se realiza a colheita das provas, das inquirições, dos recursos e da execução. Por consequência, o órgão julgador deve ser “mantido alheio aos interesses da acusação e da defesa, em uma posição reativa, imparcial”. Tal imparcialidade é fragilizada, favorecendo o órgão acusador, sempre que há busca de prova pelo juiz. Neste momento, o juiz se apropria da função do acusador e o subestima. O magistrado se torna um “acusador privilegiado”, buscando, conscientemente ou não, a postura acusatória. Outra característica do processo penal acusatório dá-se em relação à dimensão do contraditório. “Contraditório formal e material, com submissão da prova ao confronto no espaço público do processo, cuja potencialidade há de superar a fase preparatória da imputação”.¹¹⁴

Existe uma diferenciação entre o sistema acusatório privado, o primeiro sistema processual penal de que se tem conhecimento na história ocidental, e o sistema acusatório público, que surgiu na idade moderna em oposição ao modelo inquisitório. É disso que tratarão os próximos tópicos.

¹¹² Paulo de Sousa Mendes define o modelo acusatório da seguinte forma: “A trave mestra do modelo acusatório é a separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga. Tal separação garante a imparcialidade do julgador” (MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de direito processual penal**. [Em linha]. Coimbra: Almedina, 2013, posição 366. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ebook.almedina.com.br/97897240536086?sort=rating&order=DESC&limit=25>)

¹¹³ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 65.

¹¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 90.

2.2.1 Sistema processual penal acusatório privado

O sistema acusatório privado foi o que primeiro surgiu na história do Processo Penal. Tal sistema surgiu ainda na antiguidade, com destaque para a Grécia, a República Romana e os povos germânicos.¹¹⁵

Nesse sistema, o ofendido ou qualquer outro cidadão poderia fazer uma acusação pública a quem transgredisse o ordenamento jurídico vigente. O Estado ficava indiferente quanto à situação, deixando a cargo das partes envolvidas no conflito a acusação, a defesa e a produção de provas.¹¹⁶

No tribunal ateniense, realizar a acusação era direito de todo cidadão, tutelado pela Assembleia do Povo, em nome do próprio povo. O cidadão, então, apresentava a acusação para o Arconte, que convocava o Tribunal, em se tratando de delito público. Cabia ao acusado realizar a própria defesa (em alguns casos poderia ser auxiliado por outras pessoas) e cada uma das partes tinha a obrigação de apresentar provas e fazer alegações, sem qualquer intervenção ou obrigação do tribunal neste processo. Depois do debate público, a sentença proferida pelo Tribunal era ditada publicamente.¹¹⁷

Na República Romana, o início do processo era marcado pela *accusatio* do ofendido ou de alguém que o representasse. Depois desse momento, havia a investigação da materialidade da acusação perante o acusado, que, por sua vez, podia fiscalizar as ações do acusador relevantes ao processo, de modo que não havia a possibilidade de que fossem feitas provas sem o conhecimento do acusado.¹¹⁸

A *accusatio* pode ser definida como a prerrogativa concedida a qualquer cidadão, especialmente de o ofendido, munido de provas, deduzir perante o povo a imputação, à margem ou não da *inquisitio*, e assim mover a ação penal – e tinha, pois, por pressuposto, a exigência de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação.¹¹⁹

As *quaestiones* imputaram em Roma o procedimento criminal ordinário, em que o conceito de crime estaria em lei definido e que “o julgador não era mais o Magistrado, nem mesmo o povo reunido em Assembleia, em razão da *provocatio*, mas a própria *quaestio*,

¹¹⁵ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro – Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468, p. 464.

¹¹⁶ OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17, p. 5.

¹¹⁷ PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 128.

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

¹¹⁹ PRADO, Geraldo – *opere citato*, p. 131.

instituída pela mesma lei”.¹²⁰ Tratava-se de um procedimento de natureza pública e caráter ordinário.

Após a acusação, o crime era investigado em sua materialidade e na presença do acusado, se ele quisesse. A investigação era feita pelo próprio acusador, que possuía uma *lex*, isto é, um mandato emitido pelo magistrado, conferindo-lhe direitos para fazer buscas, apreensões, ouvir testemunhas, analisar documentos, enfim, tudo o que pudesse servir de provas para sua tese. Tanto o acusador quanto o acusado, que permanecia em liberdade, podiam ser acompanhados por amigos, os *comites*, que tinham a função de fiscalizar os atos do acusador, a fim de evitar possíveis fraudes. Todo o processo era envolto pela publicidade.¹²¹

Além da publicidade, o sistema acusatório privado possuía em sua estrutura outros princípios, como: a igualdade entre as partes, a liberdade até o momento do julgamento, o contraditório, a oralidade, a impossibilidade de reexame das decisões mediante recurso e soberania do povo.¹²²

Tentava-se tornar os atos processuais transparentes *inter partes*, para que ambas soubessem o que se acusava e por que se acusava. O princípio do contraditório permeava todo o processo, uma vez que as partes tinham de provar suas alegações sem o envolvimento do juiz na apuração. “A disponibilidade do conteúdo do processo pertencia às partes”.¹²³

O principal avanço histórico proporcionado por esse sistema foi a substituição do sentido mítico e subjetivo da prova, pela perspectiva objetiva, encarando a prova como um vestígio que auxiliaria na reconstrução de um fato a ser analisado.¹²⁴

Como alguns dos problemas desse sistema na antiguidade, especialmente na República Romana, vê-se “a impunidade do criminoso, a facilitação da acusação falsa, o desamparo dos fracos, a deturpação da verdade, a impossibilidade de julgamento em muitos casos, a inexecutabilidade da sentença”.¹²⁵

O sistema acusatório privado predominou até a idade média, quando foi substituído pelo sistema inquisitório. O sistema acusatório só voltaria a existir com o advento da idade moderna, mas em forma de sistema acusatório público.

¹²⁰ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro – Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468, p. 464.

¹²¹ *Idem*, p. 465.

¹²² PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 128-129.

¹²³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 45.

¹²⁴ PRADO, Geraldo – *opere citato*, p. 131.

¹²⁵ *Idem*, p. 133.

2.2.2 Sistema processual penal acusatório público

O advento da modernidade e a ascensão do pensamento iluminista criou um cenário favorável para a superação do sistema inquisitório. Além da retomada da codificação, as ideias de Voltaire e Locke reacenderam a ideia de tolerância, que depois seria transposta para o Direito para Beccaria e Verri. Nesse período, com o sistema penal acusatório público, foram criadas as bases do Direito penal moderno.¹²⁶

Nessa mesma perspectiva, a passagem do estado de natureza para o estado de civilidade, que retirava o homem da barbárie, marcou a transferência do poder da esfera privada para a esfera pública. O recém-surgido Estado civil passa a assumir maior protagonismo e participação no processo penal, mas valorizando as partes do processo, seguindo forte influência iluminista.¹²⁷

Salah Khaled Jr. leciona que o momento histórico que fomentou essa mudança era, primeiro, uma resposta ao absolutismo e se transformou em uma tomada de poder pela burguesia. Entretanto, em relação ao processo penal e às práticas punitivistas, a cisão entre o velho e o novo, o antigo e o moderno, não foi tão relevante como deveria ter acontecido. A visão humanista das reformas penais foi sufocada em detrimento de uma cientificidade que pregava a neutralidade absoluta. Porém, passo logo à frente, ocorreu uma guinada ideológica, que voltou em grande parte aos males da inquisição, mesmo que sob outros pressupostos, a criminologia positivista. Assim, o que nasceu como um direito de resistência ao autoritarismo estatal foi transportado, desnaturado, para uma lógica de conformação da nascente burguesa, como embrião da sociedade disciplinar.¹²⁸

No sistema acusatório público, o acusado deixa de se tornar mero objeto do processo e se torna parte integrante do processo, sujeito de direitos, que deve ser tratado com dignidade e respeito, tendo vigiados seus direitos à ampla defesa e ao contraditório. O juiz, que no sistema inquisitório detinha todas as funções do processo, agora deve agir com imparcialidade e tranquilidade psicológica, usando o processo penal como mecanismo de estruturação social e política do Estado. Além disso, há o surgimento do Ministério Público como autor, divisão das funções na persecução penal e a publicidade dos atos processuais.¹²⁹

¹²⁶ KHALED JR., Salah Hassan – O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**. Vol. 10, n.º 2 (maio-ago. 2010), pp. 293-308, p. 296.

¹²⁷ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31.

¹²⁸ KHALED JR., Salah Hassan – *opere citato*, p. 297.

¹²⁹ OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17, p. 10.

Interessante como neste ponto a mentalidade autoritária que imbuía o sistema processual inquisitório tem algumas de suas ideias de sustentação arrefecidas, como é o caso da tortura¹³⁰. No clássico *Dos Delitos e das Penas*, Cesare Beccaria já demonstrava sua posição refratária quanto a este nefasto instrumento e, na mesma guia, provocou lição clara sobre a presunção de inocência:

Uma crueldade consagrada pelo uso na maior parte das nações é a tortura do réu enquanto se forma o processo, ou para obrigá-lo a confessar um delito, ou pelas contradições em que incorre, ou para descoberta dos cúmplices, ou para não sei que metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente por causa de outros delitos de que poderia ser culpado, mas de que não é acusado. Um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida. Qual é, portanto, aquele direito, senão o da força, que concede a um juiz o poder de aplicar uma pena a um cidadão enquanto se duvida se ele é culpado ou está inocente?¹³¹

E o próprio Cesare Beccaria responde tal indagação, afirmando que “o delito ou é certo ou é incerto; se é certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pela lei, e inúteis são as torturas, porque inútil é a confissão do réu”; e continua explicando o que deveria ser óbvio: “se é incerto, então não deve torturar-se um inocente, porque é inocente, segundo as leis, o homem cujo os delitos não estão provados”.¹³²

¹³⁰ Pode parecer ultrapassada a discussão a respeito do instituto da tortura em pleno século XXI, porém, com a peculiar genialidade, Claus Roxin, em artigo intitulado “*Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*”, apresenta argumentos dos que defendem e daqueles que rechaçam a possibilidade. O autor parte do caso concreto ocorrido em 2002, na Alemanha, Frankfurt, onde uma criança de 11 anos de idade foi sequestrada. O autor do sequestro fora detido, porém não revelou onde havia escondido a criança sequestrada. O vice-presidente da polícia de Frankfurt valeu-se da ameaça de tortura do sequestrador a fim de garantir a informação do cativo do jovem sequestrado. Infelizmente, a vítima havia sido assassinada logo após o sequestro, não havendo possibilidade de resgate. Apesar da tragédia, o caso apresentado suscita dúvidas e debate a respeito da atuação do vice-presidente da polícia. As ponderações de Roxin navegam desde o trato do caso em uma perspectiva de direito penal aplicado a cidadãos como de um direito penal aplicado a inimigos. A despeito do trágico relato narrado pelo festejado professor, sua posição é firme na preservação da dignidade humana, mesmo que o delinquente não a tenha em perspectiva quando de seus atos. “Ciertamente, se puede decidir que el secuestrador ha vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura” (ROXIN, Claus – ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? *Cuadernos de política criminal*. ISSN 0210-4059. N.º 83 (2004), pp. 23-36, p. 29. [Consult. 18 abr. 2021]. Disponível em WWW: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=53148).

¹³¹ BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*. 4.ª ed. tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 92-93.

¹³² BECCARIA, Cesare – *Dos delitos e das penas*. 4.ª ed. tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 93.

Esse sistema implantado no novo paradigma carregava consigo um sentido humanitário que buscava proteger o indivíduo de poderes autoritários do Estado por meio de uma intensa racionalização do poder punitivo.

Salah Hassan Khaled Jr., buscando a lição de Michel Misse, considera que a socialização da acusação social foi um dos mecanismos fundamentais que permitiram, no Ocidente, o desenvolvimento de dispositivos de neutralização e de domínio da acusação que possibilitaram a concentração dos meios da administração legítima da violência no Estado. A partir daí foram definidos os cursos de ação criminalizáveis, passando tais dispositivos a filtrar as acusações através de complexos processos de incriminação.¹³³

A exigência de neutralidade do magistrado criou nesse sistema a necessidade de racionalização do processo e a centralização no Estado das funções de administração da justiça. Trata-se de um sistema que busca por provas que mostrem a verdade, não o inverso, como fazia o sistema anterior. Para isso era necessária a esquematização de um modelo racional legal ritualizado de forma a evitar o autoritarismo.

Neste sistema, o juiz é mero espectador do caso, um sujeito passivo, seja na provocação do processo, seja na investigação, de forma que as partes do processo fiquem estritamente divididas para evitar a criação de juízo de valor. Por isso a importância de um processo oral e público capaz de gerar convencimento ao juiz sobre os aspectos considerados relevantes para a sentença, o que justifica também a importância da separação entre as funções de acusar e de julgar.

É característica do sistema acusatório o juiz como árbitro imparcial na investigação, a ação de origem popular (no caso de delitos públicos) ou de competência do ofendido (no caso de delitos privados), processo público, oral e com a presença do contraditório, liberdade do julgado (via de regra) e a sentença baseada no que foi julgado.¹³⁴

Sobre esse sistema, Salo de Carvalho acrescenta ainda o vínculo entre a racionalidade do juízo e o modelo garantista acusatório, que objetiva tutela das liberdades no seu máximo. Segundo o autor, o modelo irracionalista inquisitivo gera sistema incerto e ilimitado, uma vez isento de instrumentos de contenção frente à ingerência do poder punitivo.¹³⁵

Ainda sobre essa sistemática, o jurista afirma que suas finalidades se relacionam ao sacrifício (ou não) da liberdade individual perante possível inaplicabilidade da lei penal. Tal

¹³³ KHALED JR., Salah Hassan – O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**. Vol. 10, n.º 2 (maio-ago. 2010), pp. 293-308, p. 296.

¹³⁴ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

¹³⁵ CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

questão pode ser mais bem elucidada diante das lições do século XVIII de Pietro Verri, que ensina: vale mais perdoar vinte culpados a condenar um inocente; e de Cesare de Beccaria, que propunha impossibilidade de culpar um indivíduo antes da sentença do juiz, já que a privação de proteção pública apenas se legitima após decisão que determine suas violações. Dessa forma, vislumbra-se que o pensamento penal clássico antecipou assertivas do garantismo penal contemporâneo.¹³⁶

Pelo exposto, percebe-se que na estrutura processual penal acusatória, o processo penal é tido como uma batalha entre o Estado e o indivíduo indiciado. A verdade obtida é de caráter formal, consubstanciada na obediência de “regras de repartição do ônus da prova, com respeito dos princípios da igualdade de armas e do dispositivo”. Os papéis são delimitados, tanto de quem investiga e acusa quanto de quem julga. O arguido tem *status* de sujeito processual, ante a finalidade da estrutura do processo, que é proteger o direito das pessoas.¹³⁷

Merecem destaque as críticas tecidas em face do modelo acusatório, em seu espectro puro, como exemplo, o processo penal anglo-americano. Germano Marques da Silva bem proclama que a “igualdade entre acusação e a defesa é apenas teórica”. O acusado, raramente, disporá dos meios técnicos e financeiros para fazer frente ao aparato de que dispõe a acusação. Esse “desequilíbrio de poderes” entre a acusação e a defesa prejudica, sobretudo, a busca da verdade, vez que a acusação traça seu plano em recolher elementos de prova com que possa convencer o tribunal para além da dúvida razoável.¹³⁸

Porém, houve sim uma evolução do modelo acusatório, hoje compreendendo “todas as garantias processuais ao arguido, desde a presunção de inocência até o trânsito em julgado, até à obrigatoriedade de as autoridades policiais e judiciais respeitarem todos e quaisquer direitos, liberdades e garantias do arguido, que, apesar de suspeito, é constitucionalmente protegido contra os abusos do poder público e do privado”.¹³⁹

De qualquer forma, é possível perceber que o sistema acusatório, especialmente na sua formatação pública, se alinha às noções contemporâneas de devido processo legal e do caráter humanista do processo, ao passo que criou as bases dos sistemas processuais tal como existem hoje, especialmente no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito.

¹³⁶ *Idem, loco citato.*

¹³⁷ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 20.

¹³⁸ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 68.

¹³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 50.

2.3 Sistema processual penal misto

Ao longo do tempo, surgiu o sistema posicionado entre o sistema inquisitorial e o sistema acusatório público, que mescla características dos dois sistemas, o sistema processual penal misto, que

(...) peculiarizou-se, na sua generalidade, pela adoção das características da inquisitividade num primeiro momento da persecução penal, e relativamente aos atos de natureza investigatória; e com ela, também da acusatoriedade, no plano formal, após a *informatio delicti*, no estágio seguinte de instrução e julgamento, por órgão do Poder Judiciário.¹⁴⁰

O modelo misto teve seu surgimento com *Code d'Instruction Criminelle* de 1808¹⁴¹, o processo napoleônico. A estrutura desse modelo era, em sua essência, acusatória, dividida em duas fases: a fase de instrução e a fase de julgamento. Na fase de instrução, que era destinada à investigação do crime e da autoria, a direção cabia a um magistrado especializado, *juge d'instruction*, e a iniciativa e a titularidade da ação penal ficavam a cargo de um oficial do poder executivo perante o poder judiciário, o *procureur impérial* (que depois veio a ser denominado *procureur de la République*). Seguindo a tradição inquisitória, a fase de instrução era escrita, secreta e não contraditória. Durante a fase instrutória, era definido o objeto do processo, com a fixação dos fatos a serem julgados. Já a fase de julgamento era destinada a apurar-se as responsabilidades do acusado e vigia sob o manto acusatório. O tribunal orientava-se pela busca da verdade, à luz do contraditório. Prevalencia a oralidade e a publicidade da audiência de julgamento, com a sentença fazendo a coisa julgada.¹⁴²

No estatuto francês de 1808, o julgamento era pautado no sistema acusatório, pois era público, com prevalência do contraditório e oral. Em contrapartida, na instrução, com base no princípio inquisitório, “o advogado não podia assistir o acusado”.¹⁴³

¹⁴⁰ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro – Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468, p. 468.

¹⁴¹ Em França, devido ao abuso do processo penal de estrutura inquisitória e aos ideais da revolução Francesa, após uma larga e profunda consulta aos tribunais, em 1808, decidiu-se por dois códigos: o Código Penal e o Código de Instrução Criminal. Este foi aprovado em 1808, que entrou em vigor apenas no dia 1 de janeiro de 1811, depois da aprovação do Código Penal e da lei de Organização Judiciária em 1810. O código Napoleônico adotou um sistema misto, em que se aplica *le système inquisitoire à toute la phase du procès pénal qui précède l'audience du jugement, et le système accusatoire à la procédure à l'audience*. Tradução livre: o sistema inquisitorial durante toda a fase do processo penal que antecede a audiência de julgamento, e o sistema contraditório durante o processo na audiência (BOULOC, Bernard; STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges – **Procédure Pénale**. 15.^a éd., Paris: Dalloz, 1993, pp. 66-67; LARGUIER, Jean – **La Procédure Pénale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1976, p. 9 *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 59-60.

¹⁴² MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de direito processual penal**. [Em linha]. Coimbra: Almedina, 2013, posição 465, 472. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://ebook.almedina.com.br/97897240536086?sort=rating&order=DESC&limit=25.

¹⁴³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *opere citato*, p. 60.

Germano Marques da Silva afirma que “as reformas do Liberalismo consagraram um processo de tipo misto”. Complementa explicando que o princípio inquisitório comandava a investigação pré-acusatória e o princípio acusatório tinha vez na fase de julgamento, “mas a prova recolhida naquela fase não constituía diretamente a prova para o julgamento”. Na fase de julgamento, esta prova era apresentada, discutida e apreciada em audiência, com a participação da acusação, defesa e do juiz. Ponto fundamental era que a acusação não cabia mais ao juiz, e sim ao Ministério Público, no papel de representante da coletividade ou do Estado, ofendidos pelo ato ilícito perpetrado. A acusação também podia ser feita pela própria vítima ou quem a representasse.¹⁴⁴

Há a perspectiva de que o sistema misto, em última instância, é o próprio sistema acusatório, porque se encerra obedecendo regras e princípios do processo penal.¹⁴⁵ Esse sistema busca amenizar as impunidades resultantes do sistema acusatório privado e a possibilidade de autoritarismo do sistema inquisitório.¹⁴⁶

O Estado continuava responsável pela persecução penal antes da ação penal, o que feria gravemente a imparcialidade, função depois desempenhada pelo Ministério Público. Esse sistema processual dividia-se na investigação prévia, a instrução preparatória e o julgamento.¹⁴⁷ A fase preliminar, no entanto, era um procedimento secreto, em que o Ministério Público acusava, tendo o acusado em um segundo momento direito ao contraditório e à ampla defesa, e por fim, ao julgamento.

Na realidade, hoje, o que há são sistemas mistos, que mesclam momentos inquisitórios e acusatórios, vez que a classificação dos sistemas processuais penais são tipos históricos. Este caráter ilusório do sistema misto é bem descrito por Aury Lopes Jr.:

Ora, afirmar que o sistema é misto é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.¹⁴⁸

¹⁴⁴ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo.** Vol. 1, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 66.

¹⁴⁵ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro – Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais.** Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468, p. 468.

¹⁴⁶ OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica.** Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17, p. 11.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 12.

¹⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal.** 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

Neste sentido, Germano Marques da Silva apresenta a preocupação em entender o conteúdo nuclear do sistema processual penal, pois “naturalmente que, do mesmo modo que as características que indicámos para os sistemas acusatório e inquisitório são apenas aproximativos, já que variáveis no tempo e no espaço, também os processos de tipo misto não se reconduzem a um modelo único, sendo as diferentes combinações muito variáveis”.¹⁴⁹ Percebe-se o entrelaçamento durante o tempo histórico entre os sistemas citados. A história humana não é estanque, e o Direito se reflete sob a fotografia social do momento.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa é direta em seu artigo 32.º/5 em explicitar a *estrutura acusatória* do processo criminal português, subordinando ao princípio do contraditório a audiência de julgamento e os atos de instrução. Porém, “o modelo português não é totalmente acusatório”. Na fase de inquérito, o que predomina é o princípio inquisitório, quando o Ministério Público tem o poder de esclarecer, de maneira oficial, o fato do objeto da suspeita. A fase de inquérito é a fase de investigação da existência efetiva de um crime. Nela são efetuadas diligências e colheita de provas com o intuito de se apurar o agente e a sua responsabilidade no cometimento do ato ilícito, subsidiando a decisão pela acusação ou não do indivíduo. A direção da investigação cabe ao *parquet*, assistido pelos órgãos de polícia criminal, “que atuam sob sua direta orientação e dependência funcional”.¹⁵⁰

Neste mesmo sentido, Maria João Antunes declara que, “em vista o processo penal de um Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP), o CPP de 1987 foi estruturado sem perder de vista a concordância prática das finalidades, necessariamente conflituantes, que são apontadas ao processo penal, segundo um modelo acusatório (artigo 32.º, n.º 5, primeira parte, da CRP), integrado por um princípio subsidiário de investigação”.¹⁵¹

Outrossim, merece registo a lição de Germano Marques da Silva a respeito do sistema processual penal português:

O Código de Processo Penal não consagra, porém, uma estrutura acusatória correspondente ao modelo de processo acusatório teoricamente puro. Assim, a proclamada igualdade de armas entre a acusação e a defesa só tem lugar na fase da instrução formal e na de julgamento, mas já não na fase do inquérito. O inquérito é dominado pelo Ministério Público e a sua estrutura tem natureza predominantemente inquisitória e não acusatória.¹⁵²

¹⁴⁹ SILVA, Germano Marques da – *opere citato*, p. 66.

¹⁵⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 76.

¹⁵¹ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 21.

¹⁵² SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 71.

E o ilustre doutrinador vai além, apontando como exemplo que a limitação da igualdade de armas se configura pela possibilidade de se aplicar ao arguido medidas privativas e restritivas de liberdade com base exclusiva em provas colhidas pela acusação. Neste caso é negada a igualdade, uma vez que o acusado estará sujeito a sofrer os impactos de medidas restritivas contra si, sem ao menos ter-lhe sido oportunizada qualquer forma de ilidir as provas contrárias produzidas. Afirma ainda que, na fase de inquérito, o Ministério Público “só investiga o que entender por conveniente sem possibilidade de censura judicial”. Maior limitação à natureza acusatória do processo penal pode ser percebida, como é o caso do artigo 194.º do CPP, que estabelece a possibilidade de o juiz de instrução aplicar medidas de coação na fase do inquérito sem prévia promoção do *Parquet*.¹⁵³

Destaca-se ainda que a estrutura acusatória do sistema português é integrada por um princípio subsidiário de investigação a cargo do juiz, pela via do poder-dever que lhe é conferido para instruir e esclarecer de maneira autônoma o fato sob seu julgamento, para que estruture a forma conveniente do seu convencimento, aplicável à sua decisão.¹⁵⁴ O artigo 340.º, nº 1, do CPP aduz que “O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”. Maria João Antunes declara que esta persecução ativa por provas “pode sempre ser feita em nome do carácter indisponível do objeto do processo e da intenção de prosseguir a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Com o limite de se tratar sempre de uma prossecução processual válida, que garante a proteção dos direitos das pessoas (do arguido e de terceiros)”.¹⁵⁵ Vale registar que a não inconstitucionalidade do artigo 340.º, nº 1, do CPP já foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Português, Acórdão n.º 137/2002.¹⁵⁶

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ Germano Marques da Silva dita que “na própria fase de julgamento o princípio do acusatório é temperado pelo princípio da investigação judicial (art. 340.º do CPP)” (*idem*, p. 72).

¹⁵⁵ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 22.

¹⁵⁶ “Há que partir da constatação, já feita no Acórdão nº 584/96, de que o artigo 340º, nº 1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material. Este princípio significa, mesmo no quadro de um processo penal orientado pelo princípio acusatório (artigo 32º, nº 5 da Constituição), que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria “instrução” sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material [...]. É isto mesmo que diz, por outras palavras, o nº 1 do artigo 340º, atrás transcrito. Ora não há dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional – **Acórdão n.º 137/2002**. Processo nº 363/01. [Em linha]. Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Lisboa, 3 abr. 2022. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html](https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html)).

A despeito de a fase de inquérito no sistema processual penal português se dar sob o manto inquisitório, Guedes Valente aponta que a fase inquisitória é permeada por limitações.¹⁵⁷

Por fim, na mesma linha, Germano Marques da Silva explica, que na fase investigativa “o inquisitório é bastante limitado, em virtude das restrições que a legalidade processual impõe à utilização dos meios de provas e à proibição de certos métodos de obtenção da prova”, além de o Juiz de Instrução ter competência exclusiva para determinados atos de investigação, e que outros atos precisem de sua autorização para ser praticados. Destaca também que, na fase de inquérito, foi introduzida uma maior contrariedade (artigos 86.º e 89.º), porque, tendo acesso aos autos, “o arguido pode requerer a produção de prova já nesta fase do processo”. Entretanto, esclarece o autor que a “praxe processual tem-se firmado, porém, no estabelecimento muito amplo do segredo na fase de inquérito”.¹⁵⁸

Mesmo com as limitações da fase de inquérito, Bernd Schünemann traz contributo complementar de medidas que deveriam ser implementadas no aprimoramento da investigação preliminar em geral, ante a natureza “fundamentalmente idêntica ao vetusto processo inquisitorial”. Para tanto, são apresentadas quatro premissas garantidoras de um equilíbrio entre os interesses do Estado na persecução penal e dos controlos dos atos atentos pela defesa. Primeiro, é sugerida a criação de uma nova instituição, sem vinculação ao MP ou ao órgão de Justiça Criminal, atuando em todas as fases da investigação preliminar, porém objetivando a proteção dos interesses da defesa. Schünemann chama esta instituição de “proto ou pré-defensor”. O financiamento desta instituição caberia ao Estado, e, diferentemente do defensor particular, ela deveria manter o sigilo completo de sua atuação, mesmo em relação ao próprio indiciado, porém com a atribuição de controle das medidas secretas tomadas em face do mesmo. Com a presença de tal instituição na fase investigativa, segundo o autor, haveria um equilíbrio, ao menos parcial, do “prejuízo sofrido por um acusado diante das atuais práticas investigatórias da polícia, em grande medida realizadas por meio de métodos ligados a serviços secretos e que são, em razão disso, incontrolláveis”. Como uma segunda premissa, sugere Schünemann que

¹⁵⁷ “O CPP limita a amplitude da fase inquisitória com a imposição de em todos os actos serem observados o respeito e a prossecução dos princípios da legalidade (artigos 262.º, n.º 2, 283.º do CPP), da oficialidade (artigos 48.º, 49.º, 50.º, 262.º, 271.º, 284.º e 285.º do CPP), da verdade material e da lealdade (a proibição de obtenção de prova por métodos inidóneos – conferir o n.º 8 do art. 32.º da CRP e o art. 126.º CPP), além de estarem vedadas certas competências ao Ministério Público, cuja execução desses actos depende de autorização ou ordem do Juiz de Instrução e outros que são de exclusiva competência deste – *ex vi* n.º 4 do art. 32º da CRP e art. 268.º e 269.º do CPP” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 77-78).

¹⁵⁸ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 72.

todas as inquirições das testemunhas devem ser gravadas em vídeo, desde o início da investigação preliminar. Apenas a gravação por vídeo possibilita que o advogado de defesa possa avaliar o que efetivamente a testemunha conhecia ou o que foi inserido pelos policiais em razão de presunções. A gravação por vídeo, e não o depoimento testemunhal escrito, possibilita a avaliação fidedigna do testemunho. Como terceiro ponto, ao advogado deve ser garantido o direito à inquirição própria de testemunhas, como um direito assegurado, sem a dependência da boa vontade da testemunha em querer ou não depor. A colheita de todas estas inquirições deveria ser gravada na íntegra em vídeo para que se pudesse captar qualquer tentativa de influência da defesa em relação às testemunhas. Por fim, em quarto, a substituição em larga escala da prisão preventiva pelo monitoramento eletrônico, vez ser medida menos gravosa.¹⁵⁹

Farto, portanto, o conteúdo misto, entrelaçado entre o sistema processual inquisitório com o sistema processual acusatório, no que atinge o sistema processual penal português.

O sistema processual penal brasileiro, por grande parte da doutrina, é tido como misto, ou seja, na primeira fase, a investigativa (inquérito), o conteúdo é inquisitório, já na fase seguinte, na fase processual, vigora o conteúdo acusatório.¹⁶⁰

Porém, há corrente, como de Aury Lopes Jr., que enxerga “o núcleo, o princípio fundante” do sistema processual brasileiro como “essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório”, para se descolar do modelo histórico medieval. Explica o autor que, mesmo que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, uma vez que o princípio central é o inquisitivo, já que a gestão da prova fica a cargo do juiz.¹⁶¹

Ainda sustenta Aury Lopes Jr. que a separação das atividades de acusar e julgar são realmente dignas de verificação quando da formação do sistema. Entretanto, “não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.” Neste contexto, tem-se o exemplo do artigo 156.º, I e II, do CPP (trata de poderes instrutórios do juiz), “que externa a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório,

¹⁵⁹ SCHÜNEMANN, Bernd – Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio. In GRECO, Luís; MARTINS; António Carvalho (org.) – Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. (Monografias jurídicas). pp. 631-648, p. 645-647.

¹⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

¹⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulmina a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório”.¹⁶²

Esta questão, qual seja, a atuação *ex officio* do magistrado, é problema de grande importância a ser observado. Coloca em contraposição valores fundamentais da administração da justiça: de um lado, a imparcialidade dos julgamentos e, de outro, a exigência de que a decisão adotada tenha como base uma reconstrução completa e verdadeira dos fatos.¹⁶³

Neste contexto, Antonio Magalhães Gomes Filho entende que a atuação do juiz na atividade de instrução é mitigada por amarras constitucionais. Discorre que “a constitucionalização e a internacionalização das garantias processuais, ocorridas sobretudo a partir da segunda pós-guerra, constituem hoje poderoso obstáculo aos riscos da atribuição de alguns poderes ao juiz na atividade de instrução”. Afirma que, nos dias de hoje, não é concebível, mormente na justiça criminal, onde desigualdades sociais se refletem dolorosamente no processo, que o magistrado se mantenha como um expectador passivo, enquanto as partes operam no processo. Portanto, para Gomes Filho, não é devido qualificar como inquisitório um sistema processual, em que seja ofertada ao juiz alguma atribuição instrutória, contanto que o magistrado não cerceie ou elimine o contraditório entre as partes envolvidas.¹⁶⁴

Portanto, mais importante que a discussão a respeito da atribuição de poderes instrutórios ao juiz, talvez, mais interessante seja a verificação dos limites que o magistrado possua na intervenção que faça. O muro intransponível para qualquer julgador é o da imparcialidade, “daí que a intervenção do juiz, ao determinar a produção de provas, não pode ser orientada por uma predisposição intelectual a determinado resultado do processo, mas só se legitima na medida em que tenha por meta o esclarecimento mais complexo e rigoroso dos fatos”.¹⁶⁵

Não menos importante dentro da temática aqui tratada é que a iniciativa judicial não comprometa o pleno exercício do contraditório. Os poderes do magistrado em matéria *probandi*, “além de excepcionais e residuais, devem ser exercidos dentro do contexto das atividades desenvolvidas pelas partes. Assim, quando o juiz introduz a prova de ofício,

¹⁶² *Idem*, pp. 47-48.

¹⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães – Art. 155 a 250. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 479-576, p. 491.

¹⁶⁴ *Idem*, *loco citato*.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães – Art. 155 a 250. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 479-576, p. 492.

encontra-se, perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte; por isso, a intervenção e participação dos sujeitos do processo devem ser efetivas”.¹⁶⁶

A despeito da discussão doutrinária, se o sistema processual penal brasileiro seria de viés neoinquisitório ou misto, importante modificação legislativa foi feita em 2019, afetando o Código de Processo Penal brasileiro. A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi sancionada com o intuito de causar aperfeiçoamento à legislação penal e processual penal brasileira. Neste desiderato, foi traçado o novel artigo 3.º-A do CPP brasileiro: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Diante de tudo que foi tratado até o momento sobre o sistema processual penal brasileiro, vê-se que a regra imposta pelo artigo 3.º-A do CPP causa extremo impacto na legislação adjetiva do Brasil, uma vez que fica expresso que o processo terá estrutura acusatória.

Junto a tão impactante mudança a respeito do expresso sistema processual, também foi alocada a figura do juiz das garantias, que seria “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (*caput* do Art. 3.º-B do CPP).

Ocorre que o tempo verbal *seria* foi utilizado adequadamente, uma vez que os artigos 3.º-A até o 3.º-F do CPP encontram-se com sua vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. Vale a ressalva de Gustavo Henrique Badaró:

A despeito de o juiz das garantias ser a maior e melhor novidade do processo penal brasileiro, desde a Constituição de 1998, lamentavelmente, contudo, como é sabido, a vigência dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, acrescidos pela Lei 13.964/2019, está suspensa, por força de liminar concedida pelo Min. Luiz Fux, no dia 22.01.2020, nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que tramitam perante o STF.¹⁶⁷

Portanto, como se pode verificar, a atualização sistêmica legislativa imposta ao modelo processual penal brasileiro encontra-se suspensa, ante ordem exarada pelo STF. Diante de tal quadro, até a decisão do Tribunal Constitucional brasileiro, discussões como as alhures apresentadas continuarão mantidas.

De qualquer sorte, não se pode ignorar que a Constituição brasileira fez uma opção pela consagração dos direitos fundamentais, o que não se coaduna com as práticas do sistema inquisitório. O desenho que o constituinte brasileiro fez a da separação entre quem acusa, quem

¹⁶⁶ *Idem, loco citato.*

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique – 1º até 3º-F. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23-68, p. 40.

defende e quem julga, marcado ainda por princípios e garantias que afastam as características inquisitórias. Estão previstos na Constituição princípios como o do devido processo legal, e seus derivados, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, do estado de inocência, do silêncio não autoincriminatório, do juízo predeterminado legalmente, da prisão como exceção, da exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público. Apesar disso, características do processo inquisitório ainda são encontradas na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciais, como afirma Nereu José Giacomolli.¹⁶⁸

Finalmente, por certo, preceitos inquisitórios ou acusatórios permeiam o processo penal em si, seja no Brasil ou em Portugal. Ocorre que, intransponível é a obediência ao princípio do contraditório para que a boa marcha processual se efetue.

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 91.

3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL

Nos dias atuais, o princípio do contraditório espalha-se nos diferentes ramos do Direito, seja no âmbito do processo civil, no processo administrativo e no processo penal. Até mesmo no processo arbitral brasileiro e português há previsão da incidência do princípio do contraditório.¹⁶⁹

Para simples título exemplificativo, basta lembrar que desde a primeira Constituição brasileira o princípio do contraditório e/ou da ampla defesa, de alguma forma, foram contemplados. Na Constituição do Império, de 1824, já havia preocupação de se resguardar o princípio do contraditório e da ampla defesa. Na realidade, uma garantia maior à ampla defesa que ao contraditório. O artigo 179.º, VIII, da Carta de 1824 estabelecia: “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei”. A Constituição de 1891, no seu artigo 72.º, §16, previa que “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela”. Na de 1934, o tema estava previsto no artigo 114.º, §24, que dizia: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com meios e recursos essenciais a esta”. Já a Carta Magna de 1937, no artigo 122.º, §11, era previsto que “a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”. A Constituição de 1946, no seu artigo 141.º, §25, assegurou que “a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”. Na de 1967, o artigo 150.º, §15, afirmou que “a lei assegurará aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”. Na Carta de 1969, pelo artigo 153.º, §16, ficou estabelecido que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo a crime e à pena”. Já a atual Constituição de 1988, elencado no rol de direitos e garantias fundamentais, de forma específica no artigo 5.º, LV, apresenta que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla

¹⁶⁹ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. [Em linha]. Brasília: DOU, 24 set. 1996. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm).

Artigo 30.º - Princípios e regras do processo arbitral

1 – O princípio arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:

c) Em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório [...] (PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – **Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro**. Lei da Arbitragem Voluntária. [Em linha]. Lisboa, 14 dez. 2011. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=contradit%F3rio&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1579&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=).

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁷⁰ Interessante perceber, pelo texto da Constituição brasileira anterior (CF/1969), o princípio do contraditório estava voltado ao processo penal, o que difere da abrangência hodierna.

Em Portugal, há previsão expressa sobre o princípio do contraditório na CRP¹⁷¹ em seu artigo 32.º/5, que expressa o seguinte: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Em Portugal, o princípio do contraditório, inserido no contexto do processo penal, tem sua consagração constitucional.

Na Constituição da Alemanha de 1949¹⁷² (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), o princípio do contraditório não é expressamente contemplado, porém o item I do artigo 103.º prescreve que, “Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido”. A regra expressa é genérica, porém absorve o ideal do princípio do contraditório, aplicando-se além do campo exclusivo do processo penal.

Na Itália, a Constituição da República de 1947¹⁷³ (*Costituzione Italiana*), em seu artigo 111.º, prevê de forma direta o respeito ao princípio do contraditório: “A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. [...] O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. [...] A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório na formação da prova”. É perceptível a importância que a Constituição Italiana dá ao princípio do contraditório. Além da previsão de que os processos em geral se desenvolvem com atenção ao

¹⁷⁰ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO JÚNIOR, Aguinaldo – O princípio do contraditório: alcance e prospecções. [Em linha]. In LEITE, Rosimeire Ventura; CRU, Luana Pedrosa de Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire (coord.) – CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB – PROCESSO E JURISDIÇÃO I, 32., 5-8 nov. 2014, João Pessoa. *Anais (...)*. João Pessoa: Conpedi, 2014. pp. 323-338, pp. 324-325. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd7d646241a0fb88>.

¹⁷¹ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. [Em linha]. Lisboa, 2 abr. 1976. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

¹⁷² ALEMANHA – **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. [Em linha]. Versão alemã de 23 maio 1949. Tradução de Aachen Assis Mendonça, revisão jurídica de Bonn Urbano Carvelli. Berlin, 23 maio 1949, atualizada em 28 mar. 2019. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

¹⁷³ ITÁLIA. Senato della Repubblica – **Constituição da República Italiana**. Costituzione Italiana Edizione in Lingua Portoghese. [Em linha]. Roma: Senato della Repubblica, [1947] 2018. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XV II/COST_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XV%II/COST_PORTOGHESE.pdf).

contraditório, ela adentra no cenário processual penal, informando que a formação da prova se dá com expressa atenção ao princípio.

A Constituição Espanhola de 1978¹⁷⁴ (*Constitución Española*), ao estabelecer um processo com todas as garantias, remete a ideia de que ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido. Este contexto remete ao princípio do contraditório. A previsão está estampada no artigo 24.º da CE: “Todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência”.

No Chile, na Constituição de 1980¹⁷⁵ (*Constitución Política de la República de Chile*), em seu Capítulo III estão dispostos os direitos e deveres constitucionais. O artigo 19.º apresenta rol de vários direitos assegurados a todas as pessoas, entre eles, no tópico 3.º: *Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*¹⁷⁶ A ideia de garantia de um processo e uma investigação, racionais e justas, remete à ideia do devido processo legal, com base no contraditório. Ponto interessante é que, devido a inúmeras manifestações sociais ocorridas no país em 2019, no ano de 2020 foi aprovada, em plebiscito, a convocação de uma Assembleia Constituinte que redigirá uma nova Constituição.

Na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (*Constitution of the United States of America*), por meio das Emendas V e VI, verifica-se a proposição do princípio do devido processo legal, “Ninguém será [...]; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; [...]” (Emenda V). Já a Emenda Constitucional nº VI estipula que, “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de

¹⁷⁴ ESPANHA – **Constituição Espanhola**. [Em linha]. Madrid: B.O.E., n.º 311-1, de 29 dic. 1978, Reforma del artículo 13, apartado 2, 27 ago. 1992. Madrid: B.O.E., n.º 207, 28 ago. 1992. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf).

¹⁷⁵ CHILE. Congreso Nacional. Ministerio Secretaría General de la Presidencia – **Constitución Política de la República de Chile**. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. [Em linha]. Promulgación: 17 sept. 2005. Santiago: D.O., 22 sept. 2005. Última Modificación: Ley 21200, 24 dic. 2019. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/chi127261.pdf](http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/chi127261.pdf).

¹⁷⁶ Tradução livre: “Qualquer julgamento de um órgão que exerce jurisdição deve ser baseado em um processo legal prévio. Caberá ao legislador estabelecer sempre as garantias de um procedimento e investigação racionais e justos.”

ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer, por meios legais, testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado”. Observa-se que premissa do princípio do contraditório, de participar da produção probatória, está inserido no texto constitucional norte americano.¹⁷⁷

Quanto ao aspeto amplo do contraditório, Leonardo Greco é enfático, ditando que “o mais importante princípio geral do processo judicial contemporâneo é o princípio do contraditório”. O princípio exprime, na perspectiva processual, o princípio político caracterizado pelas relações entre cidadãos e o Estado, qual seja, a participação democrática. A primazia é de que “ninguém deve ser atingido na sua esfera de interesses por um ato de autoridade sem ter tido a oportunidade de influir na elaboração dessa decisão”.¹⁷⁸

Na visão de Armenta Deu, o princípio do contraditório ou da audiência pode ser resumido em uma frase: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”. Esta frase carrega um grande avanço sistêmico, contrária a uma justiça inquisitorial.¹⁷⁹

O princípio do contraditório carrega centralidade na marcha processual, sobretudo na penal, já que constrói a possibilidade de ampla defesa do acusado. Apesar da visão geral do princípio de que todo ato constituído na cadeia processual por uma parte dá direito a outra de influenciar a visão jurídica emanada desse e partes fiscalizam e atuam no processo com paridade de armas pelo binômio ação-reação proporcionado pelo contraditório, o processo penal valora diferentemente o contraditório, já que a igualdade processual é meramente formal: Estado-poder e acusado não se igualam no plano real. Desse modo, para além da incidência ativa das partes e do diálogo interacional nos atos preparatórios da decisão judicial, que são pontos importantes desse princípio, os quais impedem atuação puramente *ex officio* do juiz, o princípio do contraditório requer a efetividade da igualdade entre as partes por meio da consideração da desigualdade de meios e recursos entre elas, o que impulsiona a atuação do acusado para além das disposições legais nas determinações procedimentais do processo penal.¹⁸⁰

¹⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Delegados da Convenção de Filadélfia – **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. [Em linha]. Washington, DC, 17 de setembro de 1787. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>.

¹⁷⁸ GRECO, Leonardo – A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. ISSN 1980-7570. Ano VII, n.º 9 (dez. 2006), pp. 119-144, p. 121. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>.

¹⁷⁹ DEU, Teresa Armenta – Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos. **Criminalia**. Vol. 70, n.º 1 (jan./abr. 2004), pp. 251-270. [Consult. 18 abr. 2021]. Disponível em: WWW:http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=48132.

¹⁸⁰ BRENER, Paula; MARTINS PINTO, Felipe. A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**. Vol. 3, n.º 1 (jan./jun. 2019), pp. 37-50.

A ideia de isonomia processual transparece em um processo democrático. O aspeto formal da igualdade processual remete à noção de democracia no Estado, onde a busca pela isonomia no tratamento entre os cidadãos é um pressuposto. O juiz que for responsável pelo processo tem o dever de atentar pela isonomia durante a marcha processual.

O princípio é verdadeiro requisito de validade processual, garantidor da defesa e proteção cidadã diante do aparelho estatal sancionatório e possibilitador de aprofundamento da argumentação. A ampla defesa, concretizadora do contraditório, promove o controle da falibilidade processual por meio da defesa técnica, autodefesa, defesa efetiva e produção de provas que inocentem acusado.¹⁸¹

A ampla defesa qualifica o contraditório. A conexão umbilical entre os princípios pode ser ilustrada como “um gladiador que vai para o combate com uma espada e um escudo, sendo o escudo a ampla defesa, e a espada o contraditório: não há falar em batalha somente com escudo ou somente com espada; não há falar em processo devido somente com contraditório ou somente com ampla defesa. Os institutos não são os mesmos, mas são, sim, indissociáveis”.¹⁸²

A gestão processual do Estado-juiz necessita de observar as prescrições jurídicas normativas e principiológicas do chamamento do contraditório a fim de um provimento jurisdicional justo, rápido e válido. Assim, cumpre-se a valorização da tutela de liberdades individuais em detrimento da tutela da segurança pública, uma vez que o programa liberal punitivo não receciona presunção de culpabilidade.¹⁸³ “É preferível escapar dez pessoas culpadas que deixar um inocente sofrer”.¹⁸⁴

Insta lembrar que o princípio do contraditório está rececionado nas constituições portuguesa e brasileira. Assim, a partir do desenho da carga geral do contraditório no Estado de Direito Democrático, busca-se a especificação do tratamento dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português ao princípio.

¹⁸¹ PACHELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 37.

¹⁸² FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO JÚNIOR, Aguinaldo – O princípio do contraditório: alcance e prospecções. [Em linha]. In LEITE, Rosimeire Ventura; CRU, Luana Pedrosa de Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire (coord.) – CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB – PROCESSO E JURISDIÇÃO I, 32., 5-8 nov. 2014, João Pessoa. **Anais (...)**. João Pessoa: Conpedi, 2014. ISBN 978-85-5505-026-8. pp. 323-338, p. 328. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd7d646241a0fb88](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd7d646241a0fb88).

¹⁸³ PACHELLI, Eugênio – *opere citato, loco citato*.

¹⁸⁴ Esta ideia célebre foi estabelecida por Sir William Blackstone, jurista, juiz e político inglês do século XVIII. “Embora o argumento tenha origem bíblica (Gênesis 18: 23-32), a análise de Blackstone, por ser citada por Benjamin Franklin e outros, tornou-se conhecida como *Ratio de Blackstone*” (RITTER, Leticia Mousquer. **O papel do juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. [Em linha]. São Leopoldo do Sul, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016, p. 39. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5376/Let%EDcia+Mousquer+Ritter_.pdf;jsessionid=926540546EF380D1C2FBFFC9746D2B3A?sequence=1](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5376/Let%EDcia+Mousquer+Ritter_.pdf;jsessionid=926540546EF380D1C2FBFFC9746D2B3A?sequence=1)).

3.1 Aspectos gerais

O princípio do devido processo legal carrega consigo corolários que o concretizam¹⁸⁵, entre eles, o princípio do contraditório.

O princípio do contraditório apresenta-se como um dos mais importantes postulados no sistema acusatório. Trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havido no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.¹⁸⁶

O avanço formalista-processualista de adesão à paridade de armas para efetiva igualdade no processo¹⁸⁷ executou um giro sobre a interpretação do contraditório, que deixou de ser apenas influência do convencimento do juiz.

O princípio do contraditório, também chamado como princípio de audiência, carrega consigo a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo. Está é a concepção clássica do princípio, sua concepção formal. Porém, a valorização do princípio do contraditório, em seu aspecto material ou formal, “passa pela igualdade de tratamento, influência na construção dinâmica do espaço processual, das decisões, livre dos entraves burocráticos e submissões oriundas de hierarquia militarizada dos sujeitos oficiais no processo, representa o resgate da perspectiva dialógica, horizontalizada, isonômica do processo”. A representação do processo em pirâmide, com o ápice sendo ocupado pelo juiz, demonstra, por simbologia, a hierarquização e autoritarismo do processo, reduzindo o papel substancial do contraditório. No caso de o juiz ainda ocupar o ângulo piramidal voltado para a acusação, então, “desnatura-se o processo e adentra-se no campo minado das patologias processuais”. Sendo o princípio do contraditório visto como consectário da “igualdade de oportunidade às partes e asseguramento pelo Estado do equilíbrio das forças no interior do processo, é possível construir a democracia processual humanitária”. Dessa forma, pelo caráter substancial do princípio do contraditório, ele se eleva em “elemento normativo estrutural da participação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”. O destino do processo depende de todos os sujeitos processuais, cada qual exercendo sua função. Ademais, “mesmo para os que admitem a atuação *ex officio* do julgador no processo penal, não poderá haver surpresa, de modo que há necessidade de a situação processual ter passado pelo crivo do contraditório. Assim, tanto no aspecto de garantidor do espaço processual contraditório, quanto de submissão de toda matéria

¹⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto – **Teoria Geral do Processo**. 5.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2020, p. 57.

¹⁸⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal**. 12.^a ed. São Paulo: Método, 2020.

¹⁸⁷ PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 254.

ao debate, o contraditório também se destina ao magistrado”.¹⁸⁸ Vale registrar que o conteúdo do princípio do contraditório desenhado por Nereu José Giacomolli em muito se assemelha ao modelo de contraditório vigente no ordenamento processual civil brasileiro e português. O ideal de um processo cooperativo é a pedra de sustentação do sistema envolto ao princípio do contraditório.

O processo penal foi influenciado pela carga garantista, sobretudo em relação à presunção de inocência, que valoriza a tutela das liberdades individuais no devido processo legal com igualdade efetiva entre partes com vistas à desigualdade material. A dialética necessária no processo vai além de contraposição de tese e chega à preocupação do Estado-juiz em garantir decisão participada sem atuação insuficiente¹⁸⁹, sobretudo por parte do réu, já que o Estado possui meios suficientes para investigação, *vide* a estrutura disponível ao Ministério Público. O princípio do contraditório abre a generalidade da legislação elaborada pela maioria para a individualidade do acusado.

A teoria de Elo Fazzalari de legitimação pelos efeitos do ato de poder considera a postulação em juízo a quem possa sofrer efeitos do ato se pronunciar e ser protagonista do ato processual, no caso, o acusado. Essa teoria adequa o processo penal ao Estado Democrático de Direito¹⁹⁰ na medida em que limita a atuação do Ministério Público às disposições legais estritas e expande equitativamente as possibilidades de legitimidade da atuação de acusação perante o Estado-poder, uma vez que o contraditório é distribuído desigualmente no processo penal. A plenitude do princípio do contraditório não preenche o princípio por completo sem a efetividade principiológica, nem a efetividade se concretiza sem a construção de meios para a efetividade. A legalidade *per si* é insuficiente para o acusado se contrapor processualmente ao aparato estatal.¹⁹¹ Claramente há normas processuais que consideram a desigualdade processual como a de última palavra nas alegações finais no processo penal brasileiro. A verdadeira paridade de armas no processo penal requer meios adequados ao acusado e atenção do juiz em assegurar direitos processuais do acusado, o qual, se necessário, precisa sopesar prazos processuais para

¹⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 178-179.

¹⁸⁹ PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 254.

¹⁹⁰ PINTO, Frederico Lacerda da Costa – **Direito Processual Penal (Curso Semestral)**. Lisboa: AAFDL, 1998, pp. 185-187 *apud* GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107, p. 95. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistas.ulusoфона.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>.

¹⁹¹ BRENER, Paula; MARTINS PINTO, Felipe – A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**. Vol. 3, n.º 1 (jan./jun. 2019), pp. 37-50.

acusação e acusado.¹⁹² Por conseguinte, configura-se impossível atuação do Ministério Público fora das prescrições legais.

Agentes públicos são destinatários imediatos, que observam os princípios; réus são destinatários mediatos, que concretizam os princípios, nos termos da contribuição de Márcio Luís de Oliveira¹⁹³ de destinatário imediato que se vincula ao dever de observância e destinatário mediato beneficiado pela ação anterior. Aos destinatários do processo penal, nesse entendimento, não se trata de destinatários observadores e executores de regras, em que há beneficiados, mas de um beneficiado apenas, já que o Estado apenas busca a justiça penal. Não há ganhadores e vencedores no processo penal, apenas perdedores.

O acusado é hipossuficiente perante o Estado-poder no processo penal. Assim, suas garantias são pilares do processo, com uma teoria assimétrica de direitos no processo penal, que em casos difíceis permitem ampliação dos direitos do acusado.¹⁹⁴ Não cabe restrição de direitos.

Quanto aos direitos vinculados ao contraditório, são o direito (1) à informação da existência dos procedimentos dos atos formadores e elementos informativos e (2) à participação da parte ou do investigado no desenvolvimento do procedimento e interferência na tomada de decisão do órgão.

Sobre o aspeto funcional do princípio¹⁹⁵, percebe-se que ele (1) informa como se percorre as normas processuais penais, (2) possui densidade jurídica e orienta precedentes, (3) possibilita uma visão panorâmica do processo, com espaços e possibilidades para as partes nos atos processuais.

O artigo 5.º, LV, da Constituição Federal brasileira, ao levantar a inerência dos meios e recursos necessários para o contraditório e a ampla defesa (a materialização processual do princípio), e o artigo 32.º, número 5, da Constituição portuguesa, ao subordinar atos processuais específicos do processo criminal ao contraditório possibilitam uma diferenciação indireta na seara processual, que leva em consideração condições processuais em concreto.

Seja em apresentar reação, participar devidamente do processo, manifestar-se e se defender, possuir recursos não simbólicos para tais ações, esse direito fundamental irradia desdobramentos que não se constroem apenas no plano formal. Não há apenas repercussão do binômio ação-reação, por meio da contestação, ou a decisão fundamentada, que são importantes

¹⁹² *Idem, loco citato.*

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ ROSA, Alexandre Moraes da – **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 299.

¹⁹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto – **Teoria Geral do Processo**. 5.ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020, p. 55.

elementos, mas insuficientes no processo penal. Outros elementos processuais se alteram sob a ótica do princípio. A igualdade processual fática e material precisa ser observada: as partes precisam ser iguais na defesa técnica e na produção probatória. Ao juiz se encarga observar as condições do acusado em realmente ter paridade de armas, sendo possível flexibilizar normas processuais com vistas ao princípio do contraditório.¹⁹⁶ O juiz imparcial, indubitavelmente, é a garantia de relações processuais sinceras com vistas à equidade processual.

Quanto à legalidade, elemento importante para o contraditório seja no processo penal ou não penal, o princípio é propulsionado pelos direitos à publicidade nos termos da consulta aos autos do processo e pedido de certidões de atos e da fiscalização dos juízes quanto ao papel do advogado, à fundamentação decidida pela obrigatoriedade de enfrentamento dos fundamentos apresentados, à duração razoável do processo com o exame dos pedidos, ser ouvido com garantias e em prazo razoável, à legalidade com a admissibilidade de prova lícita apenas, de boa-fé das partes, de oralidade com prazos adequados e de observação ao princípio dispositivo, que proporciona indisponibilidade da defesa obrigatória por parte do réu e busca pela verdade real.

3.2 O princípio do contraditório no modelo processual penal brasileiro

O princípio do contraditório no processo penal brasileiro possui sua legalidade processual assentada inicialmente no artigo 5.º, II, da Constituição Federal. Segundo o inciso, qualquer pessoa somente é obrigada a fazer ou deixar de fazer à luz da lei. Posteriormente, os incisos LIV (devido processo legal), LV (contraditório e ampla defesa) e LVI (licitude da prova) do mesmo artigo constitucional avança nas bases legais processuais. O contraditório, naturalmente, é pilar de qualquer processo.

Para Guilherme de Souza Nucci, quanto ao princípio do contraditório, significa afirmar “que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado”.¹⁹⁷

Segundo Rogério Tucci, o contraditório é necessário “em toda instrução criminal, seja ela pré-processual, seja realizada em juízo, a fim de que o órgão jurisdicional competente,

¹⁹⁶ BRENER, Paula; MARTINS PINTO, Felipe – A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**. Vol. 3, n.º 1 (jan./jun. 2019), pp. 37-50.

¹⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza – **Curso de direito processual penal**. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 156. ISBN 978-85-309-8998-9.

devidamente formado o seu convencimento, possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça”.¹⁹⁸

Mougenot exprime que o princípio do contraditório significa que cada ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. A aplicação do princípio, assim, não requer meramente que cada ato seja comunicado e cientificado às partes (contraditório formal). Relevante é que o juiz, antes de proferir cada decisão, ouça as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos. Destarte, o juiz, ao proferir a decisão, deve oferecer às partes oportunidade para que busquem, pela via da argumentação, ou juntando elementos de prova, se for o caso, influenciar a formação de sua convicção (contraditório material).¹⁹⁹

Para Magalhães Noronha, o contraditório é a possibilidade de o acusado ser ouvido pelo juiz e se defender da acusação feita pelo autor da ação penal.²⁰⁰

Fernando Capez, em sua conceitualização do princípio do contraditório, informa a ideia de colaboração das partes, no sentido de que, em relação ao juiz, elas não são antagônicas, mas “colaboradoras necessárias”.²⁰¹ Vê-se uma proximidade com a ideia do modelo colaborativo do processo civil.

De acordo com Jacinto Coutinho, contraditório é característica de um processo de partes com equidistância do juiz na prestação jurisdicional; é contraditório requerer provas importantes para a solução do processo.²⁰²

Tematicamente, por conseguinte, há uma profusão grande do princípio nas etapas processuais penais, como a nulidade do processo penal por falta de regras e atos que garantam o contraditório (artigo 564.º, CPP), de intervenção do Ministério Público em ação penal pública (artigo 129.º, I, CF), de intimação para ciência de sentenças e despachos em que caiba recurso

¹⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria – **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 191.

¹⁹⁹ MOUGENOT, Edilson – **Curso de processo penal**. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-855-36-1062-4.

²⁰⁰ NORONHA, Magalhães – **Curso de direito processual penal**. 28.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

²⁰¹ Fernando Capez ainda explica o seguinte: “O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação” (CAPEZ, Fernando – **Curso de processo penal**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020).

²⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Ano. 1, vol. 1 (2001), pp. 26-51, p. 43.

(Súmula 707 do STF²⁰³) e de existência jurídica de ato processual com omissão de formalidade essencial (artigos 563.º ao 573.º, CPP).²⁰⁴

A defesa técnica é um direito indisponível, nos termos do artigo 261.º do Código de Processo Penal, vista sua importância para influenciar a decisão²⁰⁵, manifestar o contraditório, controlar a falibilidade processual e produzir provas que inocentem o acusado.²⁰⁶

Um debate doutrinário sobre contraditório na fase pré-processual levanta a hipótese de existência do princípio na fase. A posição doutrinária majoritária é pela inexistência de contraditório no inquérito policial.²⁰⁷ Ainda, há precedente do STF que sustenta tal visão.²⁰⁸

Contudo, há que se posicionar sobre a incompatibilidade constitucional desse posicionamento. Há contraditório mitigado com defesa limitada²⁰⁹ na fase pré-processual: a defesa pode acessar os autos, acompanhar prisão em flagrante e interrogatório, sob pena de ilegalidade, e apresentar requerimentos. O direito à informação, primeira dimensão do contraditório, é percebido nessa fase. Já o processo penal em si carrega contraditório pleno com ampla defesa.

²⁰³ A súmula trata da nulidade processual em caso de falta de intimação do denunciado para contrarrazões ao recurso da rejeição da denúncia. “1. As garantias fundamentais do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV) exigem a intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição de denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo, como reconhece o Enunciado 707 da Súmula da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. 2. In casu, apesar da determinação expressa contida no despacho de recebimento do recurso estrito, não houve a intimação do ora paciente para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição de denúncia, configurando, pois, ofensa às garantias processuais fundamentais. 3. Ordem concedida para anular os atos processuais praticados após a interposição do recurso em sentido estrito pelo Ministério Público Militar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 114.324/BA**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 28 maio 2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 18 jun. 2013).

²⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique – **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 587-588.

²⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 224.

²⁰⁶ PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁰⁷ Norberto Avena segue a linha de que na fase de inquérito policial não há contraditório: “Pensamos, na esteira da imensa maioria doutrinária e jurisprudencial, que, em regra, descabe o contraditório na fase do inquérito, pois se trata este de procedimento inquisitorial, destinado à produção de provas que sustentem o ajuizamento de ação criminal”. Ele, de forma específica, aponta uma exceção onde se contempla o contraditório mesmo na fase de inquérito, que é o procedimento instaurado pela Polícia Federal objetivando a expulsão do estrangeiro, “pois, quanto a este, o Decreto 9.199/2017, regulamentando a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), estabeleceu uma sequência de etapas que, abrangendo a possibilidade de defesa e, via de consequência, de contraditório, devem ser observadas visando o ato de expulsão” (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal**. 12.ª ed. São Paulo: Método, 2020, item 1.3.10).

²⁰⁸ “Violação do princípio do contraditório no curso das investigações. Não ocorrência. Regimental não provido. [...] Melhor sorte não assiste ao agravante quanto à alegação de violação do princípio do contraditório, uma vez que esse princípio não se aplica à fase da investigação preliminar (v.g. RE nº 136.239/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 14/8/92). 3. Agravos regimental ao qual se nega provimento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Agravos Regimentais no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 133.719/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 2 maio 2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 02 maio 2017).

²⁰⁹ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães – **As Nulidades no Processo Penal**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

Nos termos da Lei n.º 8.038/1990, que versa normas procedimentais para processos no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, seu artigo 4.º prevê 15 (quinze) dias para resposta do acusado antes de admissibilidade de denúncia. As Leis n.º 9.099/1995, sobre crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, e n.º 11.343/2006, aplicada aos crimes relacionados às drogas ilícitas também levam em consideração o contraditório.

Para Souza Netto, juízo de admissibilidade da acusação é

(...) de intento destinado a dotar o processo de faculdades equivalentes entre as partes; e de impedir acusações sem o preenchimento das condições da ação e regularidade da acusação, que aí devem ser discutidas. Matéria de real importância, sempre foi extremamente descuidada no nosso processo penal, mormente nos ritos ordinário e sumário, onde não há previsão da defesa prévia, ou seja, anterior ao juízo de admissibilidade, restando a reprovabilidade ao juiz da causa, que nem sempre preocupa-se com a efetiva avaliação. Tanto que, de modo equivocado, não poucos pensavam, ou pensam, tratar-se de um mero despacho, quando, em verdade, é, por evidente e óbvio, uma decisão interlocutória.²¹⁰

O Código de Processo Penal trata de dois momentos de recebimento de denúncia: um antes da citação e manifestação do réu; outro depois. Registra-se a estranheza dessa passagem legal.²¹¹ Percebe-se que, fora do previsto legalmente, não há contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da denúncia. Quanto *a posteriori* do juízo, em caso de recurso da rejeição da denúncia, o enunciado 707 da súmula do STF²¹² considera nulo o processo sem intimação do denunciado para contrarrazões ao recurso da rejeição da denúncia.

Sobre provas, Jacinto Coutinho trata o requerimento de prova importante para a solução do processo²¹³ como manifestação do contraditório. O exame de provas postas em contraditório é necessário, nos termos do artigo 155.º do Código de Processo Penal, que retira a possibilidade de exame às provas coletadas diretamente na fase investigada, com exceção das irrepetíveis. Qualquer outra prova repetível, como depoimento, deve ser produzida no decorrer dos atos processuais e ser posta em contraditório.²¹⁴ Eugênio Pacelli considera contradizente a condenação por convicção, e não por exame de provas realizadas por Tribunal do Júri, embora constitucional, nos termos do artigo 5.º, inciso XXXVIII, “d”, da Carta Política.

Também se percebe nesse plano a necessidade de fundamentação judicial para medidas cautelares (art. 283.º do CPP) e o próprio cuidado do Supremo Tribunal Federal em tratar do

²¹⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo – **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 129.

²¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP. **O Estado do Paraná** - Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 2008, p. 8.

²¹² Súmula 707 do STF: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”.

²¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP. **O Estado do Paraná** - Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 2008.

²¹⁴ PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

excesso legislativo à vedação de restituição da liberdade, que compromete o exame concreto de restituição de liberdade ao preso em flagrante.²¹⁵ Indícios de materialidade e autoria justificam prisão cautelar se não forem simples alusão à gravidade do delito, clamor público ou comoção social.²¹⁶

Quanto à adoção de medida antecipatória, como é o caso citado (prisão cautelar), cabe registrar que o princípio do contraditório pode ser mitigado. Este é o caso do contraditório diferido ou postergado, “que consiste em relegar a momento posterior a ciência e impugnação do investigado ou do acusado quanto a determinados pronunciamentos judiciais”. Em casos em que se justifica uma urgência da medida, ou mesmo uma circunstância de sigilo, a determinação judicial é proferida *inaudita altera parte*. Como exemplos: a) decretação de prisão preventiva; b) sequestro de bens (art. 125.º do CPP); c) intercetção das comunicações telefônicas (Lei n.º 9.296/1996).²¹⁷

No mesmo sentido, Fernando Capez leciona que, em caso de urgência, havendo perigo de perecimento do objeto em face da demora na prestação jurisdicional, admite-se a concessão de medidas *inaudita altera parte*, permissivo que não configura exceção ao princípio, já que, antes da prolação do provimento final, deverá o magistrado, necessariamente, abrir vista à outra parte para se manifestar sobre a medida, sob pena de nulidade do ato decisório; o contraditório é apenas diferido.²¹⁸

Sobre ações *ex officio*, Eugênio Pacelli sustenta pela impossibilidade de prisão preventiva na fase investigativa e possibilidade dela no decorrer da ação penal, considerando a exceção tratada pelo artigo 310.º, II, do Código de Processo Penal.²¹⁹ Porém, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é da impossibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, sem que haja requerimento pelo Ministério Público (HC n.º 590.039).

Ainda sobre o juiz, há discussões sobre sistema processual acusatório que residem na iniciativa probatória do juiz, decorrente da procura pela verdade real. Para Jacinto Coutinho,

²¹⁵ *Idem*, p. 7.

²¹⁶ “A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. [...] 4. No caso, destacou-se a repercussão social e a maneira pela qual foi realizado o crime, uma vez que ao paciente é imputada conduta de exacerbada culpabilidade, a indicar sua periculosidade e justificar a prisão como forma de garantia da ordem pública. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 507.725/TO**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 04 jun. 2019. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe, 14 jun. 2019).

²¹⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal**. 12.ª ed. São Paulo: Método, 2020, item 1.3.10.

²¹⁸ CAPEZ, Fernando – **Curso de processo penal**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

²¹⁹ PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 419-422.

assemelha-se ao inquisitorial.²²⁰ A Lei n.º 13.964/2019, Pacote anticrime, embora suspensa, pode trazer inovação na alteração do artigo 3.º do Código de Processo Penal em impedir produção de prova por juiz diretamente, embora não se limite à possibilidade de exame de prova.²²¹ Colocá-las em contraditório, expô-las a outras versões e examiná-las é possível. Outro avanço, diga-se de passagem, da lei foi a criação do juiz de garantias e controle da originalidade cognitiva a fim de evitar que o mesmo juiz atue no decreto da prisão preventiva à sentença. Entretanto, as alterações promovidas pela lei em artigos do Código do Processo Penal encontram-se suspensas por decisão cautelar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 proferidas pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal.

O princípio do contraditório, vetor de defesa do acusado²²², é formado por partes com juiz equidistante²²³, que precisa atentar-se à efetiva paridade de armas. Os direitos à informação e à reação somente realizam a possibilidade de defesa se observada a desigualdade entre acusado e Estado-poder. Paula Brener e Felipe Martins Pinto levantam a flexibilização de prazos processuais ao acusado frente à desigualdade de recursos e meios estatais.²²⁴

Considerando diferenças fáticas de uso de meios e recursos entre as partes, como entre tempo para investigação do Ministério Público e elaboração de resposta à acusação (art. 396.º -A, Código de Processo Penal) e elementos levantados na investigação e número limitado de testemunhas (art. 401.º, Código de Processo Penal), Paula Brener e Felipe Martins Pinto sugerem que limitações procedimentais que afetem participação efetiva do acusado, simbólica frente à desigualdade com o Estado-poder, podem ser flexibilizadas pelo juiz, colocado o ônus argumentativo de coerência de tal flexibilidade à defesa do acusado.²²⁵

Por fim, a partir do contraditório o acesso à justiça é devidamente concretizado no processo penal, materializado em, por exemplo: ser ouvido; ter garantias; poder responder acusação penal formulada contra ele com prestação da assistência jurídica gratuita; *ius postulandi* no *habeas corpus*; ter direito de ação, nos termos do inciso XXXV do art. 5.º, CR;

²²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Ano. 1, n.º 1 (2001), pp. 26-51.

²²¹ Art. 3º-A. “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [Em linha]. Rio de Janeiro: DOU, 13 out. 1941. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

²²² NORONHA, Magalhães – **Curso de direito processual penal**. 28.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309.

²²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – *opere citato*, p. 43.

²²⁴ BRENER, Paula; MARTINS PINTO, Felipe – A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**. Vol. 3, n.º 1 (jan./jun. 2019), pp. 37-50.

²²⁵ *Idem*.

acessar juizados especiais para julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo; e o direito de petição, nos termos do art. 5.º, XXXIV, da CR.

3.3 O princípio do contraditório no modelo processual penal português

A implementação do princípio do contraditório como exercício do sistema acusatório atual no ordenamento jurídico português surgiu com superação da forma estruturada no regime totalitário de Salazar. A passagem para o Estado Democrático e Direito fez florescer a visão do processo penal com “uma função ordenadora, já que, para assegurar a realização da personalidade ética de cada um, tem de criar condições de vida comunitária que tal garanta – artigos 2.º e 9.º da Constituição da República”.²²⁶

Constitucionalmente, o princípio do contraditório é uma demanda por julgamento equitativo com garantias processuais.²²⁷ O artigo 32.º, número 5, da Constituição da República Portuguesa determina a subordinação da audiência de julgamento e dos atos instrutórios previstos em lei ao contraditório. Guedes Valente lembra que, quando tratamos de um processo de estrutura acusatória, como é a previsão constante da CRP para o processo penal português, a contrariedade é uma característica fundamental. Porém, não se pode desconsiderar que “o processo penal de estrutura acusatória do século XX baseia a sua contextura entre os contrapontos do princípio inquisitório e do contraditório, corolários que se temperam mutuamente”.²²⁸ Este é bem o caso da estrutura processual penal portuguesa.

Ainda destaca Guedes Valente que, por intermédio da controvérsia desencadeada pelas partes, dissecando-se a dúvida vigente pela “colaboração formal do arguido e da acusação”, conduzindo à uma decisão para ser tomada pelo órgão julgador, aflora-se o princípio do contraditório.²²⁹

Figueiredo Dias explicita que o princípio mais importante da conformação geral do processo penal é o princípio da estrutura acusatória e contraditória, expressamente previsto no

²²⁶ SANTOS, Gil Moreira dos – **Princípios e Prática Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 11 *apud* GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107, p. 97. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://revistas.ulusofoa.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306.

²²⁷ FLETCHER, George P. – **The Grammar of Criminal Law**. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 2007, p. 4.

²²⁸ O autor também aponta sua opinião a respeito do Código de Processo Penal de Portugal, DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, nos seguintes termos: “na sua essência é o produto de doutrina e jurisprudência que há muito defendiam um processo penal democrático, fundado na estrutura acusatória, temperado pelo princípio inquisitório, cujo controlo directo do cidadão se reflete na natureza contraditória do processo penal” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 123, 127-128).

²²⁹ *Idem*, p. 127.

artigo 32-5 da CRP. Tal princípio não obriga o legislador ordinário a estruturar o processo penal segundo o modelo do direito anglo-americano. No entanto, obriga-o a duas situações: ao reconhecimento incondicional do sistema acusatório, com a consequente distinção material e não apenas formal entre o órgão encarregado da acusação e o encarregado da sentença; e ao reconhecimento da participação constitutiva e igualitária do Ministério Público e do arguido no desenvolvimento do julgamento e na declaração da lei no processo, sem prejuízo do carácter oficial e da perquirição na atividade judicante.²³⁰

Como visto, a Constituição fez a escolha de orientação processual completa por meio do contraditório em sua estrutura acusatória. Desse preceito constitucional irradia prescrição processual, como a condenação referente apenas à questão tratada no processo (*sententia debet esse conformis libello*).²³¹

Considerando a doutrina portuguesa, o contraditório, para Inês Godinho²³², une direitos de acusação e defesa em apresentação de provas e pronúncia em alegações e atos que contribuem para a ponderação do tribunal.

Além disso, importa também o dever de ouvir qualquer parte do processo penal, quando possa ser proferida espécie de decisão que lhe afete. Este princípio permite uma real participação processual penal, correspondendo a um verdadeiro direito de audiência. Esse direito de audiência, ante a qualidade da parte como sujeito do processo, aponta que ela tem “participação constitutiva na declaração do direito do caso”.²³³

O contraditório é, também, um argumento de política para a estrutura do processo penal, o que gera uma profusão organizacional nas etapas processuais. O princípio organiza a partir

²³⁰ “Le principe le plus important de conformation générale de la procédure pénale est le principe de la structure accusatoire et contradictoire, expressément consigné dans l'article 32-5 de la C.R.P. Ce principe n'oblige pas le législateur ordinaire á structurer la procédure pénale selon le modèle de procédure de parties, dispositif et privatiste, caractéristique du droit anglo-américain. Il l'oblige toutefois à deux choses: à la reconnaissance sans réserves du principe d'accusation, avec la conséquente distinction matérielle et pas seulement formelle entre l'organe chargé de la mise en accusation et celui chargé du jugement; et à la reconnaissance de la participation constitutive et tendanciellement égalitaire du ministère public et de l'inculpé dans le développement du procès et dans la déclaration du droit de l'affaire, sans préjudice du caractère officiel et perquisitionnaire de l'activité du juge” (DIAS, Jorge de Figueiredo – Principes généraux de la politique criminelle portugaise. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Le cinquantenaire de la fondation de la revue. ISSN 0035-1733. N.º 1 (janv.-mars 1987) pp. 87-94, p. 92. [Consult. 7 abr. 2021]. Disponível em: [WWW:http://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE_SCIENCE_CRIMINELLE_1_1987.pdf](http://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE_SCIENCE_CRIMINELLE_1_1987.pdf)).

²³¹ CASTRO, Henrique Gustavo – **Fase da Instrução: Quo Vadis? – Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2015, p. 13.

²³² GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107, p. 95. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://revistas.ulusofofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306.

²³³ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 78.

da dialética judicial penal e a forma de decidir²³⁴ de maneira justa e equitativa enquanto direito humano, nos termos do art. 6.º, §1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, caminhando para a concretização de confronto de arguido e provas recolhidas por ele e contestação da acusação, elementos importantes do processo em contraditório.²³⁵ Panoramicamente, o sistema acusatório afirmado explicitamente na Constituição portuguesa é elaborado pelo contraditório, que transforma sujeito em parte do processo com garantia de direitos.²³⁶

Assim, a relevância constitucional para o processo penal é evidente a partir da afirmação do Estado de Direito em Portugal.

Para Inês Godinho²³⁷, há certo conflito de finalidades no processo penal a partir de um sistema que pede equilíbrio entre tutelas dos princípios da acusação (tutela da liberdade individual) e da investigação (tutela da segurança pública).

A estrutura acusatória, organizada pelo princípio do contraditório, com partes integradas pelo princípio da investigação é o processo penal português em si. A formação da iniciativa própria dos sujeitos processuais²³⁸ nos atos do processo é rececionada em tal estrutura.

A igualdade de armas nos atos processuais é um preceito fundamental do contraditório, uma vez que lida com o direito de intervir no processo, vetor indiscutível e imprescindível para a concretização do contraditório. Para o arguido, reserva-se principalmente os direitos de estar presente, ser ouvido em decisões que afetem o acusado e intervir em inquérito e instrução, nos termos das alíneas “a”, “b” e “g” do artigo 61.º, número 1 e número 4, do artigo 194.º, ambos do Código de Processo Penal. Para o assistente, enquanto colaborador do Ministério Público, reserva-se intervir no inquérito e na instrução, nos termos da alínea “a” do artigo 69.º, número 2, do Código de Processo Penal.²³⁹

As armas de cada parte variam com a extensão do contraditório nas fases processuais.

²³⁴ PINTO, Frederico Lacerda da Costa – **Direito Processual Penal (Curso Semestral)**. Lisboa: AAFDL, 1998, p. 227 *apud* GODINHO, Inês Fernandes – *opere citato*, p. 96.

²³⁵ DIAS, Jorge Figueiredo – **Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 150 *apud idem*, p. 97.

²³⁶ *Idem*, p. 150 *apud idem*, p. 95.

²³⁷ DIAS, Jorge Figueiredo – **Clássicos Jurídicos: Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 150 *apud* GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107, p. 95. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistas.ulusofoa.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>, p. 98.

²³⁸ *Idem*, p. 150 *apud idem*, p. 96.

²³⁹ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 79.

A primeira fase, de inquérito policial, possui menor intensidade do contraditório, mesmo com incidência.²⁴⁰ Afinal, o número 1 do artigo 61.º do Código de Processo Penal, que garante o direito de estar presentes aos atos que lhe digam respeito, se estende naturalmente para o inquérito, porém com contraditório mitigado. Alguns atos dessa fase processual carregam contraditório pleno, como a aplicação de medidas de coação, já que é prevista a audição do arguido, nos termos do número 4 do artigo 194.º do Código de Processo Penal.

A fase do inquérito persegue a verdade material e se orienta pelo garantismo. A legalidade estrita do exercício do *ius puniendi* estatal evita arbitrariedades a partir dos mandamentos constitucionais que orientam as fases do sistema acusatório, seja a preparatória, com inquérito e instrução, seja o julgamento, com atos subordinados ao princípio do contraditório (art. 32.º, n.º 5 da CRP). No inquérito, há atos pontuais que absorvem o contraditório, como lembra Guedes Valente. O autor cita as declarações para memórias futuras (artigo 271.º do CPP), onde o juiz de instrução segue as regras do artigo 297.º e 298.º do Código de Processo Penal, vez que os depoimentos fornecidos serão ouvidos na audiência de julgamento, “decorrendo, assim, uma discussão perante o juiz, por forma oral e contraditória, sendo a inquirição feita por aquele que terá de formular ou permitir que formulem perguntas adicionais à pessoa inquirida”.²⁴¹

Interessante ponderação de Guedes Valente dá-se quanto a lembrança de que a apresentação de provas da acusação ocorre, sobretudo, na fase de inquérito. Portanto, há de se admitir que não exista uma ação direta do acusado neste momento, “porque qualquer pessoa que saiba que, sobre si recaia uma investigação, fará de tudo para destruir provas, modificá-las e corromper as testemunhas que o indiciaram pela prática de um crime”. Alicerçado no princípio de confidencialidade de investigação é como a acusação deverá carrear suas provas. No entanto, o autor deixa clara sua defesa quanto ao acesso ao processo pelo arguido, após a sua constituição ou do primeiro interrogatório (esteja o arguido detido ou não), para que entenda a “razão da existência do processo crime contra si”.²⁴²

A competência de dirigir o inquérito é do Ministério Público, nos termos dos artigos 53.º, número 2, alínea b, e 263.º, número 1, ambos do Código de Processo Penal. A polícia

²⁴⁰ MALAFAIA, Joaquim – O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Vol. 14, n.º 4 (2004), pp. 509-539, 518-519 *apud* GODINHO, Inês Fernandes – *opere citato*, p. 101.

²⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 130.

²⁴² *Idem*, pp. 128-129.

criminal ajuda as autoridades judiciárias e atua sob a orientação direta do MP, nos termos dos artigos 55.º, número 1, e 263.º, número 2 do CPP.

O investigado possui direitos de investigação sincera e legítima e de participação na formação dos elementos de convicção no inquérito.²⁴³ Mesmo que não haja a efetiva contraprodução probatória, há a apreciação da parte investigada dos atos investigatórios que formam o inquérito policial. O alcance das garantias processuais constitucionais é mitigado em um inquérito policial inquisitivo, com a presença de contraditório que não se confunde com dificuldade à eficiência da persecução penal.²⁴⁴ Intervenções desnecessárias da parte investigada não cabem nesse momento preparatório²⁴⁵, cumprindo expor razões que expliquem a não autoria dos fatos²⁴⁶ pelo investigado a fim de que se defenda de possível imputação formal emitida por autoridade policial ou promotor investigador (auxiliado pela polícia).

Ponto de reflexão a respeito do contraditório no inquérito policial é quanto à investigação criminal defensiva. Enquanto avanço doutrinário da compreensão da defesa tradicional, sugere condução de investigações pelo defensor da parte investigada para colher elementos a seu favor e não apenas negar acusações formais²⁴⁷, com as limitações claras de não possuir poder de polícia e coercitivo, dependendo da autoridade judiciária em caso de obstáculos.²⁴⁸ A riqueza de informações dos autos e a inevitabilidade de instauração de ação penal fundada em inverdades são pontos interessantes do argumento.²⁴⁹ Francisco da Costa Oliveira sugere que essa forma investigativa aprofundaria elementos favoráveis ao investigado, promoveria um giro na condição investigativa acusatória, abriria espaço para delimitação preliminar do objeto do processo pelas partes e anteciparia questões interessantes à defesa.²⁵⁰

A respeito da investigação desenvolvida pela defesa na fase de inquérito, paralela à do Ministério Público, Guedes Valente explica que a doutrina portuguesa não se mostra recetiva.²⁵¹ Porém, Guedes Valente, aliando-se a Germano Marques da Silva, é direto em afirmar que, a

²⁴³ VIEIRA SANTOS, Tiago Gregório de. **A ampla defesa e o contraditório aplicados ao inquérito policial: um olhar comparativo luso-brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2016, p. 2.

²⁴⁴ *Idem, loco citato*.

²⁴⁵ *Idem, loco citato*.

²⁴⁶ VIEIRA SANTOS, Tiago Gregório de. **A ampla defesa e o contraditório aplicados ao inquérito policial: um olhar comparativo luso-brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2016, p. 35.

²⁴⁷ TONINI, Paolo. Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N.º 48 (maio/jun. 2004), pp. 194-214 *apud idem*, p. 44.

²⁴⁸ *Idem, loco citato*.

²⁴⁹ *Idem*.

²⁵⁰ COSTA OLIVEIRA, Francisco da. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 21-24 *apud idem*, pp. 49-50.

²⁵¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 146.

despeito de o processo penal português não ser do modelo acusatório puro, não há “qualquer razão para se denegar ao defensor uma parificação de meios de descoberta da verdade”. Para se atingir tal caminho, o autor dita que é necessário que seja regulamentada a atividade privada de investigação probatória. Para tanto, sugere que aos defensores seja possibilitado “contratar investigadores privados obrigados a um código de conduta disciplinado legalmente ou optar-se por esses investigadores pertencentes a escritórios de advogados, conferindo-lhes por lei os mesmos direitos e deveres do funcionário de investigação”.²⁵² Por fim, a sugestão para que se atinja a paridade de armas é apresentada por uma obrigação de que sejam promovidas todas as diligências de prova requeridas pelo defensor do acusado, por meio de uma mudança do artigo 291.º, nº 1, do CPP, que dita que o juiz indefere os atos requeridos que entenda não interessantes à instrução.²⁵³

Já, sobre as medidas de coação, previstas no art. 191.º do Código de Processo Penal, percebe-se entre seus procedimentos o direito de audição e a necessidade de fundamentação para inoccorrência de audição.²⁵⁴ É sabido que o princípio do contraditório reverbera juridicamente a garantia de o arguido pronunciar-se e ter oportunidade de defesa, nos termos do art. 28.º, nº. 1, da CRP, e o fato de o arguido ser ouvido facilita a possibilita de refutação de elementos que levariam à medida de coação ou da própria medida.²⁵⁵

A fase de instrução, por não se tratar de pré-julgamento ou início de determinação de responsabilidade penal, mas a decisão de arquivamento ou acusação, não carrega a extensão plena do contraditório²⁵⁶, embora o tenha, nos termos do artigo 289.º, nº. 2, do Código de Processo Penal.²⁵⁷ Toma-se como exemplo o debate instrutório: ele possui contraditório, mas

²⁵² *Idem*, pp. 150-151.

²⁵³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 151-152.

²⁵⁴ BRANDÃO, Nuno – Medidas de Coação: O Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal. **Revista do CEJ**, nº 9, pp. 71-92 *apud* DIAS, Fernando Jorge – **Medidas de Coação no processo penal português: dos pressupostos à extinção**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019, p. 35.

²⁵⁵ *Idem*, *loco citato*.

²⁵⁶ CASTRO, Henrique Gustavo – **Fase da Instrução: Quo Vadis? – Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2015, p. 52.

²⁵⁷ “I. A instrução é formada pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda levar a cabo e, obrigatoriamente, por um debate instrutório, oral e contraditório, no qual podem participar o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado. II. A realização do interrogatório requerido pelo arguido constitui diligência obrigatória de instrução, embora, tendo direito a ser interrogado na instrução, o arguido não tenha direito a ser interrogado todas as vezes que o solicite; o juiz tem obrigatoriamente que ouvir o arguido, pelo menos uma vez, se ele o solicitar III. A referida nulidade ocorreu na fase de instrução pelo que, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 120.º, deveria ter sido arguida até ao encerramento do debate instrutório, o que não sucedeu” (PORTUGAL. Tribunal da Relação. **Processo n.º 204/14.9PCCBR.C1**. [Em linha]. Votação: Unanimidade.

há produção de prova apenas em caráter residual e mero juízo de indicição²⁵⁸, cabendo questões caras ao princípio, como produção e apreciação de prova. Completa Guedes Valente, indicando que “é no debate instrutório que o arguido tem o melhor flanco para lutar pelo seu direito”. Neste momento, ele poderá contraditar e se manifestar sobre os testemunhos, depoimentos, e sobre os eventuais outros meios de prova carreados ao processo.²⁵⁹ Relevante ponto que merece atenção é se a garantia de defesa do arguido poderá estar prejudicada quando este fizer requerimento perante o *Parquet* ou ao Juiz de Instrução de diligências probatórias, e estas lhe forem negadas. O mesmo Guedes Valente regista que, no instante que o MP e o Juiz de Instrução Criminal não atendem o requerimento da solicitação de provas do arguido, há redução de direitos e garantias processuais, mormente o direito de contraditar o plexo probatório já constituído, e, ainda, o próprio direito de defesa.²⁶⁰ Basta lembrar que o Ministério Público, pelo princípio da legalidade, deve buscar a verdade material, isto passa essencialmente pela obediência de defesa dos interesses da Lei. Já o Juiz de Instrução Criminal tem seu papel como o “garante constitucional e legal dos direitos do arguido”.²⁶¹

Outro ato processual importante, as medidas cautelares restritivas de liberdade tomadas por juiz das liberdades, ao ver de Maria de Fátima Mata-Mouros, devem vetorizar garantias reais na tutela jurisdicional por meio do contraditório prévio²⁶²; a autora percebe, em suas palavras, fragilidades do juiz da instrução que o colocam como juiz de ingerência que colabora com o MP²⁶³ nos atos subtraídos do órgão ministerial, como produção de atos irrepetíveis em contraditório.

A figura do juiz de investigação criminal, semelhante ao juiz de garantias tratado na seção sobre processo penal brasileiro, decide sobre direitos e garantias individuais do cidadão investigado. A fase processual propriamente dita não pode ter atuação do juiz de investigação

Coimbra, 8 jul. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7606e3a3b77b476080257e7e004f4eb0?OpenDocument>).

²⁵⁸ CASTRO, Henrique Gustavo – *opere citato*, p. 65.

²⁵⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *opere citato*, pp. 130-131.

²⁶⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 131.

²⁶¹ *Idem*, p. 131-132.

²⁶² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 448 *apud* CASTRO, Henrique Gustavo – **Fase da Instrução: Quo Vadis? – Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2015, p. 73.

²⁶³ *Idem*, p. 435 *apud idem, loco citato*.

criminal devido à sua parcialidade comprometida com a decisão sobre questões incidentais do inquérito, como estabelece a doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²⁶⁴

Já a fase de julgamento possui contraditoriedade, nos termos do artigo 327.º do CPP, poder-dever de investigar do tribunal, nos termos do artigo 340.º, número 1, e decisão baseada apenas em provas colocadas em contraditório, nos termos dos artigos 355.º, 348.º e 360.º.

Dessa forma, o entendimento de direito ao contraditório, cujo papel de organizador do processo a partir de possibilidades de intervenção e formas de decidir, carrega algumas características. Elucidam José Gomes Canotilho e Vital Moreira a essencialidade, primeiro, do dever e direito de oitiva das partes, tanto acusação quanto defesa. Em seguida, ressaltam o direito de audiência para garantia de efetiva participação de todos aqueles afetados pela decisão. Além disso, há de ser reconhecido direito de intervenção no processo, mediante arguição e possibilidade de as partes se pronunciarem dos testemunhos, depoimentos e elementos de prova em todo o curso processual. Finalmente, os pensadores designam como essencial também a proibição de o acusado ser enquadrado em crime diferente ao da acusação sem a devida possibilidade de argumentar seus fundamentos.²⁶⁵

Por fim, como aponta Guedes Valente, o objetivo do princípio do contraditório é o de alcançar uma “decisão judicial assente numa convicção justa que se baseie na verdade histórico-prática obtida, não na verdade ontológica ou absoluta, mas numa verdade judicial material, prática, processualmente válida”. Esta decisão deve respeitar as garantias e direitos de defesa.²⁶⁶

²⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury – **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 238 *apud* VIEIRA SANTOS, Tiago Gregório de. **A ampla defesa e o contraditório aplicados ao inquérito policial: um olhar comparativo luso-brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2016, p. 73.

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

²⁶⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Processo penal**. Tomo I, 3.ª ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020, p. 137.

4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL

No processo civil, a presença do contraditório não se faz menos importante. É essencial vislumbrar a existência e aplicação desse princípio na esfera processual civil como exercício fundamental do Estado Democrático de Direito.

Para Francesco Carnelutti, “é natural, portanto, que a parte ofereça ao juiz as provas e as razões que considere idôneas para determinar a solução por ela desejada. Daqui uma colaboração das partes como juiz, que tem, todavia, o defeito de ser parcial: cada uma delas atua com a finalidade de desvelar não toda a verdade, mas aquele tanto de verdade que lhe convém. Mas se a colaboração de uma parte é parcial ou, em outros termos, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, uma vez que esta tem interesse em desvelar a outra parte da verdade. Portanto, o que torna possível e útil tal colaboração é o contraditório. Assim vemos, no processo, uma parte combatendo contra a outra, chocando os pedernais, de modo que acabam por fazer saltar a chispa da verdade”.²⁶⁷

4.1 Aspectos Gerais

O princípio do contraditório voltou a ser revisitado após a Segunda Guerra Mundial, impulsionado pela concepção do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, foi afirmado que o juiz não apenas possui o dever de mediar a participação das partes, como também tem o compromisso de considerar os argumentos apresentados pelas partes do processo à hora de apresentar sua decisão.²⁶⁸ Nesse mesmo período, a doutrina italiana também reacendeu o contraditório sob a perspectiva de paridade de armas, frisando, especialmente, que as partes não possuem mero direito à participação argumentativa, mas sim o direito de que seus argumentos sejam levados em consideração durante a decisão do magistrado.²⁶⁹

Antes que se trate do *contraditório* no processo civil, é necessário distingui-lo do conceito de *ampla defesa*, visto que os dois termos tendem a se confundir, especialmente na senda do Direito processual civil. Existe a perspectiva de que o contraditório diga respeito à faceta mais formal e objetiva do processo, como forma de exercício da democracia. Já a ampla defesa é considerada como o exercício técnico e material de tal princípio.²⁷⁰ Ampla defesa é “o conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório por ambas as partes,

²⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco – **Como se faz um processo**. Leme: CL EDIJUR, 2018, p. 69.

²⁶⁸ ROQUE, André Vasconcelos – Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. **Revista de Processo**. Vol. 279 (maio 2018), pp. 19-40, p. 2-13.

²⁶⁹ *Idem*.

²⁷⁰ *Idem*, pp. 1-13.

permitindo-as, em igualdade, trazerem as suas armas ao processo, quais sejam, os seus argumentos, para que o juiz possa dialeticamente apreciá-los, senti-los e sintetizá-los nas decisões judiciais”.²⁷¹

Quanto ao contraditório, existem ainda duas conceituações importantes: o conceito clássico e o conceito moderno. O conceito clássico concebe o contraditório apenas na perspectiva formal, pragmática e positivista. Esse conceito desconsidera os impactos sociais e a importância desse princípio como o único princípio visto como absoluto por muitos doutrinadores.²⁷² Dada a relevância desse princípio, não se pode, no entanto, limitá-lo apenas à simples formalidade.²⁷³ É necessário conceber a importância e os impactos do contraditório na parte material, prática e até mesmo social do processo.

Francesco Carnelutti, nos anos 1940, entendia o contraditório na perspectiva de que “cada uma das partes tem interesse na justiça do resultado do processo somente nos limites em que este o favorece, se entende que uma garantia principal de dita justiça deve consistir na colaboração de ambas, a qual, dada a oposição de seus interesses, se desenvolve mediante o contraditório”.²⁷⁴

Colaboração das partes é a ideia fundamental para o conceito moderno de contraditório. Nesse conceito, além das partes do processo, o juiz ocupa parte fundamental para o exercício do contraditório. Nessa senda, Enrico Tullio Liebman afirma que “o juiz (...) não pode julgar sem que tenha ouvido todas as partes”.²⁷⁵ Tal colaboração só se faz possível mediante participação e diálogo efetivo entre todas as partes.

Para Humberto Theodoro Júnior, o contraditório “é a garantia de participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional, razão pela qual o juiz, além de não poder deixar de ouvi-las, não pode se abster de levar em conta questões que

²⁷¹ SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista – Algumas Notas Sobre o Contraditório no Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 36, n.º 194 (2011), pp. 69-97, p. 88.

²⁷² *Idem*, pp. 71-72.

²⁷³ “Este [o contraditório] foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação. (...) Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões (...). É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão-somente uma participação fictícia e aparente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle – Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Ano 34, n.º 168 (fev. 2009), pp. 107-142, p. 118.

²⁷⁴ SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista – *opere citato, loco citato*.

²⁷⁵ *Idem, loco citato*.

suscitem nem decidir sem se manifestar, na fundamentação do julgado, sobre as alegações adequadamente arguidas”.²⁷⁶

Ainda há o contraditório como a ideia de participação, com a possibilidade de tomar parte na decisão do Estado, viabilizando-se, assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito”.²⁷⁷ Acrescente-se ainda que o contraditório é “a forma pela qual se concretizam os princípios da república brasileira, que viabiliza ampla participação o exercício das funções estatais”.²⁷⁸

A chamada *vedação de decisão-surpresa* é o que impede que os participantes sejam surpreendidos com decisões do magistrado, sem informações prévias. Sobre esse tema, na verdade, para evitar qualquer espécie de emboscada aos litigantes, impõe-se aí ao juiz o dever de comunicar às partes as vertentes que ele reputa relevantes para a formação de sua convicção.²⁷⁹

Na perspectiva moderna do contraditório, é possível vislumbrar duas dimensões: a dimensão formal e a dimensão substancial. A dimensão formal se limita à participação no processo e na resolução do conflito e na possibilidade de ouvir e ser ouvido no processo. Esta característica é vista como a visão mínima do contraditório, que, por si só, se assemelha ao conceito clássico de tal princípio.²⁸⁰

Humberto Theodoro Júnior sintetiza bem a percepção substancial do contraditório, afirmando que na aceção moderna de um processo constitucional, com bases estruturadas em um Estado Democrático de Direito, o princípio do contraditório deve ser entendido mais que a “audiência bilateral das partes”. Na verdade, é a garantia da participação e da influência das partes na formação do provimento jurisdicional. Portanto, não pode o magistrado deixar de ouvir os demandantes, não pode desconsiderar as questões expostas pelas partes, nem pode decidir sem responder às indagações apresentadas, tudo na obrigatória fundamentação do julgado.²⁸¹

A dimensão substancial está ligada à capacidade de influência das partes no desenrolar do processo judicial, ligando os envolvidos diretamente à dialética e ao resultado do processo.

²⁷⁶ ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro – Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. 15 (jan./jun. 2015), pp. 377-415, p. 379.

²⁷⁷ *Idem*, pp. 380-381.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ *Idem*, p. 382.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1, 52.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36.

A participação das partes não é mais um simples ato procedimental, mas é a essência do procedimento, sem a qual não haveria motivação tão pouco ato processual concreto nos moldes atuais.²⁸²

Dessa forma, o contraditório assegura direitos às partes em duas esferas principais: o direito ao diálogo prévio sobre os fundamentos que serão adotados pelo juiz; e o direito de ser ouvido pela parte julgadora.²⁸³

No conceito moderno do contraditório, a atividade jurisdicional não é mais uma atividade exclusiva do juiz, mas sim um trabalho em conjunto entre as partes e o magistrado, um diálogo recíproco. Não se trata mais de uma dialética, mas sim de uma trialética, em que o magistrado não deve se limitar ao papel arbitral, mas sim assumir uma postura de compartícipe do processo.²⁸⁴ Embora não seja sujeito parcial (ou parte) do processo, o Estado-juiz participa do exercício do contraditório. No conceito moderno de contraditório, a noção de bilateralidade deve ser evitada.

José Frederico Marques aponta a força constitucional do princípio do contraditório. No campo do processo, com “armas legais”, o litigante tem o pleno direito de propugnar a defesa dos seus interesses, com o intuito de convencer o magistrado com provas e alegações, indicando que a melhor solução é aquela que lhe beneficia. Para tanto, na busca da vitória processual, ao litigante é permitido fazer provas, conhecer das alegações do seu adversário, além das provas que forem produzidas por ele. Ao juiz, não lhe é permitido decidir e impor restrições às partes, sem que estas sejam ouvidas de maneira devida. Além disso, cabe ao magistrado manter as partes no curso do procedimento, em situação de igualdade. Vulnerar esse princípio, no curso da relação processual, é vulnerar a própria Constituição, vez que o contraditório é princípio constitucional.²⁸⁵

²⁸² Neste sentido, a respeito do contraditório substancial, vale a lição doutrinária complementar: “A participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz. Qualquer decisão fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional. Daí entender que o modelo processual constitucional, ao consagrar o princípio do contraditório, impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas em seu provimento (...). Toda essa preocupação está voltada à preservação do contraditório real, ou seja, aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado” (ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro – Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. 15 (jan./jun. 2015), pp. 377-415, p. 383).

²⁸³ *Idem*, p. 386.

²⁸⁴ SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista – Algumas Notas Sobre o Contraditório no Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 36, n.º 194 (2011), pp. 69-97, p. 74.

²⁸⁵ MARQUES, José Frederico – **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 9.ª ed. Campinas: Millennium, 2003, pp. 492-493.

Seguindo essa linha, o *Code de Procédure Civile*, na França, confere, no artigo 3.º:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*²⁸⁶

No regramento acima, o juiz desempenha papel fundamental para a aplicação do princípio do contraditório. Ele deve, além disso, tornar pública a linha lógica que o permitiu chegar à decisão proferida.

4.2 O princípio do contraditório no modelo processual civil brasileiro

A legislação brasileira passou recentemente por uma reformulação no que diz respeito ao Código de Processo Civil. Isso, somado à Constituição, promulgada em 1988, demonstraram uma profunda mudança de comportamento e percepção a respeito do contraditório no exercício do processo relacionado ao Direito civil brasileiro.

É necessário que se compreenda que o exercício do contraditório no processo penal e no processo civil se dão de formas diferentes. No primeiro, o exercício de tal princípio não somente é obrigatório, mas também imprescindível para o processo penal, de forma que o processo não se desenvolveria se a parte acusada não se apresentasse e se defendesse. Já no processo civil, basta que as partes tenham a oportunidade de se apresentar e se manifestar durante o processo, não sendo necessária a apresentação concreta como critério de possível nulidade do processo. Sobre isso:

Diferentemente, no processo civil não se trabalha com a defesa concreta, mas com a oportunidade de manifestação. É fundamental que se permita ao réu a possibilidade de se defender (formalizada pela citação, consoante o disposto no art. 213 do CPC), entretanto, poderá o réu ser revel e sofrer uma sentença desfavorável decorrente de sua contumácia (arts. 319, 330, II, e 269, I, do CPC).²⁸⁷

O princípio do contraditório é parte fundamental do exercício do devido processo legal. O Código de Processo Civil de 1973 já vislumbrava a importância de tal princípio para a prática processual. Fazia-o de forma bastante técnica, acompanhando a percepção clássica a respeito do

²⁸⁶ Tradução livre: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, ter ele mesmo observado o princípio da contradição. Não pode reter, na sua decisão, os meios, explicações e documentos invocados ou produzidos pelas partes, a menos que estas os tenham podido discutir de forma contraditória. Não pode basear a sua decisão em fundamentos jurídicos que identificou *ex officio*, sem antes ter convidado as partes a apresentarem as suas observações”.

²⁸⁷ MONTANS DE SÁ, Renato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima – **Processo Civil I: Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

contraditório, especialmente pelo fato de o princípio tratado não constar especificamente na Constituição vigente à época de sua redação.

À medida que se aproximava do conceito clássico do contraditório, tal código vislumbrava a participação das partes do processo como forças bilaterais, quase antagônicas, extremamente limitadas no desenvolver do processo.²⁸⁸ Tratava-se de um exercício meramente formal, profundamente influenciado por pensamentos positivistas.

Embora o princípio do contraditório não aparecesse especificamente nesses termos no código de 1973, as ideias de ampla defesa, devido processo legal e paridade de armas estavam presentes no decorrer do texto do código. Era regulamentado o direito à ampla defesa previsto no artigo 153.º, §15, da Constituição de 1969, vigente na época. O artigo 372.º do CPC é exemplo de como a ampla defesa era exercida e aparecia no código em questão. Na mesma linha, eram outros dispositivos do CPC/73.

Tais pontos vão ao encontro do que defende Fredie Didier Jr. Segundo ele, o princípio do contraditório se apresenta de diversas formas em direitos distintos, como “direito de ser ouvido; direito de acompanhar os atos processuais; direito de produzir provas, participar de sua produção e manifestar-se sobre a prova produzida; direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; direito à motivação das decisões; direito de impugnar as decisões”, por exemplo.²⁸⁹

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio do contraditório foi efetivamente explicitado no ordenamento jurídico nacional. Tal princípio está previsto no artigo 5.º, inciso LV, que dita que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. É possível notar que a ideia existente no código de 1973, da ampla defesa, foi ampliada com a inserção na Carta Magna brasileira. Tal mudança gera uma alteração direta da forma como o processo se comportaria no sentido do contraditório. Sobre isso, Cândido Rangel Dinamarco afirma que,

De um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar a sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos

²⁸⁸ CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de – A garantia constitucional do contraditório no Novo Código de Processo Civil. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Vol. 9, n.º 1 (2016), pp. 52-72, p. 55.

²⁸⁹ SANTOS JR., Sândalo Vianna dos – **A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no Processo Civil do Estado Democrático de Direito**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados.²⁹⁰

Essas mudanças modificaram profundamente o processo civil, mesmo que a princípio não tenha havido mudanças no Código de Processo Civil de 1973, uma vez que as legislações ordinárias devem seguir obrigatoriamente o que é previsto na carta constitucional, especialmente porque os processos serão julgados conforme princípios e diretrizes presentes na Constituição Federal. Trata-se de uma adequação bastante oportuna dado o contexto de transição do regime militar para o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, os princípios constitucionais possuem caráter cogente, não sendo sua adoção facultativa ao legislador ordinário e ao magistrado, mas sim obrigatória.²⁹¹

É perceptível, nesse sentido, a transformação da aplicação do princípio do contraditório, uma transição que parte de uma estrutura mais clássica, meramente formal, para uma mais moderna, que valoriza a participação das partes como criadoras do processo de forma mais dinâmica.²⁹² Essa mudança tornou necessária a adequação do próprio processo civil de tal forma que em 2015 houve a criação do Novo Código de Processo Civil, esse sim criado nos moldes da Constituição Federal de 1988. A própria comissão de elaboração do código alega na Exposição de Motivos a necessidade de promover uma “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República”.²⁹³

Já no projeto de lei n.º 8.046/2010, que propunha a criação do referido Código de Processo Civil, no primeiro título, capítulo primeiro, “Dos princípios e garantias fundamentais do processo civil”, já ficaram explícitas as intenções de se alinhar o processo civil à Constituição Federal.

Existe uma preocupação em conjugar a legislação ordinária com a Constituição. Já nos artigos 7.º e 9.º, o novo Código de Processo Civil assegura o contraditório e a ampla defesa, alinhando-se, nesse quesito, à Constituição Federal.

²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel – **Instituições de Direito Processual Civil**. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53.

²⁹¹ OLIVEIRA, José Roberto Machado Neves de – **O princípio do contraditório como direito de influência e a sua aplicação no novo código de processo civil brasileiro**. [Em linha]. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8449/1/21105890.pdf>.

²⁹² NUNES, Dierle José Coelho – O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Vol. 1, n.º 1 (set./out. 1999), pp. 73-85, p. 84.

²⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados – **Projeto de Lei n.º 8.046/2010**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EF3365C361A96BC5362EB04E1B9FC4BE.proposicoesWebExterno2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

Além disso, no artigo 10.º, o código veda expressamente que o juiz tome decisões sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, deixando destacada a importância da garantia da influência e da não surpresa.

Neste sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho vislumbra duas situações em que o Código de Processo Civil confere importância fundamental ao princípio do contraditório. São elas: a inversão do ônus da prova que impossibilita surpreender a parte atingida; e a dependência da comunicação à parte contrária para o exercício do contraditório em relação a momentos de provimentos de urgência.²⁹⁴

De acordo com Leonardo Greco, para que o contraditório seja efetivo durante o processo, é necessário que alguns pressupostos sejam cumpridos. Ele elenca cinco: 1) audiência bilateral: a parte contrária deve ser adequadamente informada de uma ação em face a si, e todos os atos processuais devem ser devidamente comunicados, bem como a ampla possibilidade de impugná-los e contrariá-los, além de que nenhuma questão seja decidida sem a audiência das partes; 2) o direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas do *ex adverso* ou determinadas *ex officio* pelo magistrado e ter atitude ativa e útil em requerer e adotar diligências que interessem a linha de defesa programada; 3) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso, para a sua defesa; 4) o contraditório eficaz é o prévio, anterior a qualquer decisão, por isso ele é a regra, enquanto o contraditório diferido deve ser tratado como exceção; a concessão da decisão é aceitável, porém deve ser fundamentada na “convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação”; 5) o contraditório participativo pressupõe que todos os interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida.²⁹⁵

No processual civil brasileiro, em vigor desde 2015, tais características fazem-se presentes, especialmente promovendo um exercício substancial do contraditório. Foi essa a principal transformação do contraditório existente no Código de Processo Civil de 1973 para o

²⁹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PL 166/2010. **Revista Eletrônica de [Em linha]. Direito Processual – REDP**. Vol. 6 (jul./dez. 2010), pp. 49-92, pp. 49, 77. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW: <https://www.e-ublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7984/5770>.

²⁹⁵ GRECO, Leonardo – Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**. Ano 7, n.º 14 (abr. 2002), pp. 9-68 *apud* SANTOS JR., Sândalo Vianna dos – **A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no Processo Civil do Estado Democrático de Direito**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

código atual. O contraditório saiu do caráter meramente formal e passou a apresentar formato substancial. Isso fica mais evidente ainda no artigo 357.º do atual CPC, ao passo que determina aspectos importantes relacionados à etapa preparatória da fase de conhecimento.²⁹⁶

Nessa margem, na teoria, são apontados três modelos que vislumbram o exercício do contraditório no processo civil brasileiro: modelo cooperativo, modelo colaborativo e modelo participativo. O modelo cooperativo²⁹⁷, vislumbrado por Fredie Didier Jr., pauta-se no princípio da cooperação como pilar fundamental para o processo civil no Brasil. Tal modelo permite a revalorização das partes como sujeitos do processo.

Há, no entanto, opiniões controversas sobre tal modelo de processo. Por um lado, há a perspectiva de que ele é o que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito. Por outro lado, há a noção de que o dito “dever de cooperação” presente no artigo 6.º do Novo Código dá margem a formas distintas de autoritarismo judicial.²⁹⁸

Já o modelo colaborativo “visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das

²⁹⁶ Art. 357. “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. (BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: DOU, 17 mar. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm).

²⁹⁷ “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida” (DIDIER JR., Fredie – Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. [Em linha]. **Revista de Processo**. Vol. 36, n.º 198 (2011), pp. 207-217, p. 211. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>).

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira – A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. [Em linha]. **Consultor Jurídico**, 23 dez. 2014. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>.

partes (*prozessualen Zusammenarbeit*)”.²⁹⁹ A ideia desse modelo é invocar uma divisão de trabalho propícia entre o juiz e as partes. Sobre isso:

A colaboração do processo, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio.³⁰⁰

Tal modelo apresenta-se em algum nível muito formalista e pouco flexível no que diz respeito às possibilidades de relação entre as partes e o juiz. O modelo parece distante de uma realidade processual (no âmbito do processo civil) em que as resoluções de conflito por via arbitral têm ganhado espaço.

Há, também, um terceiro modelo, o modelo de comparticipação, que vislumbra uma participação plena, com espaço para problematização e formação dos provimentos.³⁰¹ Diante disso, Dierle Nunes preconiza que se percebe no processo uma “estrutura normativa de implementação de uma comparticipação cidadã que garantiria uma tomada de consciência e de busca de direitos em um espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de ordem isonômica, ou seja, com contraditório em sentido forte”. Diante desta perspectiva, o ganho processual é sensível, com uma transformação em espaço dialogal, com plena discussão dos temas abordados, de maneira preventiva ou sucessiva, com o asseguramento de técnicas de fomento ao debate que não desnaturem o fator tempo-espacial do desenvolvimento da marcha processual. Neste universo, a estruturação processual será atendida sob o plano de uma perspectiva democrática de Estado, pautando sua legitimação que esteja de acordo com a soberania do povo e com os direitos humanos.³⁰²

É visível que, no terceiro modelo, há uma supervalorização do exercício do contraditório em seu formato substancial. Trata-se de um modelo alinhado com os ideais do Estado Democrático de Direito.

4.3 O princípio do contraditório no modelo processual civil português

Portugal promoveu sua última grande alteração no Código de Processo Civil antes do Brasil, em 2013. Além desse, já houve o CPC de 1876; o CPC de 1939 (DL n.º 26.637, de 28

²⁹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula – O novo código de processo civil brasileiro: modelo de direito processual democrático. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). – **Novo CPC e o processo do trabalho**. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2016. pp. 13-19.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo curso de processo civil. Teoria do processo civil**. Vol. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁰¹ NUNES, Dierle José Coelho – Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Edição Especial (2008), pp. 13-29, p. 25.

³⁰² *Idem*, pp. 25-26.

de maio), chamado “código do Professor José Alberto dos Reis”; o CPC de 1961; e o CPC de 1995, substituído pelo de 2013.³⁰³

Desde o CPC de 1961, há uma tendência de movimentação do legislador em promover mudanças no Código de Processo Civil, o chamado “movimento perpétuo legislativo”, como uma tentativa de corrigir lacunas, especialmente no que diz respeito à garantia da isonomia e à celeridade do processo. Foram efetuadas mudanças em 1977, 1979, 1985, 1995, 1996, 2000, 2003, 2007 e 2008.³⁰⁴ A quantidade de mudanças certamente provocava certa insegurança e instabilidade ao sistema processual. Mudanças substanciais ocorreram a partir de 1995.

Uma das principais inovações do Código de Processo Civil de 1995 foi o reforço do princípio do contraditório por meio da vedação das “decisões-surpresa”.³⁰⁵

Além disso, no próprio Decreto-Lei n.º 329-A/95, o princípio do contraditório se fez presente.³⁰⁶

O Código de 1995, que só entrou em vigor em 1997, continuou passando por mudanças constantes. Em 2003, passou por uma intensa alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 38/2003. Mesmo com as mudanças, o código manteve-se alinhado aos princípios do contraditório e da cooperação.

O judiciário português está bastante alinhado com os princípios do Código de Processo Civil, especialmente no que diz respeito ao contraditório como poder de influência e de não surpresa.

O código vindouro, o de 2013, manteve esta linhagem. A expectativa era de que esse novo código pudesse dar fim ao excesso de mudanças promovidas pelo legislador e maior

³⁰³ PIMENTA, Paulo – Tópicos para a reforma do processo civil português. [Em linha]. **Julgar**. N.º 17 (2012), pp. 109-134, p. 110. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-T%C3%B3picos-para-a-reforma-do-Processo-Civil-portugu.pdf>.

³⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – Portugal aprova seu novo Código de Processo Civil. [Em linha]. **Consultor Jurídico**, 13 set. 2013. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2013-set-18/direito-comparado-cpc-portugues-nao-bona-fonte-inspiracao>.

³⁰⁵ “Art. 3º

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de, agindo com a diligência devida, sobre elas se pronunciarem” (PORTUGAL. Ministério da Justiça – **Decreto-Lei n.º 329-A/95**. [Em linha]. Lisboa: Diário da República, n.º 285, 1995, 1º Suplemento, Série I-A, 12 dez. 1995. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/pesquisa/-/search/226051/details/maximized>”.

³⁰⁶ “Afirmam-se como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação e procuram deles extrair-se consequências concretas, ao nível da regulamentação dos diferentes regimes adjectivos. Assim, prescreve-se, como dimensão do princípio do contraditório, que ele envolve a proibição da prolação de decisões-surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, e aplicando-se tal regra não apenas na 1.ª instância, mas também na regulamentação de diferentes aspectos atinentes à tramitação e julgamento dos recursos” (*idem*).

celeridade ao processo. O Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, que propunha a reforma do código processual civil, já enfatizava esse interesse.³⁰⁷

O CPC de 2013 manteve o artigo 3.º/3 do código anterior. Além disso, assegurou o contraditório em todo o artigo 366.º, sobre o contraditório do requerido.

Além desse artigo, o novo Código de Processo Civil carrega o contraditório nos artigos 372.º (Contraditório subsequente ao decretamento da providência), 415.º (Princípio da audiência contraditória), 421.º (Valor extraprocessual das provas), 597.º (Termos posteriores aos articulados nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação). É visível que a adaptação do Código como busca pela segurança processual, contrária à insegurança gerada pelo excesso de intervenções do legislador, não deixou de fora a importância do princípio do contraditório.

³⁰⁷ “O Governo irá rever o Código de Processo Civil e preparará uma proposta até ao final de 2011, identificando as áreas-chave para aperfeiçoamento, nomeadamente (i) consolidando legislação para todos os processos de execução presentes a tribunal; (ii) conferindo aos juízes poderes para despachar processos de forma mais célere; (iii) reduzindo a carga administrativa dos juízes e; (iv) impondo o cumprimento de prazos legais para os processos judiciais e em particular, para os procedimentos de injunção e para processos executivos e de insolvência” (UNIÃO EUROPEIA. Regulamento do Conselho – Memorando da troika anotado. [Em linha]. **Público.** 17 maio 2011. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:https://acervo.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado](http://www.acervo.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado)).

5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Para uma leitura harmoniosa a respeito do princípio do contraditório, tanto na legislação brasileira quanto na legislação portuguesa, interessante que se faça uma leitura de diversos dispositivos de maneira aglutinada, percebendo-se a relação entre eles.

Vale dizer, uma leitura desde Convenções Internacionais, Constituições, até o texto contido nos Códigos adjetivos de Brasil e Portugal.

5.1 Alguns exemplos do posicionamento do princípio do contraditório nos códigos de processo civil e processo penal do Brasil e de Portugal

Como já demonstrado, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza por meio do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.³⁰⁸ Esta visão clássica de Humberto Theodoro Júnior exprime a ideia do princípio do contraditório.

O contraditório, princípio com força constitucional, é responsável por proporcionar posições igualitárias durante a marcha processual. Por este princípio, é garantido o direito de resposta da parte *ex adversa*. Em busca da realização de tal princípio, a parte tem a possibilidade de responder às alegações perpetradas contra si. O contraditório não se trata de apenas um diálogo, tem como ideal que o órgão julgador consiga prover a decisão adequada à demanda.

A garantia do contraditório compreende, para o autor, a possibilidade de poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir. Para tanto é preciso dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer em juízo os seus direitos.³⁰⁹

Dito que as partes do processo devam ser tratadas de forma igualitária, sem favoritismo, naturalmente elas terão oportunidades iguais de se manifestar durante a marcha processual. Na moldura processual atual, não seria lógica a condenação de alguém pautada exclusivamente nos argumentos e nas provas demonstradas pela outra, ante uma mordaza institucionalizada que pudesse silenciar a defesa. Portanto, como dito, é de percepção lógica a obediência ao contraditório na busca do resultado adequado do processo.

³⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, 27.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 28.

³⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade – **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

Porém, por certo, mesmo demonstrada a sua logicidade, necessária a plena vigilância e acompanhamento, para que não seja afastado o princípio do contraditório. Portanto, o papel do julgador é de suma importância na observância do respeito efetivo ao princípio.

Atualmente, o contraditório pode ser entendido de maneira mais ampla, como a outorga de prerrogativas para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo de maneira paritária, influenciando de forma ativa e efetiva a formação dos pronunciamentos jurisdicionais, afinal o processo deve ser estruturado em torno da possibilidade de efetiva participação das partes e na ideia de simétrica paridade entre estas, razão pela qual se aplica o entendimento de que o contraditório é sinônimo de participação processual. Contraditório pode ser entendido como o direito de as partes influenciarem o exercício do poder do Estado.³¹⁰

Para Nelson Nery Júnior, o princípio do contraditório deriva do princípio do devido processo legal. Portanto, desnecessária seria a disposição constitucional a respeito do contraditório, pois bastaria a previsão do devido processo legal, que todos os princípios derivados dele se afirmariam. Expõe que a Constituição da República do Brasil, em seu artigo 5.º, inciso LIV, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal é entendido como o gênero, e as espécies seriam os demais princípios processuais constitucionais. “Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do devido processo legal o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo de prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular”.³¹¹

Sendo derivado do *due process of law*, o princípio do contraditório está umbilicalmente ligado à ampla defesa. Uma vez que as partes no processo conheçam o conteúdo das alegações expostas, a ampla defesa serve de garantia para que elas tenham condições necessárias para se manifestar, ser ouvidas, produzir provas que lhes interessem e refutar as que entendam indevidas. A congruência do contraditório e da ampla defesa tem por objetivo a busca por um julgamento adequado à situação exposta, através de um equilibrado diálogo entre todos os envolvidos ao longo do processo. Diante da simbiose entre contraditório, ampla defesa e devido processo legal, verifica-se em cartas internacionais as suas demonstrações, como a Declaração

³¹⁰ MELO JÚNIOR, José Eustáquio de; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro – A prova civil no Brasil e em Portugal à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da isonomia. [Em linha]. **Revista Esmat**. Ano 11, n.º 17 (jan./jun. 2019), pp. 13-38, pp. 24-25. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://doi.org/10.34060/reesmat.v11i18.281>.

³¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson – **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ª ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21), pp. 32-33.

Universal dos Direitos Humanos³¹², a Convenção Americana de Direitos Humanos³¹³ (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³¹⁴

De matriz constitucional, o princípio do contraditório encontra-se registado tanto na Constituição do Brasil quanto na Constituição de Portugal.

A Constituição cidadã brasileira de 1988, em seu artigo 5.º, inciso LV, estabelece que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O texto constitucional brasileiro fez com que o princípio alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na Constituição anterior havia previsão expressa da

³¹² Artigo 111. “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ONU – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). [Em linha]. Paris: ONU, 10 dez. 1948. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>).

³¹³ Artigo 8. “Garantias judiciais
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos). [Em linha]. San José, Costa Rica: CIDH, 22 nov. 1969. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

³¹⁴ Artigo 6.º
“(Direito a um processo equitativo)
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7 e 13**. [Em linha]. Estrasburgo, jun. 2010. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_convencao_europeia_dh.pdf).

garantia do contraditório somente para o processo penal, nada obstante houvesse a correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e ao administrativo.³¹⁵

Com o *status* constitucional, a garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo –, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. Como as testemunhas e peritos não têm pretensão a ser discutida no processo, sendo apenas auxiliares da justiça, não lhes assiste o direito ao contraditório. Nada obstante o contraditório ser garantia constitucional estampada no art. 5.º, o que à primeira vista poderia parecer restringir-se ao cidadão ou à pessoa física ou jurídica, na defesa não somente de igualdade processual, mas também dos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual etc.³¹⁶

Como visto, na Europa há a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.³¹⁷ O estatuto foi assinado em 1950 e é um tratado internacional destinado a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais na Europa. A Convenção criou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, destinado a proteger os cidadãos contra violações dos direitos humanos. Qualquer pessoa cujos direitos tenham sido violados por um Estado parte nos termos da Convenção pode levar o caso ao Tribunal. Tal Convenção foi recepcionada por Portugal por meio da Lei n.º 65/78, de 13/10. O artigo 6.º da Convenção trata do direito de qualquer pessoa em ter um processo equitativo, sendo, neste sentido, necessária obediência ao princípio do contraditório.

No plano constitucional, decorrendo o contraditório do *due process of law*, percebe-se a previsão do princípio no artigo 5.º, inciso LIV³¹⁸, da Constituição brasileira e no artigo 20.º/4

³¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson – **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ª ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21), p. 134.

³¹⁶ *Idem*, p. 136.

³¹⁷ “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) autoproclama-se como uma garantia colectiva de certos direitos, liberdades e garantias quer no plano negativo quer no plano positivo, quer no sector da produção de prova quer no sector da valoração da prova obtida. Desde logo, o preâmbulo da CEDH designa as liberdades fundamentais como ‘as verdadeiras bases da justiça e da paz’, cuja preservação ancora na verdadeira democracia e no respeito mútuo dos direitos do homem, e que os Governos dos Estados Europeus, herdeiros de uma tradição, conquistada com suor e sangue, ‘de respeito pela liberdade e pelo primado do direito’” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade**. 2.ª ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2008, p. 156.

³¹⁸ Art. 5.º “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:

da Constituição portuguesa.³¹⁹ Gomes Canotilho explica que a observância ao processo devido em direito é obrigatória antes que alguém possa ser privado da vida, da liberdade e da sua propriedade. Vai além, firme na ideia de que o processo devido, mormente quanto à criação de regras restritivas das liberdades dos cidadãos, deve ser observado ainda na criação dessas normas jurídicas. “O *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um processo devido, obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na Constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a atividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos”.³²⁰

Ainda na moldura constitucional do contraditório, na Constituição de Portugal há o artigo 32.º (Garantias de processo criminal), e, em especial no item 5, fica expresso que o “processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

Gomes Canotilho trata o princípio do contraditório como princípio materialmente informador do processo penal.³²¹

Quanto ao princípio previsto no artigo 32.º/5 da Constituição portuguesa, Germano Marques da Silva apresenta a ideia do debate entre a acusação e a defesa, tanto na audiência de julgamento como em relação aos atos instrutórios que a lei determinar. Estampa que o princípio do contraditório pode ser observado como o “direito que tem a acusação e a defesa de oferecer provas às suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os atos, ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas”.³²²

A imposição constitucional do n.º 5 do artigo 32.º da CRP é no sentido de que a audiência de julgamento está subordinada ao princípio do contraditório. Por tal princípio,

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Em linha]. Brasília, 5 de outubro de 1988. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

³¹⁹ Artigo 20.º

“Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. [Em linha]. Lisboa, 2 abr. 1976. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>).

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed., 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 493.

³²¹ *Idem*, p. 274.

³²² SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 89.

entende-se que a audiência é estruturada no sentido de “um debate ou discussão entre a acusação e a defesa”. Neste ato, cada um dos envolvidos é instado a aduzir as suas razões de fato e de direito, com o oferecimento das provas que entendam aproveitáveis, e, ao mesmo tempo, a controlar as provas apresentadas contra si, e, ainda, discorrer sobre os resultados delas.³²³

É dada especial ênfase à importância do princípio, uma vez que, estando a obrigação das provas em serem apreciadas em audiência, em contraditório, há exclusão da possibilidade de decisão judicial baseada em elementos probatórios que não tenham passado pelo crivo do contraditório, ou seja, elementos de prova apresentados e discutidos. Tal imposição se percebe nos artigos 327.º (Contraditoriedade); 355.º (Proibição de valoração de provas); 348.º (Inquirição das testemunhas) e 360.º (Alegações orais), todos do CPP.³²⁴

Ademais, lembra Germano Marques da Silva que o n.º 5 do artigo 32.º da CRP também explicita que os atos instrutórios que a lei determinar devam ser subordinados ao princípio do contraditório. Esses atos são, na essência, o debate instrutório, previsto no artigo 297.º e seguintes do CPP, e as declarações para memórias futuras, tanto na fase de inquérito (artigo 271.º – Declarações para memória futura) quanto na fase instrutória (artigo 294.º – Declarações para memória futura).³²⁵

Marques da Silva leciona que a fase da instrução prevista no Código de Processo Penal não é plenamente contraditória, apenas o debate instrutório previsto no artigo 298.º (Finalidade do debate) e a produção de prova que ocorra durante o debate, n.º 2 do artigo 301.º do Código de Processo Penal (Disciplina, direção e organização do debate), é que são contraditórios. “Não é contraditória a produção de prova que tenha lugar na instrução, mas fora do debate, como decorre dos arts. 290º e 291º”. O artigo 290.º trata dos atos do juiz de instrução e atos delegáveis, já o artigo 291.º fala sobre a ordem dos atos e repetição destes. Observa-se, ademais, um limitado contraditório para a prova, uma vez que, na fase da instrução, o arguido, o assistente e o Ministério Público podem requerer a produção de novas provas, entretanto o juiz não precisa admitir a produção dessas novas provas requeridas.³²⁶

Observa que no CPP há um “propósito de desvalorizar a fase eventual da instrução para valorizar a fase de julgamento”. Portanto, a fase de instrução passa a funcionar como uma análise, pelo juiz, da legalidade da decisão do *Parquet* de acusar ou de arquivar o inquérito, e

³²³ *Idem*, p. 90.

³²⁴ *Idem*, loco citato.

³²⁵ *Idem*, loco citato.

³²⁶ SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017, p. 90.

da acusação do Assistente. Esta função do magistrado é deveras importante, pois o sentido é impedir a submissão a julgamento do arguido, sem que não lhe seja oportunizada qualquer defesa de forma prévia. O juiz não exerce sua função só na audiência de julgamento; o exercício de julgar já se destaca logo na pronúncia, uma vez que aceita ou recusa a acusação que lhe é apresentada.³²⁷

No ensejo das lições de Germano Marques da Silva, mister pontuar a perceção do princípio do contraditório por Maria João Antunes, que informa também a respeito de dispositivos onde é notado o contraditório, como os artigos 327.º; 321.º, n.º 3; 323.º, alínea g); 341.º; 348.º, n.º 4; e 360.º, números 1 e 2 do CPP. Destaca que o princípio do contraditório cabe no debate instrutório, onde há, perante o juiz, de maneira oral e contraditória, debate se há indícios de fato e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento (artigo 298.º do CPP e artigos 289.º, n.º 1; 301.º, n.º 2; e 302.º do CPP). Quanto aos atos de instrução, o disposto no n.º 2 do artigo 89.º do CPP, em que o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem acompanhar os “atos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade”. No geral, pelo princípio do contraditório, ao arguido são reconhecidos, “em qualquer fase do processo, os direitos processuais de estar presente aos atos processuais que diretamente lhe disserem respeito, de ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete e de intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afiguram necessárias (artigo 61.º, n.º 1, alíneas a), b) e g), do CPP e, ainda, por exemplo, artigo 194.º, n.º 4, do mesmo Código)”. Quanto ao assistente, possibilita-lhe “intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afiguram necessárias (artigo 69.º, n.º 2, alínea a), do CPP)”.³²⁸

Ainda no trato do princípio do contraditório diante da legislação processual penal portuguesa, digno de nota é o necessário alerta sobre a sujeição da atividade policial ao crivo do contraditório. Guedes Valente explica o comportamento a ser seguido pelas forças policiais, vez que a prova produzida deve perseguir a verdade, e não a pura e simples intenção de condenar o investigado. Deve-se induzir as polícias a perseguir a sua atuação com vistas ao primado da liberdade, e levar para o processo todos os elementos *probandi* conquistados, independentemente de quem for se beneficiar ou prejudicar.

³²⁷ *Idem*, pp. 90-91.

³²⁸ ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 79-80.

(...) atividade da Polícia não só está sujeita ao princípio do contraditório no sentido de que os seus actos podem e devem ser discrediteados no processo crime quer pela acusação quer pela defesa, porque a verdade material não é só a de quem investiga como todo acto material ou diligência está sujeito a ser contraditado quer pelo fiscalizador interno ou externo quer pelas autoridades judiciais quando suscitadas. A verdade só pode ser plena quando se descobre a verdade material, prática, judicial e processualmente valida o agente do crime e não um agente do crime, a causa real do crime e não a causa real de uma das partes. A verdade procurada e que é ou deve ser contraditada em sede de julgamento onera a polícia/OPC a actuar com isenção e objectividade de modo a evitar que um cidadão seja submetido a um processo (contra-ordenação e/ou crime) sem fundamento de facto e de direito, nem lhe ser qualificada a conduta quando existem circunstâncias de privilegiamento ou, até mesmo, justificantes ou exculpantes.³²⁹

Em relação ao contraditório no processo penal, percebe-se que a relevância deste princípio assenta no pressuposto de que o fato e a pena que implicam a razão de ser e o culminar do processo não se encontram aprioristicamente definidos, antes decorrem de um processo – que é, também ele, comunicação – de diálogo entre os vários intervenientes processuais. Assim, o princípio do contraditório, não devendo ser confundido nem subsumido ao direito de defesa e ao princípio da verdade material, contribui, todavia, para a sua plena realização, possibilitando assim que o processo penal possa e continue a afirmar-se como o caminho para a justa decisão do caso concreto.³³⁰

Quanto ao princípio, vale destacar que “no processo penal brasileiro o contraditório deve ser efetivo, real, exigindo-se defesa técnica do réu, ainda que revel (CPP 261). A falta de defesa técnica pode anular o processo (STF 523). Considerando o réu indefeso, o juiz nomear-lhe-á defensor (CPP 497 V). O mesmo pode dizer-se do processo administrativo para apuração do ato infracional (crime ou contravenção praticados por criança ou adolescente – ECA 103), onde o contraditório deve ser real (ECA 111 I, III e V). No processo civil, ao revés, é suficiente que seja dada oportunidade – efetiva, porém – aos litigantes para fazerem ouvir”.³³¹

No processo penal brasileiro não é suficiente garantir ao réu o direito à dialética formal processual.³³² Como o que está em jogo é efetivamente o direito à liberdade do indivíduo,

³²⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Teoria geral do direito policial**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 313.

³³⁰ GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107, p. 107. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>.

³³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade – **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

³³² “O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre o juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo” (LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97).

mesmo que o acusado não tenha interesse em oferecer resistência (defesa) aos argumentos traçados contra ele, impõe-se de qualquer forma que este seja assistido adequadamente por um defensor.

Tal premissa de uma efetiva defesa material pode ser encontrada estampada nos artigos 261.º e 497.º, V, do CPP brasileiro. Neste sentido, sobre o artigo 261.º do CPP importa frisar que no sistema processual brasileiro não é possível que qualquer pessoa seja processada sem a defesa técnica. Ainda que não tenha interesse ou condições financeiras de constituir defensor de sua confiança, o Estado assumiu para si a indeclinável obrigação de fornecer advogado a todos aqueles cidadãos que venham a ser processados pela prática de crime ou contravenção. Outrossim, o dispositivo em comento, ao utilizar o termo *defensor* indistintamente, faz com que se adiante em terminologia para elucidar a apresentação de cada profissional jurídico que fale em nome do acusado no processo penal. O defensor, advogado de formação, pode ser defensor constituído ou defensor dativo. Na primeira hipótese, é o profissional livremente escolhido pelo acusado, que normalmente assume a condição financeira de honrar com o pagamento de seus honorários. Na segunda, em que o acusado não constitui defensor, a nomeação pode se dar tanto por força de convênio entre os quadros da Ordem dos Advogados do Brasil com o Estado como a defesa ser exercida por integrante dos quadros de defensoria pública. Aqui cabe apenas esclarecimento sobre o defensor *ad hoc*, que é o profissional nomeado para a prática de determinado e específico ato jurídico, para suprir a falta seja do advogado constituído, seja nomeado ausente injustificadamente ao ato (CPP, art. 265.º, §2.º).³³³ É o defensor constituído para única e exclusivamente determinado ato processual.³³⁴

Ainda a respeito da necessária defesa técnica efetiva no processo, cabe destacar o enunciado n.º 523 da súmula do Supremo Tribunal Federal.³³⁵ A falta de defesa do réu no processo constitui nulidade absoluta.

³³³ Art. 265. “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. § 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato” (BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [Em linha]. Rio de Janeiro: DOU, 13 out. 1941[Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

³³⁴ VIEIRA, Renato Stanzola – Art. 251-281. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 577-628, pp. 602-603.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Súmula n.º 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. [Em linha]. Brasília: DJ, 13 out. 2003. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>.

Outro caso de obediência à defesa material está registrado no artigo 497.º, V, do CPP, que atribui ao juiz presidente do tribunal do júri o dever de atribuir novo defensor, caso considere o acusado indefeso.³³⁶

No Brasil, na fase do inquérito policial afirma-se, de forma corriqueira, que não vigora o contraditório. Porém, ressalva cabe à tal afirmação. O acusado, na fase da investigação, pode exercer a sua autodefesa positiva, dando a versão dos fatos que entende como devidos, ou mesmo a sua autodefesa negativa, permanecendo em silêncio durante sua oitiva. Ademais, pode participar da instrução da investigação, apresentando documentos, postular por diligências. Vê-se que o contraditório pleno realmente não se configura, mesmo porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Diante deste quadro, o direito à informação, uma importante faceta do contraditório, adquire relevância, na medida em que será por meio dele exercida a defesa. No caso, esse direito à informação, ou seja, acesso do advogado aos autos do inquérito *versus* o sigilo da investigação, o STF editou o Enunciado n.º 14 da sua Súmula Vinculante, que prevê: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Portanto, como se vê, devem ser franqueadas ao defensor do investigado vistas dos autos, contudo atos de investigação não realizados ou em andamento, como a escuta telefônica em andamento ou um mandado de prisão ou busca e apreensão ainda não cumpridos, por exemplo, podem ser preservados.³³⁷

³³⁶ “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO EM Plenário. DEFENSOR DATIVO. SUSTENTAÇÃO ORAL DE NOVE MINUTOS. RÉU INDEFESO. NULIDADE ABSOLUTA. RECONHECIMENTO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. I - A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, a plenitude de defesa. A preocupação do constituinte foi corroborada pelo CPP, mediante a previsão de regra que determina a dissolução do Conselho de Sentença na hipótese do Juiz Presidente verificar que o acusado está indefeso. II - No caso concreto, além do advogado dativo ter utilizado somente nove minutos para a sustentação oral, não fez menção à tese da legítima defesa invocada pelo réu em seu interrogatório e que foi, de certa forma, encampada por testemunha presencial dos fatos durante o juízo de acusação. Limitou-se o causídico a pugnar pelo afastamento das qualificadoras. III - Além disso, dispensou a oitiva de referida testemunha faltante em plenário, prejudicando inequivocamente a defesa do réu. IV - Portanto, referidas circunstâncias indicam a ausência de defesa técnica, suficientes para justificar a aplicação da primeira parte da Súmula n.º 523/STF e, por conseguinte, a anulação do julgamento. Recurso ordinário provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 51.118/SP**. Relator: Ministro Félix Fischer. Julgamento: 11 jun. 2015. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe, 4 set. 2015).

³³⁷ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 175-177.

Já no âmbito do processo civil brasileiro, além de decorrer da norma constitucional prevista no artigo 5.º, LV, da CR, disciplinam sua expressão, como exemplos, os artigos 7.^{o338}, 9.^{o339} e 10.^{o340} do CPC. Em um primeiro momento, o contraditório era visto exclusivamente como abertura do processo para as partes, desconsiderando a participação ativa do juiz. Depois se transformou em um direito das partes, com deveres voltados ao magistrado. Hoje vê-se o contraditório pautado na ampla defesa e na cooperação. O princípio do contraditório, formalmente é o direito de participar do processo, de ser ouvido. Substancialmente, esta participação deve ser efetiva, na busca pelo convencimento do juiz, tentando influenciá-lo. Ao seu turno, o juiz tem o dever correspondente de levar em conta a manifestação na sua decisão.³⁴¹

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão-surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório.³⁴² Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório.³⁴³ Tanto o artigo 9.º quanto o artigo 10.º do CPC prezam pelo controle da citada decisão-surpresa.

Vale observar que, em algumas situações, o Código contempla uma mitigação do contraditório (art. 9.º). Como exemplo, as tutelas provisórias – com base na urgência e na evidência (arts. 300.º e 311.º, respectivamente) –, por exemplo, poderão ser concedidas antes da manifestação do réu (*inaudita altera parte*). Neste caso, ponderando a urgência ou a evidência do direito da parte, o legislador achou por bem diferir o contraditório. Concedida a medida pleiteada, a citação ou intimação se impõe, possibilitando o amplo contraditório, inclusive com a interposição de recurso.³⁴⁴

³³⁸ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL. Presidência da República – **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: DOU, 17 mar. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

³³⁹ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

(*idem*).

³⁴⁰ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (*idem*).

³⁴¹ DONIZETTI, Elpídio – **Curso didático de direito processual civil**. 20.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 43-44.

³⁴² DIDIER Jr. Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 22.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111.

³⁴³ *Idem*, p. 115.

³⁴⁴ DONIZETTI, Elpídio – **Curso didático de direito processual civil**. 20.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 44.

Assim, percebe-se que o contraditório, no processo civil brasileiro contempla sua faceta ordinária, como regra, que se realize previamente à manifestação do juiz sobre o tema. Porém, excepcionalmente, observa-se o contraditório diferido, que se opera após uma decisão ocorrida no processo.

O contraditório diferido não significa que o órgão julgador não precisará motivar sua decisão. Ao contrário, a regra no Brasil, de força constitucional³⁴⁵, é que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Nos passos do artigo 9.º, o artigo 10.º do CPC busca, também, que se evite seja proferida decisão-surpresa, ou seja, uma decisão sem que fosse previamente oportunizado às partes que se manifestassem com a possibilidade de influenciar a futura decisão. Apenas com o contraditório satisfeito o juiz poderá julgar a demanda, mesmo que a matéria em trato possa ser decidida de ofício.³⁴⁶

Continuando, o contraditório no sistema processual civil brasileiro atual insta-se no sentido de participação e cooperação efetivas e aptas a contribuir com o proferimento das decisões e satisfação do direito tal qual reconhecido.

Atualmente no Brasil, incorporou-se na seara processual civil a premissa de contraditório com a participação efetiva dos litigantes no processo, de maneira cooperativa.³⁴⁷ Inclusive, o papel do juiz nesse cenário passou a ter ainda maior relevo, pois o seu dever³⁴⁸,

³⁴⁵ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)” (BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Em linha]. Brasília, 5 de outubro de 1988. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

³⁴⁶ Neste ponto, certa a ponderação de Fredie Didier Jr.: “E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido” (DIDIER Jr. Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 22.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 114).

³⁴⁷ “A doutrina brasileira, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em um “princípio da cooperação”, que nada mais é do que uma específica faceta – quiçá uma atualização – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre juiz e as partes, preocupados, todos com o proferimento de melhor decisão para a lide. Nesse sentido, o princípio da cooperação inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta” (BUENO, Cassio Scarpinella – **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55).

³⁴⁸ “De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que o vincula também o juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei

além de dirigir os trabalhos processuais, é deixar claro antecipadamente os meios de prova necessários à formação do seu livre convencimento.³⁴⁹

Muito embora o conflito de interesses que possa existir no âmbito da relação jurídica processual contribua para que cada litigante tente fazer valer em juízo seus argumentos como sendo o melhor fundamento possível, isso não significa dizer que o processo jurisdicional moderno corresponda a uma disputa meramente individual e egoísta, sem qualquer preocupação com o resultado da prestação da atividade jurisdicional. Sendo o fim último da jurisdição a realização da justiça, o instrumento legal oferecido a todo aquele que necessite dessa atividade estatal deve estar consolidado na cooperação entre os sujeitos da relação jurídica processual, no sentido de que a boa-fé deverá nortear todas as suas atuações. Assim, o perfil cooperativo esculpido no CPC significa que, apesar de as partes introduzirem na relação jurídica processual interesses próprios e muitas vezes particularizados, a sua atuação no processo deve ser guiada pela boa-fé e pela efetiva cooperação a fim de que a decisão seja équa e justa.³⁵⁰

Veja-se que, no Brasil, o perfil do processo civil é pautado na cooperação, por expressão literal do artigo 6.º do CPC, em que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Esse modelo cooperativo é explicado por Fredie Didier Jr., o qual afirma que é um “redimensionamento do princípio do contraditório”. Quando há inclusão do órgão jurisdicional entre os sujeitos do processo dialogal, saindo da posição de mero espectador do embate entre as partes envolvidas na demanda, o contraditório atrai tal dimensão de diálogo. O princípio do contraditório passa a ter uma valorização, vez que se apresenta como “instrumento indispensável ao aprimoramento da

deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz” (*idem* – **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1, 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109).

³⁴⁹ Sobre a ideia de o livre convencimento do magistrado estar em contraposição ao dever de motivar a decisão, digno de nota a lição de Rodrigo Mazzei, que explica esta falsa dualidade: “Há dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus fundamentos, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou dos(s) pedido(s). No entanto, fundamentos não se confundem com argumentos, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário” (MAZZEI, Rodrigo – O Dever de Motivar e o “Livre Convencimento” (Conflito ou Falso Embate?); Breve Análise do Tema a Partir de Decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os Olhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Vol. 8 (2015), pp. 211-224, pp. 218-219).

³⁵⁰ SOUZA, Artur César de – O princípio da cooperação no Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 38, n.º 225 (nov. 2013), pp. 65-80, p. 78.

decisão judicial”, deixando de lado uma condição estritamente formalista que deve ser observada, para validar a decisão tomada.³⁵¹

Didier Jr. ainda explica que não foi sem sentido a imposição, pelo artigo 10.º do Código de Processo Civil, de proibição da decisão-surpresa. Ao órgão julgador foi imposto o “dever de consulta”. Outrossim, o modelo cooperativo caracteriza-se pela premissa da lealdade processual. Não foi um passo aleatório que o artigo 6.º do Código de Processo Civil sucedesse o artigo 5.º do mesmo estatuto, em que o artigo 5.º trata do princípio da boa-fé processual e o 6.º do modelo cooperativo. “É a articulação dos princípios da boa-fé processual, contraditório (incluindo a regra que proíbe a decisão-surpresa, art. 10.º, CPC), respeito ao autorregramento da vontade e primazia da decisão de mérito que produz o modelo cooperativo encampado pelo nosso CPC e justifica reconhecer a existência de um verdadeiro princípio da cooperação”.³⁵²

Como se percebe, o contraditório está inserido no modelo atual do processo civil brasileiro, qual seja, o cooperativo.

No Direito processual cível português, o contraditório também está inserido no contexto de um processo cooperativo. A similitude entre Brasil e Portugal é efetiva neste ponto, até mesmo por o Código de Processo Civil português (2013) ter entrado em vigor um pouco antes do brasileiro (2015). Ele foi uma das fontes de inspiração para o diploma do Brasil.

Quanto à importância do princípio da cooperação na estrutura processual civil portuguesa, José Lebre de Freitas³⁵³ expõe o seguinte: “a progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado uma trave mestra do processo civil moderno, tem levado a falar numa comunidade trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual. Esta nova conceção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal numa luta arbitrada pelo juiz, revela a importância do princípio da cooperação. Embora se tenha revelado, na prática, difícil o período de adaptação a ela³⁵⁴, a legislação portuguesa deu passos importantes no sentido da sua imposição”.

³⁵¹ DIDIER JR., Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 22.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 160-166.

³⁵² *Idem*, loco citato.

³⁵³ FREITAS, José Lebre de – **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013, pp. 190-191.

³⁵⁴ Dentro deste cenário, a dificuldade na adaptação ao modelo cooperativo, interessante que Portugal tenha inserindo norma que possibilitou a intervenção oficiosa do juiz na Lei n.º 41/2013, de 26 de junho – CPC português – (Artigo 3.º - Intervenção oficiosa do juiz – No decurso do primeiro ano subsequente à entrada em vigor da presente lei: a) O juiz corrige ou convida a parte a corrigir o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das normas transitórias previstas na presente lei; b) Quando da leitura dos articulados, requerimentos ou demais peças processuais resulte que a parte age em erro sobre o conteúdo do regime processual aplicável, podendo vir a praticar ato não admissível ou omitir ato que seja devido, deve o juiz, quando aquela prática ou omissão ainda sejam evitáveis, promover a superação do equívoco. Além disso, nítido

Outrossim, vale apontar que o dever de cooperar encontra-se presente no CPC português, mormente nos artigos 7.º e 417.º. Dentro da lógica do processo civil pautado na cooperação, está presente, também, o princípio do contraditório. Mais uma vez, José Lebre de Freitas traz importante lição a respeito do princípio do contraditório entendido atualmente:

Por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que: a) formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade e se pronunciar antes de qualquer decisão; b) oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar. Assim se garantia o desenvolvimento do processo em discussão dialética, com as vantagens decorrentes da fiscalização recíproca das afirmações e provas feitas pelas partes. A esta conceção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches Gehör* germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência no sentido positivo de direito de incidir ativamente do desenvolvimento e no êxito do processo.³⁵⁵

O princípio do contraditório está expresso no artigo 3.º do CPC português. Implícita a tal artigo está consagrada a proibição da chamada decisão-surpresa. No entanto, foi criada exceção a esta regra, quando, no caso de manifesta desnecessidade, o órgão julgador possa decidir questões de direito ou de fato, que possam ser conhecidas de ofício (art. 3.º/3). Obviamente tal exceção pode criar toda uma gama de entendimentos para que haja o

dever de auxílio vigora na ordem processual civil portuguesa, e a respeito dele, Fredie Didier Jr. apresentou ponderação da ocorrência em Portugal, o que é diferente no Brasil: “No Direito Português, a doutrina identifica a existência de um dever de o juiz auxiliar as partes: o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ónus ou deveres processuais. Cabe ao órgão julgador providenciar, sempre que possível, a remoção do obstáculo. Para cumprir este dever, poderia o órgão julgador, por exemplo, sugerir a alteração do pedido, para torná-lo mais conforme o entendimento jurisprudencial para casos como aquele. Esse dever é um dos aspectos do princípio da cooperação, também previsto no CPC português. A relação entre os deveres de cooperação e a promoção da igualdade processual é muito difundida na doutrina. O art. 7º do CPC consagra o princípio da igualdade processual. Na parte final, o dispositivo determina ao juiz “zelar pelo efetivo contraditório”. Certamente, surgirá a discussão sobre se a parte final do art. 7º do CPC permite que se afirme a existência de um dever geral de auxílio no direito brasileiro. Não nos parece possível defender a existência deste dever no direito processual brasileiro. A tarefa de auxiliar as partes é do seu representante judicial: advogado ou defensor público. Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal. O dever de zelar pelo efetivo contraditório tem designação mais precisa e, por isso, abrangência mais restrita; cumpre-se o dever com adequações do processo feitas pelo juiz em situações excepcionais” (DIDIER Jr. Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 22.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 167).

³⁵⁵ FREITAS, José Lebre de – **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013, pp. 124-125.

descumprimento de tão importante premissa, de que as partes não sejam surpreendidas por decisões-surpresa.³⁵⁶

Como se pode observar, foi feita uma abordagem a respeito do entendimento e posição do princípio do contraditório em uma diversa gama de estatutos legislativos. Desde Convenções supranacionais, nas Constituições de Brasil e Portugal, bem como de seus códigos processuais, criminal e civil. Foram demonstradas as peculiaridades e similitudes do princípio em si nas diversas normas.

A observância ao princípio do contraditório, tanto no processo penal português quanto no processo penal brasileiro, tem sua imposição obrigatória advinda de comando constitucional. Não obstante isso, nos estatutos processuais de ambos os países há previsão direta quanto à necessidade de respeito ao contraditório. A forma dialética preconizada no processo deve ser obedecida, e, mais, o efetivo contraditório material concretizado. A defesa ao acusado deve ser real e aproveitável.

Quanto ao processo civil, tanto no Brasil quanto em Portugal pode se verificar que o que vige atualmente é o modelo processual cooperativo, por expressão literal em ambos os códigos. Dentro deste cenário, o princípio do contraditório toma uma perspectiva mais abrangente, não se limitando à ação e reação das partes, com apenas uma interveniência singela do órgão julgador. O discurso dialético, tese + antítese = síntese, é sensivelmente expandido. Ao contrário, hoje o que se espera é uma cooperação entre os participantes do processo, uma verdadeira comunidade de trabalho em prol de uma solução adequada à demanda enfrentada. Neste sentido, tanto no Brasil quanto em Portugal os diplomas legais freiam a chamada decisão-surpresa. Por fim, vê-se que, analisando a expressão do contraditório na legislação processual civil brasileira e portuguesa, inúmeras similitudes são alcançadas, visto que em ambos os países o regime processual dá-se com base no modelo de cooperação.

³⁵⁶ Quanto à exceção para que sejam proferidas decisões em descompasso da regra geral da decisão-surpresa, Lebre de Freitas dita o seguinte comentário: “No entanto, apesar dessa sua expressa consagração em 1995-1996, o princípio do contraditório é, nesta sua variante, frequentemente ofendido na prática judicial, verificando-se que muitos são os juízes que tendem a transformar a exceção em regra, invocando sem razão a desnecessidade manifesta de ouvir as partes. Nem o CPC francês, nem a ZPO alemã (que apenas exclui a *Nebenforderung*, pretensão lateral), nem o projeto de novo CPC brasileiro, contêm essa exceção e avisado teria sido o nosso legislador se a tivesse suprimido, tidas em conta a experiência havida e a proposta da comissão que elaborou o projeto que serviu de base ao novo código” (*idem*, p. 134).

5.2 É possível a aplicação da visão atual do princípio do contraditório contido no processo civil brasileiro no processo penal?

O princípio do contraditório, de matriz constitucional, permeia as legislações processuais cível e penal do Brasil. Diante da análise desenvolvida, pergunta que implica uma resposta analítica é se é possível a aplicação do princípio do contraditório contido no CPC brasileiro ao processo penal. Adiantada a resposta, a mesma é sim. De imediato, prudente que se demonstre a possibilidade de incidência das regras processuais civis na esfera processual penal. Portanto, interessante mostrar o caminho, a porta legislativa que dá acesso ao intercâmbio entre as normas.

A leitura do artigo 5.º, LV, da CR, combinado com o artigo 15.º do CPC³⁵⁷ e o artigo 3.º do CPP³⁵⁸, servirá de mapa para que se cruze as fronteiras entre os mundos do processo civil e do processo penal.

Rodrigo Mazzei, de maneira bastante didática, consegue apresentar o caminho a ser percorrido. Discorre que a leitura açodada do artigo 15.º do Código de Processo Civil de 2015 pode causar a indevida impressão de que o novel código não poderia ser projetado em direção ao processo penal. Tal leitura se daria no caso de uma análise literal do rol encontrado no artigo 15.º/CPC, vez que nele está ditado que a legislação processual civil se aplica nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. Porém, tal premissa não é verdadeira. O artigo 15.º do CPC comporta tão somente um rol de disposições exemplificativas, vez que, durante sua construção, ele foi pensado para ser “o eixo central no processo nacional”. Na realidade, a

³⁵⁷ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: DOU, 17 mar. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Quanto ao artigo 15 do CPC, merece destaque o comentário de Cassio Scarpinella Bueno, sobre a possibilidade de o CPC servir como estatuto supletivo e subsidiário no processo penal: “O dispositivo quer acentuar o caráter supletivo e subsidiário do Código de Processo Civil aos demais processos jurisdicionais e administrativos. O Projeto do Senado nada falava sobre a aplicação do CPC ao processo trabalhista, o que, certamente, conduziria a interessante debate sobre a ab-rogação, ou não, do art. 769 da CLT. Como se verifica, a redação final do art. 15 refere-se expressamente aos “processos trabalhistas”, reafirmando, pois, aquela regra específica. O art. 15, contudo, nada fala sobre a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC aos “processos penais”. A questão, pertinentíssima, é saber se, não obstante este silêncio, a aplicação continua a ser autorizada pelo art. 3º do CPP. A melhor resposta parece ser a positiva, o que se justifica até mesmo pela amplitude do texto da referida regra processual penal. De resto, nos casos em que o Código de Processo Penal faz expressa remissão ao Código de Processo Civil (art. 139 [depósito e administração de bens arrestados]; art. 362 [citação por hora certa] e art. 790 [homologação de sentença estrangeira]), é irrecusável o prevalecimento da disciplina trazida pelo novo CPC” (BUENO, Cassio Scarpinella – **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52).

³⁵⁸ “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [Em linha]. Rio de Janeiro: DOU, 13 out. 1941[Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

percepção adequada é de que o novo Código de Processo Civil tem seu funcionamento como uma fonte, de onde emana um processo comum, porém com o compromisso de manter um diálogo com todos os diplomas orbitais. Este diálogo se operará, caso ocorra “omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção”.³⁵⁹

Mazzei continua sua explicação sobre o caminho de transporte de regras, valendo-se do exemplo da aplicação em relação aos embargos de declaração. Descreve que a omissão de referência direta no artigo 15.º do CPC quanto ao processo penal é ainda mais fácil de ser superada, uma vez que os ditames que permeiam os embargos de declaração dão-se por imposição do artigo 3.º do Código de Processo Penal, que estabelece que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica. Então, Mazzei conclui: “é impensável não concordar com a ideia de um sistema único acerca dos embargos de declaração, cujo farol é a Constituição Federal de 1988 e o eixo de mensagens é o CPC/15, admitindo-se, tão somente, regramentos diferenciados quando houver alguma justificativa (com amparo constitucional) para tanto, sob pena da quebra da unicidade sadia desejada para o saneamento das decisões”.³⁶⁰

O autor demonstra o caminho para a ligação do processo civil com o processo penal, utilizando-se do exemplo do recurso de embargos de declaração. No entanto, diante do princípio do contraditório, o raciocínio de transporte entre as legislações é idêntico.

Também neste sentido, Hermes Zanetti Jr. apresenta seu entendimento, explicando que o Código de Processo Civil é tido como a lei processual infraconstitucional mais relevante dentro do Estado Democrático Constitucional Brasileiro. O Código de 2015 não é uma “alteração cosmética”; com ela foram introduzidas grandes alterações em relação à norma anterior. Em razão da falta de normas processuais específicas que regulem os demais processos, como eleitoral, trabalhista, administrativo e penal, a aplicação supletiva do CPC é atraída. Quanto ao processo penal, este caminho supletivo dá-se pela conjunção do artigo 15.º do Código de Processo Civil combinado com o artigo 3.º do Código de Processo Penal. Diante da ideia de um sistema processual geral, vê-se o CPC como seu núcleo, e os demais ordenamentos processuais gravitando ao seu redor. Porém, a aplicação do Código de Processo Civil aos outros processos é condicionada por um “duplo filtro de adaptação: a) as normas do CPC não podem

³⁵⁹ MAZZEI, Rodrigo – Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.) – **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 525-553, p. 529.

³⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo – Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.) – **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 525-553, pp. 529-530.

estar em conflito com os princípios e a lógica própria do direito processual que será completado; b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC”. Dessa maneira, a manutenção da ideia de polissistema (os sistemas paralelos), bem como a conformação constitucional (constitucionalização), são imperativos para a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos demais campos processuais.³⁶¹

De posse da bússola que afirma o caminho de travessia da legislação processual cível para a legislação processual penal, importante verificar o comportamento da leitura quanto ao princípio.

O CPP brasileiro é uma lei antiga, Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ele reflete, obviamente, um caráter temporal de quando entrou em vigor, no início dos anos 40. O momento histórico brasileiro, como mundial, notoriamente sabe-se que era bastante complicado, era vivida a segunda grande guerra. O Brasil vivia um período ditatorial, o Estado Novo de Getúlio Vargas.³⁶² Obviamente este contexto histórico refletiu-se no código erigido à época.

Mesmo que ao longo dos anos inúmeras mudanças tenham sido feitas no CPP brasileiro, o eixo central referente ao contraditório não recebeu tão sensíveis alterações. A ideia do princípio do contraditório no Código de Processo Penal tem como base a estrutura clássica do contraditório, em um desenvolvimento lógico de ação e reação. A parte acusada deve ser citada para o processo, as partes devem ser intimadas dos atos processuais, haverá oportunidade de as partes se manifestarem a respeito das manifestações umas das outras, possibilidade de se interpor recurso contra as decisões judiciais proferidas; todos estes casos são exemplos do contexto clássico da incidência do contraditório no processo penal.

Já no CPC brasileiro, estatuto recente, de 2015, o contraditório está inserido em um modelo processual mais moderno, pautado na cooperação. O artigo 6.º do CPC é expresso neste sentido, ao afirmar que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁶¹ ZANETI JR., Hermes – Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coord.) – **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 453-468, p. 460.

³⁶² O Estado Novo foi a terceira e última fase da Era Vargas. Durou de 1937 a 1945 e sucedeu, portanto, as fases do Governo Provisório (1930 a 1934) e do Governo Constitucional (1934 a 1937). A característica principal do Estado Novo era o fato de ter sido propriamente um regime ditatorial inspirado no modelo nazifascista europeu, então em voga à época (FERNANDES, Cláudio – O que foi o Estado Novo? [Em linha]. **Brasil Escola**. São Paulo, 2020. [Consult. 20 out. 2020]. Disponível em WWW:<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-foi-estado-novo.htm>).

O conteúdo processual da cooperação trazido pelo CPC de 2015 demonstra os anseios gerais de uma sociedade ativa, e está mais alinhado com as expectativas brasileiras para o século atual. A lógica processual dialética deve ser expandida para o contexto de que, na cooperação, a participação das partes se pauta em um processo com mais equilíbrio, com a possibilidade de elas efetivamente exercerem influência sobre a decisão judicial por vir. Além disso, deseja-se um afastamento do protagonismo do órgão julgador, quando efetivamente se busca uma atuação participativa e fiscalizatória de todos os envolvidos no processo.

Não há como esconder que a expressão *cooperação*, como uma espécie de coesão entre as partes, em ajuda mútua, até pela perspectiva beligerante de um processo, cause efetivamente incômodo.³⁶³ No entanto, a ideia de cooperação adere-se à premissa da boa-fé e da lealdade processual entre todos os envolvidos. No âmbito da relação entre as partes do processo, importante que a postura cooperativa deva vir também do próprio Ministério Público. Vale lembrar que a busca do *Parquet* na esfera processual penal dá-se pela apuração da reprimenda da conduta criminosa, não exatamente por alguém aleatoriamente escolhido para se investigar.³⁶⁴ Lembra-se ainda que o Ministério Público funciona como verdadeiro fiscal da lei. Em tais contextos, observa-se de pronto um obrigatório traço de necessária cooperação entre os envolvidos no processo.

Sustentando-se a premissa da cooperação processual, no campo do contraditório, vale destacar o artigo 7.º, o *caput* do artigo 9.º e o artigo 10.º, todos do CPC. O artigo 7.º indica que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais,

³⁶³ Em tom crítico à ideia de cooperação das partes no processo: “Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da ‘natureza humana’. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litúgio. Nem é preciso dizer que o legislador pecou ao tentar desnudar a cooperação aventurando-se em setor cuja atuação merece ficar a cargo exclusivo da doutrina. E o fez mal porque referido texto legislativo está desacoplado da realidade, espelha visão idealista e irrefletida daquilo que se dá na arena processual, onde as partes ali se encontram sobretudo para lograr êxito em suas pretensões. Isso é, digamos assim, natural, pois não? Disputar coisas é uma coisa normal. Não fosse assim não haveria ‘direito’. Direito é interdição. É opção entre civilização e barbárie. Desculpem-nos nossa franqueza” (STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira – A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. Brasília-DF, 23 dez. 2014. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>).

³⁶⁴ Em decisão monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 758, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, destacou que o Ministério Público é uma instituição que deve proteger a ordem jurídica e os direitos fundamentais, e não um órgão exclusivamente voltado para a acusação e obtenção da condenação do réu. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 758/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 9 dez. 2020. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Publicação: 10 dez. 2020).

competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. O *caput* do artigo 9.º disciplina que não se proferira decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Reforçando tal imposição, o artigo 10.º reza que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Como se percebe, pelos dispositivos tratados, consagrado está o efetivo contraditório, como uma garantia de influência no resultado da demanda, além de vedada expressamente a decisão-surpresa. Verdadeiramente vê-se o contraditório substancial.

Franklyn Roger Alves Silva, neste cenário, destaca a necessidade de uma interlocução com eficácia entre as partes do processo e o magistrado, o que expõe o princípio da cooperação. Cabe “ao magistrado descer do pedestal de sua função jurisdicional para igualar-se ao plano das partes”. Esta postura do juiz de igualar-se no plano processual deve fortalecer a consideração sobre os argumentos apresentados pelas partes, além de possibilitar a provocação para que elas se manifestem sobre pontos desconsiderados, evitando, assim, que seja proferida decisão-surpresa.³⁶⁵

A conformação do processo penal em um processo penal democrático passa pela adoção de um modelo cooperativo, com o efetivo diálogo entre os envolvidos no processo, além de uma divisão clara e leal das funções dos atores processuais, mas com que as partes tenham uma posição determinante na marcha processual, até a decisão derradeira. O *Parquet* e o órgão julgador têm a obrigação de funcionar de forma cooperativa em toda relação processual. Porém, em relação ao acusado, sua situação de “destinatário da persecução criminal”, aliada às garantias processuais que possui, em especial a de não autoincriminação, assegura que sua postura no desenrolar processual não seja de plena cooperação. O acusado não precisa contribuir na produção das provas e, mais, em quaisquer esclarecimentos que possam atrapalhar a sua tese defensiva, uma vez que tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8.º, 2, “g” e a Constituição da República Brasileira, em seu artigo 5.º, LXIII, estipulam o direito ao silêncio e à não autoincriminação. Porém, esta condição de certa proteção destinada ao acusado é uma faculdade processual. Caso ele entenda em cooperar amplamente no processo, “seja pela confissão, pelo fornecimento de informações, pela disposição à submissão aos meios

³⁶⁵ SILVA, Franklyn Roger Alves – A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 67-82, p. 75.

probatórios”, ou seja, por quaisquer atos que contribuam para os esclarecimentos da imputação, ele poderá fazê-lo.³⁶⁶

Como visto, há possibilidade, sim, de que o contraditório previsto no CPC brasileiro seja espraiado para o processo penal. Inclusive, o canal de diálogo entre as legislações foi suficientemente ancorado. Vale agora exemplificar efetivamente a obediência do contraditório previsto no âmbito do processo civil ao processo penal, com especial atenção para a impossibilidade da decisão-surpresa.

Neste mister, como exemplo, será abordado o instituto da *emendatio libelli*.

A *emendatio libelli* se configura na possibilidade que o juiz tem, de ofício, quando verifica que a tipificação não corresponde aos fatos narrados na exordial acusatória, de apontar a correta definição jurídica. A previsão legal está disposta no artigo 383.º do CPP.³⁶⁷ A ideia central é o poder que os magistrados têm de dar aos fatos narrados na acusação nova tipificação, adequando a uma nova definição jurídica por eles percebida.

Porém, equivocadamente, diante de um raciocínio simplista, “infelizmente, o senso comum teórico segue afirmando que o réu se defende dos fatos, de modo que a *emendatio libelli* seria uma mera correção na tipificação, que o juiz poderia fazer nos termos do art. 383.º sem qualquer outra preocupação”.³⁶⁸

Diante tal afirmação, quando da adequação dos fatos ao novo tipo penal, simplesmente é descartado pelo julgador o devido respeito ao contraditório em seu espectro constitucional. Porém, agora, com a concretização de que seja afastada a incidência da decisão-surpresa, robustecendo o princípio do contraditório pelo artigo 10.º do CPC, espera-se uma guinada no entendimento hoje preponderante.

Nereu José Giacomolli segue esta linha. O entendimento comum sobre a aplicação do artigo 383.º do CPP é de que o acusado se defende dos fatos narrados na exordial de acusação, e não da qualificação jurídica apontada, podendo, inclusive, o magistrado dar outra definição típica, mesmo que agrave a situação do acusado, contanto que esteja no quadro delimitado na narrativa fática elaborada pela acusação. Tal situação fere o contraditório. A agressão ao

³⁶⁶ *Idem*, pp. 75-76.

³⁶⁷ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos” (BRASIL. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [Em linha]. Rio de Janeiro: DOU, 13 out. 1941. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em [WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)).

³⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 891.

princípio está no seu aspeto formal e no seu aspeto substancial, “diante da surpresa com a nova definição jurídica, a qual não foi objeto do debate processual e nem sequer aventada por qualquer das partes”. O Código de Processo Civil, em seu artigo 10.º, obstaculiza que o juiz decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado oportunidade às partes para se manifestar. As partes têm direito de se manifestar sobre as questões de fato, questões de direito e questões mistas “como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo”. A decisão judicial é limitada pela imputação fática e jurídica, “a deficiência técnica da acusação não pode ser suprida pelo órgão encarregado de julgar”. “Inexistindo adequação dos fatos à imputação jurídica, a solução é a prolação do veredicto absolutório”. Giacomolli ainda aponta que pelo menos dois casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos valem como referência a respeito da condenação por delito diverso do constante na imputação, onde houve alteração da qualificação jurídica: Caso *Miroux vs. França*, de 2006 e o Caso *Pélissier e Sassi vs. França*, de 1999.³⁶⁹

Neste sentido, sobre a necessária leitura da exigência da decisão não surpresa, mesmo que no processo penal, Gustavo Badaró segue no mesmo trilha. Aponta que o *caput* do artigo 383.º do CPP tem tido uma interpretação equivocada, como se dissesse algo que não está previsto. O artigo apenas dá permissão ao magistrado para que, na sentença, atribua ao fato contido na denúncia ou queixa uma definição jurídica diversa. Não há qualquer previsão de que poderá fazê-lo “direta ou imediatamente”, ou “sem observância do contraditório”, ou mesmo “ainda que surpreenda as partes!” Lembra que, se no passado ocorria uma lacuna no plano interpretativo em relação ao conteúdo do contraditório, hoje não há mais esse problema, uma vez que o artigo 383.º, *caput*, do CPP precisa ter sua leitura atrelada ao artigo 10.º do CPC. Diante deste fato, pinça-se duas regras: “1) na sentença, o juiz poderá dar ao fato narrado na denúncia ou queixa, uma definição jurídica diversa; 2) Se as partes não tiveram oportunidade de debater sobre a nova definição jurídica – que pode ser alterada, *ex officio* –, o juiz deverá lhes dar oportunidade de se manifestar sobre o novo fundamento”. Isto se deve em razão de que a permissão que o magistrado carrega para alterar a qualificação jurídica do ato não quer dizer que ele possa fazê-lo sem que sejam comunicados os integrantes do processo. O juiz não pode fazer a alteração da qualificação jurídica diretamente. Os princípios *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius* apenas asseguram que o juiz pode alterar a capitulação dos fatos constantes da denúncia”. Entretanto, o princípio do contraditório, obriga o juiz a comunicar de

³⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 183.

forma antecipada às partes a respeito da decisão que pretende adotar, mesmo que esta decisão esteja situada no campo daquelas que ele possa proclamar de ofício. Intimamente ligado a este preceito, tem-se que o princípio do contraditório está ligado ao óbice da decisão-surpresa. O contraditório é aplicado também as matérias de direito constantes no processo, não exclusivamente às matérias fáticas, pautadas em provas. Pode o juiz dar definição jurídica diversa aos fatos constantes da denúncia ou da queixa, mesmo sem qualquer aditamento da peça, contanto que os fatos descritos se mantenham os mesmos ao longo do processo. Entretanto, antes de confeccionar a sentença, com base no respeito ao princípio do contraditório, é importante que o magistrado inste as partes a se manifestarem a respeito da possibilidade de que haja alteração da “classificação jurídica dos fatos”, conforme conteúdo do artigo 10 do CPC. Esta atitude do juiz evita que as partes sejam surpreendidas, suprimindo-se, assim, a decisão-surpresa. Evitando-se a decisão-surpresa, as partes poderão travar discussão a respeito da intenção do órgão julgador. “Essa nova sistemática deverá sepultar, de uma vez por todas, antigo posicionamento jurisprudencial, repetido como um mantra, no sentido de que o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da sua qualificação jurídica”.³⁷⁰

Mesmo que esta posição seja equivocada, antes do CPC de 2015 ela podia ser entendida como absorção de uma leitura reducionista quanto ao cerne do princípio do contraditório, em principal, quanto à aplicação em relação às questões de direito. Porém, hoje a manutenção de tal entendimento afronta diretamente o artigo 10.º do Código de Processo Civil, que dá estrutura mais robusta ao princípio do contraditório. Mesmo que o acusado exerça sua defesa em face do conteúdo fático da denúncia, não há como olvidar que o tipo penal descrito na exordial acusatória “exerce influência decisiva na condução da defesa”. A alteração do tipo, por óbvio, causará prejuízo e surpresa à defesa. “Pensando no contraditório, mas principalmente na defesa, não se pode esquecer que a capitulação legal do delito exerce influência decisiva na defesa, sendo um indicador seguro do rumo a seguir. Embora o réu se defenda dos fatos constantes da denúncia e não de sua definição legal, a qualificação jurídica do delito indubitavelmente direciona a defesa de forma decisiva”.³⁷¹

Na conclusão, Gustavo Badaró ainda traz necessária reflexão de que, mesmo que o réu se defenda dos fatos descritos na denúncia, não há dúvida de que a qualificação jurídica do

³⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique – Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 357-378, pp. 369-370.

³⁷¹ *Idem*, pp. 370-371.

delito tem papel cogente no direcionamento da defesa do réu. Esta é uma verdade palpável em qualquer defesa.

Diante disso, vale destacar o papel do Ministério Público. Não se trata de órgão impossibilitado de realizar seu mister, com quadros de pouco tecnicismo. Ao contrário, a instituição é forte pelas competentes mentes que possui. Neste sentido, com a relevante ponderação de Geraldo Prado na obra de Aury Lopes Jr., cabe a seguinte advertência:

No que tange ao reducionista argumento de que se trata de ‘mera correção da tipificação’, adverte Geraldo Prado que supor que o Ministério Público não saiba qualificar juridicamente os fatos apurados na investigação preliminar é estar em rota de colisão com a realidade. Ora, não se está lidando com um mero burocrata, tecnólogo de ensino médio. Todo o oposto. Ou então teremos de afirmar que ali estão profissionais incompetentes para a função, o que, obviamente, não é o caso.³⁷²

A realidade são “eventuais pontos de vista (desde uma perspectiva fática e/ou jurídica) diferentes são inevitáveis, mas, para isso, deverá o juiz alterar a qualificação jurídica, ouvidos o acusador e o réu”.³⁷³

Portanto, como visto, é possível a aplicação da visão atual do princípio do contraditório contido no processo civil brasileiro no processo penal. O eixo de ligação entre os códigos são os artigos 15.º do CPC e 3.º do CPP. Na dialética atual do contraditório, pautado em um modelo cooperativo de processo, com a afirmação da impossibilidade de as partes serem surpreendidas pela decisão-surpresa, foi trabalhado como exemplo o instituto da *emendatio libelli*. Dessa maneira, conseguiu-se demonstrar que é plenamente aceitável, desejável e possível a aplicação do contraditório previsto no Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal, com o intuito de que as partes não sejam surpreendidas, em confronto direto ao princípio de matriz constitucional.^{374 375}

³⁷² LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 897.

³⁷³ *Idem*, p. 898.

³⁷⁴ Neste mesmo sentido, Diogo Malan expõe que, “Na perspectiva convencional, o direito do acusado à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada inclui o direito à informação sobre eventual requalificação jurídica dos fatos imputados, a fim de conceder-lhe o tempo e os meios necessários para eventual reorientação da sua defesa. Essa conclusão foi robustecida pelo artigo 10 do NCPC, que proíbe o julgamento da causa com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Essa vedação de decisões-surpresa abarca questões de direito cognoscíveis de ofício, inclusive a reclassificação jurídico-penal dos fatos naturalísticos imputados” (MALAN, Diogo – Art 381-393. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 791-808, pp. 797-798).

³⁷⁵ Em conclusão, seguem as palavras de Aury Lopes Jr.: “Mas, pensamos, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas *iura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento” (LOPES JUNIOR, Aury – *opere citato, loco citato*).

6 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA

Ultrapassada a demonstração do princípio do contraditório diante da legislação brasileira e da legislação portuguesa, e com a afirmação da aplicação efetiva do princípio em intercâmbio dos códigos de processo, chega o momento de se apresentar como a jurisprudência, tanto no Brasil, como em Portugal tem se posicionado quanto ao princípio do contraditório, em especial, como exemplo, ao que tange a impossibilidade da decisão-surpresa.

6.1 Exemplos do posicionamento do princípio do contraditório na jurisprudência brasileira e portuguesa

O Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal trata da necessária observância ao princípio do contraditório e da vedação à decisão-surpresa como regras a serem seguidas, sob pena de nulidade processual. Segue o julgado³⁷⁶:

Relator: FONSECA RAMOS
Processo: 2326/11.09TBLLE.E1.S1
6ª SECÇÃO
Data do Acórdão: 11/09/2012
Votação: UNANIMIDADE
Meio processual: REVISTA
Decisão: CONCEDIDA A REVISTA

SUMÁRIO:

1. A litigância de má-fé exige a consciência de que quem pleiteia de certa forma tem a consciência de não ter razão.
2. A defesa convicta de uma perspectiva jurídica dos factos, diversa daquela que a decisão judicial acolhe, não implica, por si só, litigância censurável a despoletar a aplicação do art. 456º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, todavia, se não forem observados os *deveres de probidade*, de *cooperação* e de *boa-fé*, patenteia-se litigância de má fé.
3. A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de *decisão-surpresa*, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa.

EXCERTOS DA FUNDAMENTAÇÃO:

A condenação como litigante de má fé, prevista no art. 456º do Código de Processo Civil, pode ser decretada oficiosamente pelas instâncias e pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Daí que apenas cumpra a este Tribunal apreciar se a condenação como litigante de má fé respeitou a lei.

Ou seja, para que a parte possa ser condenada como litigante de má fé, o Tribunal, sob pena de proferir uma *decisão-surpresa* deve, previamente, ouvir a parte sancionanda, para que se possa defender. Importa, assim, estabelecer previamente o contraditório – art. 3º do Código de Processo Civil – princípio basilar do Código de

³⁷⁶ ECLI. European Case Law Identifier – **Processo n.º 2326/11.09TBLLE.E1.S1**. [Em linha]. Relator: Fonseca Ramos. Órgão Julgador: Sexta Secção. Publicação: 11 set. 2012. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2012:2326.11.09TBLLE.E1.S1.DF/.

Processo Civil – que manda que seja observada uma *estrutura dialéctica*, excepto nos casos de manifesta desnecessidade.

Tratando-se de questão de direito ou de facto, mesmo de conhecimento oficioso, o Tribunal deve, em regra, observar o princípio do contraditório – art. 3º, nº 3, do Código de Processo Civil.

Ora a Relação condenou o recorrente como litigante de má fé sem que previamente o tivesse ouvido.

As partes, em juízo, não obstante a complexidade da controvérsia e a intensidade que colocam na defesa de posições próprias, estão sujeitas aos deveres de *cooperação, probidade e boa fé* na sua relação adversarial e em relação ao Tribunal, já que a lide visa a obtenção de decisão conforme à Verdade e ao Direito, sob pena da protecção jurídica que reclamam não ser alcançada, com desprestígio para si mesmas, para a Justiça e os Tribunais.

Daí que o legislador, no art. 266º do Código de Processo Civil, imponha aos magistrados, partes e mandatários “o *dever de cooperarem com vista à justa composição do litígio*”.

O art. 266º-A do citado diploma – *dever de boa fé processual* – reafirma tal princípio ao aludir ao dever de actuação de boa-fé inerente ao dever de cooperação.

A pretensão teria que ser apreciada pelo Tribunal que, para isso e para não incorrer numa *condenação surpresa*, teria ele mesmo, enquanto no exercício da função soberana de sancionar, de notificar a parte para, ante a possibilidade de ser condenada como litigante de má fé, se pronunciar antes da decisão, tendo a oportunidade de refutar, querendo, os motivos que o Tribunal lhe *anunciava* como sendo os fundamentos dessa condenação.

Estava aqui em causa o seu direito de defesa na perspectiva de que sendo a condenação como litigante de má fé uma sanção “*infamante*”, a possibilidade de defesa tem de ser efectiva e só pode cumprir-se verdadeiramente se o putativo condenado conhecer os comportamentos pelos quais poderá ou será condenado.

Também Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, in “Código de Processo Civil Anotado”, vol. 2º, pág. 197, em nota ao art. 456º do Código de Processo Civil, escrevem:

“A condenação como litigante de má fé deve ser precedida de discussão contraditória, em obediência ao disposto no art. 3-3, que proíbe as decisões-surpresa. Por isso, quando não tenha sido objecto de discussão entre as partes, designadamente em alegação que preceda a decisão, deve o tribunal, antes de a proferir, proporcionar o contraditório, ouvindo, nomeadamente a parte contra a qual tem a intenção de proferir a condenação como litigante de má fé.

Assim decidiu o Tribunal Constitucional, com base ainda nas disposições anteriores à revisão de 1995-1996 do Código (Acs. nº 440/94, de 7.6.94, II Série do DR de 1.9.94, n.º 103/95, II Série do DR de 17.6.95, e n.º 357/98, de 12.5.98, de 12.5.98, II Série do DR de 16.7.98)”.

Ao não ter sido dada ao recorrente, prévia oportunidade de se pronunciar sobre a intenção dos julgadores de o sancionarem como litigante de má fé em multa e indemnização (sobre esta foi ouvido depois da condenação no incidente de quantificação – nº 2 do art. 457º do Código de Processo Civil), cometeu-se uma nulidade – art. 201º, nº 1, daquele Código – já que estando em causa a omissão de formalidade relacionada com o direito de defesa, sendo ilegal a *proibição da indefesa*, sempre tal omissão tem influência na decisão deste concreto aspecto da causa.

A condenação da parte como litigante de má fé, sem a sua prévia audição, violaria os princípios constitucionais de *acesso ao direito*, do *contraditório* e da *proibição da indefesa*, consagrados na Lei Fundamental (cfr. os mencionados Acórdãos do Tribunal Constitucional cuja doutrina foi reafirmada mais recentemente no Acórdão nº 498/2011, de 26.10.2011, in DR. 2ª Série, nº 231, de 2.12.2011 e o Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 28.02.2002, in CJ/STJ 2002, I, 111.

A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada, sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de *decisão-surpresa*, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa.

Nestes termos, concede-se a revista anulando-se o Acórdão recorrido, no que respeita à condenação do Recorrente como litigante de má fé, para que a Relação dê cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 3º do Código de Processo Civil, e, observado o contraditório, decida em conformidade.

A análise detida da decisão do Supremo Tribunal de Justiça mostra o posicionamento do órgão julgador em consonância e em respeito ao princípio do contraditório. Mesmo que o Acórdão em referência tenha se dado sob o manto da legislação processual civil anterior à atualmente vigente em Portugal, percebe-se que o princípio – o contraditório – foi efetivamente abordado, de forma didática.

Outrossim, cabe destacar que o Acórdão do STJ fez uma pormenorizada análise da impossibilidade da *decisão-surpresa*, o que ganha similitude e paralelismo com a defesa já realizada da impossibilidade de tal situação seja no processo civil, como no processo penal brasileiro.

O artigo 10.º do CPC brasileiro passou a explicitar, apenas após 2015, a impossibilidade da decisão-surpresa. Já debatido anteriormente, mostrou-se a possibilidade da incidência de tal preceito no campo processual penal do Brasil, com a travessia do dispositivo pelo canal aberto pela conjugação do artigo 15.º do CPC brasileiro combinado com o artigo 3.º do CPP brasileiro.

Portanto, dentro da temática discutida, verifica-se que a decisão portuguesa serve como um conjunto de lições que o sistema processual brasileiro deva praticar.

Ainda, destaca-se no Acórdão a imposição de respeito à cooperação entre as partes e a boa-fé processual. Tais premissas estão intimamente ligadas ao princípio do contraditório e estão contempladas também no sistema processual brasileiro.

Por fim, revela-se que o desrespeito a este plexo de garantias do devido processo, como bem apontou o Supremo Tribunal de Justiça, desagua em nulidade: “A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada, sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de decisão-surpresa, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa”.

Com similitude em relação à decisão do STJ português é a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro.³⁷⁷ Perceber-se-á que o conteúdo da decisão do tribunal brasileiro em muito se parece com a decisão do tribunal português. Praticamente todo o consectário que envolve o princípio do contraditório no plano do Direito processual civil é abordado nos julgados. A seguir, apresenta-se os principais trechos da decisão do STJ brasileiro:

³⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial n.º 1.676.027/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 26 set. 2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 11 out. 2017.

Relator: HERMAN BENJAMIM
Processo: 1.676.027/PR
2ª TURMA
Data do Acórdão: 11/10/2017
Meio processual: RECURSO ESPECIAL
Decisão: PROVIDO O RECURSO ESPECIAL

SUMÁRIO:

Processual Civil. Previdenciário. Julgamento *secundum eventum probationis*. Aplicação do art. 10 do CPC/2015. Proibição de decisão surpresa. Violação. Nulidade.

EXCERTOS DA FUNDAMENTAÇÃO:

O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu.

A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes.

O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC.

A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.

O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.

Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente “sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício” (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209). Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória.

Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das

partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.

Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes.

Por derradeiro, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou sobreposição de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015.

Recurso Especial provido.

A decisão proferida pelo Excelentíssimo Ministro Herman Benjamin, em seu conteúdo principiológico, é muito próxima do Acórdão do STJ português.

A lição doutrinária carregada no *decisum* faz uma ode ao CPC brasileiro de 2015, com palmas ao seu caráter cooperativo, além de elevar o princípio do contraditório. É afirmado o inescapável respeito ao princípio, com o impeditivo da decisão-surpresa, sob pena de nulificar o ato cometido.

Portanto, como se viu, os princípios da cooperação e do contraditório devem ser assegurados e preservados tanto em Portugal como no Brasil. No mesmo sentido, a decisão-surpresa encontra sua vedação no sistema processual de ambos os países. Por fim, a desobediência a este feixe de garantias obrigará seja nulificada a decisão proferida.

Por fim, da leitura de ambos os julgados, extrai-se que o entendimento da jurisprudência, seja em Portugal, seja no Brasil, de forma similar, baseia-se em total respeito ao princípio do contraditório.

A título de registo, apresentam-se quadros comparativos de ambos os julgados, extraíndo-se similitudes temáticas quanto: a) à impossibilidade da decisão-surpresa; b) ao respeito ao contraditório, mesmo em questões a serem decididas de ofício; c) à imposição do processo cooperativo; d) à nulidade da decisão que desrespeita o princípio do contraditório.

IMPOSSIBILIDADE DA DECISÃO-SURPRESA
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL
“(…) o tribunal, sob pena de proferir uma decisão-surpresa deve, previamente, ouvir a parte sancionanda, para que se possa defender. Importa, assim, estabelecer previamente o contraditório (…).”
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL
“(…) o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (…). Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via (…).”
COMENTÁRIO: Tanto em Portugal quanto no Brasil, pelas legislações processuais civis regentes, há impossibilidade de ser proferida decisão-surpresa. O princípio do contraditório impõe que as partes sejam alertadas antes da decisão.

RESPEITO AO CONTRADITÓRIO, MESMO EM QUESTÕES A SEREM DECIDIDAS DE OFÍCIO

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL
“(…) tratando-se de questão de direito ou de facto, mesmo de conhecimento oficioso, o Tribunal deve, em regra, observar o princípio do contraditório (…).”
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL
“(…) mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes (…).”
COMENTÁRIO: O princípio do contraditório deve ser sempre observado na condução processual. Independente se a decisão judicial será proferida quanto a matéria fática, ou quanto matéria de direito, as partes envolvidas na lide devem ser alertadas sobre a provável decisão vindoura, mesmo que tal decisão possa ser tomada de ofício.
IMPOSIÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL
“As partes, em juízo, não obstante a complexidade da controvérsia e a intensidade que colocam na defesa de posições próprias, estão sujeitas aos deveres de cooperação, probidade e boa-fé na sua relação adversarial e em relação ao Tribunal (…) imponha aos magistrados, partes e mandatários o dever de cooperarem com vista à justa composição do litígio.”
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL
“A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. (...) Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas.”
COMENTÁRIO: A ideia de processo cooperativo permeia hodiernamente a estrutura processual civil de Portugal e do Brasil. A cooperação abrange as partes da demanda, bem como o juiz que guia o processo. A estrutura dialogal entre todos os envolvidos deve ser respeitada, com observância a garantia do contraditório.
NULIDADE DA DECISÃO QUE DESRESPEITA O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL
“(…) sem previa audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de decisão-surpresa, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa (…).”
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL
“(…) implica <i>error in procedendo</i> e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.”
COMENTÁRIO: A importância do princípio do contraditório no processo civil português e no processo civil brasileiro é impactante. Reflexo, como o óbice à decisão-surpresa, é deveras impactante no processo. A desatenção a tal garantia nulifica o ato perpetrado pelo juiz.

CONCLUSÃO

Dada a análise conceitual de princípios e regras, foi de grande relevância a análise dos sistemas processuais penais. O processo não é um mero exercício pragmático universal. Ele se adequa conforme o contexto histórico, cultural e sociológico ao qual se insere.

A importância dos princípios como base da cultura jurídica é fundamental para uma prestação jurisdicional devidamente assentada na governança jurídica principiológica com sede no Estado Democrático de Direito. A vinculação emanada dos princípios dá substância jurídica e concretiza os atos processuais.

A dimensão de peso do princípio do contraditório é evidente dada a baliza que possibilita a validade de regras em cada ato ou processo, uma vez que permite localizar a aplicação jurídica no contexto. Os axiomas jurídicos, como garantias, asseguram o contraditório na criação e na aplicação do Direito.

Percebeu-se que o positivismo procura tornar o processo imparcial e menos arbitrário com a simples subsunção de regras, o que impede diferenciar partes processualmente, tal como Herbert L. A. Hart levantou no início de seus estudos sobre regras no processo. A crença na aplicação somente de regras trata desiguais como iguais. A centralidade dos princípios no giro científico de um estado democrático liberal é marcante dada a possibilidade de aplicação consistente do Direito com vistas à análise moral do Direito. Desiguais são desiguais, sobretudo no processo penal, e precisam receber tratamento equitativo na prestação jurisdicional. O princípio do contraditório permite a governança processual principiológica devido ao seu grau de moralidade: normas saem de textos, vão para os atos processuais e permitem uma decisão devidamente influenciada, dialogada e posta em contraditório democraticamente.

Justiça e equidade com base principiológica permitem que se irradie direitos diversos pela ótica do princípio do contraditório, como acesso à informação dos atos processuais, participação dialogada e paridade de armas. O binômio tradicional ação-reação é aprimorado, seja no processo civil ou penal, e alcança a constituição dos procedimentos para a participação efetiva das partes em um processo dialético equitativo com juiz imparcial.

Em caso de choque com outros princípios, o contraditório tende a permanecer, já que é critério de validade para a marcha processual. Seja em relação a outros no processo civil ou à tutela de segurança pública ou de investigação no processo penal, o princípio do contraditório não se invalida observados meios e recursos efetivos para as partes. Não cabe exagero na aplicação, mas atuação suficiente das partes, ponto que precisa ser de atenção especial do juiz. A integridade jurídica exige contraditório pleno no processo, dadas exceções, como o contraditório diferido em medidas cautelares e antecipatórias, e contraditório mitigado em inquérito policial.

Desde o nascimento dos modelos processuais penais como conhecemos nos moldes ocidentais, em Roma, a dinâmica sobre o princípio do contraditório passou por grandes modificações até os moldes contemporâneos, e até mesmo por momentos de inexistência. Trata-se, além disso, de um princípio, o que torna natural a variação do processo e das perspectivas processuais no decorrer da história.

São dois sistemas básicos: o inquisitivo e o acusatório. Há ainda um terceiro sistema, o sistema misto, que pode ser compreendido como o atual, vez que todos os sistemas hoje são mistos, sendo que os modelos puros apenas seriam uma referência histórica. O importante é a percepção do núcleo daquele sistema, qual o predomínio, se inquisitivo ou acusatório.

É de suma importância que seja percebida a presença do princípio do contraditório em tais sistemas, não somente em caráter formal, mas também – e especialmente – em caráter material. O princípio do contraditório é de importância ímpar para essa diferenciação, especialmente no que diz respeito a seu exercício, haja vista que este princípio, por essência, não aceita grandes expressões pessoais e arbitrárias do magistrado, como o que acontece no sistema inquisitorial.

É importante entender a linha histórica de evolução dos sistemas. O primeiro sistema de que se tem notícia no processo penal, o sistema acusatório privado, nasceu na Grécia e cresceu especialmente na República Romana. Nesse sistema, o Estado não estava envolvido, justamente por isso a terminologia *privado*. Cabia aos cidadãos fazer a acusação, buscar provas, construir a defesa e fiscalizar o andamento do processo. Além disso, era feita uma análise do tribunal e a sentença era ditada publicamente. Já nesse modelo da antiguidade, verificava-se o princípio da publicidade e o princípio do contraditório.

Em seguida, com a ascensão do cristianismo e, conseqüentemente, da Igreja Católica, os mecanismos de controle tornaram-se mais necessários, ainda mais após o surgimento do protestantismo. O discurso anti-herético ensejou mais ainda a necessidade de controle sobre os fiéis e servos. Devido ao avanço do poder da Igreja, o modelo punitivo dos tribunais da inquisição se expandiu para além dos assuntos escolásticos e tornou-se inspiração para os governos e instrumentos políticos.

O discurso antes adotado de que o crime era apenas uma problemática privada passou a ser visto como pecado aos olhos da igreja, o que exigia necessariamente uma ação para a purificação da alma. Essa visão aliou a necessidade de manter os fiéis alinhados com os ensinamentos e entendimentos papais. Surgiu, dessa forma, um tipo de atitude coercitivo-agressiva que agia pelo medo como medida exemplar.

O processo inquisitorial é dividido em basicamente dois momentos: um em que era necessária a comprovação da materialidade do fato; e outra em que ocorriam a investigação, os interrogatórios e a sentença propriamente ditos. No decorrer dessas duas etapas, a provocação do processo poderia surgir do próprio magistrado. Ademais, como a justiça estava intimamente ligada ao divino, não havia a possibilidade de a acusação estar errada, já que a verdade de Deus

não falha. Com base nessa perspectiva, então, eram buscadas provas que demonstrassem os fatos, mas sim fatos que comprovassem uma tese já pré-definida. O acusado não era inocentado, mas sim liberado por falta de provas; ele não era uma parte do processo, mas sim um mero objeto; não possuía direito à defesa, era mantido em reclusão durante todo o período de apuração, passava por torturas e sequer possuía participação no processo. O magistrado acumulava em si todas as funções de acusar, defender, investigar e julgar. Nesse modelo, o princípio do contraditório era inexistente, até porque se defender da verdade divina já era em si um ato herético. Apesar de não estar mais tão relacionado à igreja, o sistema inquisitorial ainda mostra facetas em sistemas ditatoriais e em atitudes abusivas e autoritárias do poder judiciário, mormente sempre que o contraditório é desdenhado.

Com a ascensão da modernidade, a redução do poder da Igreja e o advento do iluminismo, o sistema inquisitivo foi superado e deu lugar ao sistema acusatório público. Público porque passou a ser de responsabilidade plena e completa do Estado. A tomada de poder pela burguesia foi de suma importância para essa transformação.

A transformação social baseada na visão antropocêntrica tirou o homem da posição de objeto do processo e o recolocou na posição de sujeito, de forma que adquiriu tanta posição a ponto de dar ao magistrado papel de intermediador e espectador entre as partes.

Num contexto de supervalorização da razão, o processo não somente adquiriu uma faceta positivista, mas também exigiu maior racionalização do magistrado, para que ele tomasse decisões baseadas em fatos, provas e argumentos apresentados pelas partes. Trata-se de um sistema em que o contraditório faz parte da essência. Sem a ampla participação das partes, não há de se falar em sistema acusatório, tão pouco em contraditório. São dois conceitos intimamente ligados e que se encontram presentes no Estado Democrático de Direito.

O processo penal exige especial ampliação de aplicação do princípio do contraditório para além da participação dialogada devido à desigualdade material das partes. O Estado-poder dispõe de diversos recursos e meios pelos quais o acusado não consegue se equiparar na defesa realizada. Assim, a igualdade efetiva do processo se desenrola com a possibilidade de extensão pelo juiz da ampla defesa do acusado e a limitação do Estado à legalidade.

A tutela das liberdades individuais valoriza o contraditório no processo penal. A individualidade do acusado leva a uma vinculação do juiz com a preocupação de atuação suficiente deste e sua legitimidade de participar e influenciar atos que serão atingidos. O contraditório pleno com ampla defesa presente em grande parte do processo requer plenitude dos meios e efetividade da construção da participação dialogada. Plenitude sozinha é legalidade

sem consideração da desigualdade material. Efetividade inexistente sem meios concretos para que a equidade seja estabelecida. É construída uma relação circular de plenitude e efetividade da ampla defesa do acusado, uma vez que ele é destinatário das normas procedimentais e processuais e beneficiário. O Ministério Público, enquanto Estado-poder, é destinatário com meios e recursos centrados em um quadro de legalidade vinculativa para que não exceda e faça uso ilegal de sua sobreposição material de recursos na acusação.

Considerando a impossibilidade de ação ilegal de qualquer parte, o juiz pode flexibilizar meios e recursos com vistas à necessidade de atuação suficiente e efetiva da defesa do acusado, direito inexistente para a acusação, já que, além das condições materiais, ela não busca vencer o processo. Não existe vencedores no processo penal. Todos são perdedores. A única tutela de direitos existentes no processo é da liberdade do acusado. O Estado-poder busca processualmente apenas estabelecer justiça penal.

Sobre o contraditório, os artigos 5.º, LV, da Constituição da República brasileira e 32.º, número 5, da Constituição de Portugal dão guarida ao princípio e garantem, por sua vez, uma série de direitos processuais irradiados legalmente em seus direitos processuais penais.

Seja na visualização de atuação suficiente, no exame imparcial de provas e na condução adequada das fases processuais, o juiz faz parte do processo enquanto ator fundamental para a concretização do direito ao contraditório.

O direito à defesa técnica do acusado é meio de ampla defesa para influência de decisão judicial e defesa adequada da parte a que se imputa crime, de tal modo que a defesa não seja insuficiente, tendo em vista a já assimetria de partes no processo penal.

As formas de contraditório, mitigado no inquérito policial, com direito à informação de atos e documentos envolvidos nessa fase, diferido em caso de medidas cautelares e pleno com ampla defesa, é vetor de defesa suficiente do acusado, a fim de que se garanta tal direito ao acusado em todas as fases processuais tomando em conta suas limitações e potencialidades para concretização de contraditório.

O exame de provas para decisão alicerçada em fatos apontados e postos em contraditório na marcha processual se dá a fim de que haja condenação apenas por crime considerado nos atos processuais.

A decisão não surpresa é símbolo de que em um Estado Democrático de Direito apenas condena alguém após ritos procedimentais obedecidos, com contraditório observado, ampla defesa aplicada e provas colhidas, examinadas e postas em contraditório que fundamentam juridicamente a decisão a ser tomada.

Direitos de influenciar decisão, de audiência, de intervir no processo e de ser julgado por crime estabelecido na denúncia recebida pelo juízo concretizam o direito humano processual ao contraditório, argumento de política que equaliza a tutela do indivíduo e a tutela da investigação em uma marcha processual justa e equânime.

No que diz respeito ao exercício do contraditório no processo civil, é de suma relevância que seja feita a diferença do contraditório no processo penal. No processo penal, é necessária a ação acusação-defesa entre as partes para que o processo se desenvolva. Já no processo civil, basta que as partes tenham a oportunidade de se apresentar, podendo fazê-lo ou não.

É importante salientar que esse princípio, seja no processo civil brasileiro, seja no processo civil português, passou por uma importante mudança de execução. Nos dois ordenamentos jurídicos (do Brasil e de Portugal), houve mudança do Código de Processo Civil há menos de dez anos. A mudança de código consolidou também a transição do contraditório formal, a forma clássica, para o contraditório substancial, a forma moderna.

Essa é uma mudança de extrema relevância para adequação do exercício do princípio do contraditório aos moldes do Estado Democrático de Direito. O conceito moderno tirou do juiz a função exclusiva da atividade jurisdicional e colocou as partes como corresponsáveis por essa função, por meio da construção de um diálogo recíproco e aberto, especialmente com a proibição das chamadas decisões-surpresa.

No Brasil, a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 evidenciam fortemente essa postura moderna, em detrimento do que acontecia no CPC de 1973. Em Portugal, o mesmo aconteceu com relação ao código de 2013, que gerou mais segurança jurídica ao ordenamento do país ao promover um código mais atual, o que evitaria o excesso de intervenções legislativas, interrompendo o chamado movimento perpétuo do legislador.

Ainda dentro do processo civil, no campo doutrinário existem três modelos que analisam o exercício do princípio do contraditório. São eles: o modelo cooperativo, o modelo colaborativo e o modelo participativo.

O modelo cooperativo coloca o contraditório como base fundamental do processo civil. Segundo esse modelo, as partes do processo são valorizadas. As partes tornam-se protagonistas cooperantes entre si, que não mais se posicionam em um simples duelo.

Já o modelo colaborativo almeja organizar o papel do juiz e das partes no processo. Trata-se de um formato que privilegia a divisão de funções bem definidas no processo. Esse modelo coloca no centro o juiz, que deve colaborar com as partes, que não colaboram entre si.

Por fim, há o modelo de participação. Esse é o modelo mais relacionado com o conceito de cidadania e que percebe o contraditório em seu formato substancial. É um formato que privilegia o debate e a possibilidade de influência nas decisões.

Percebe-se, pela comparação entre o CPC brasileiro e o CPC português, que ambos os códigos adotaram expressamente o modelo cooperativo, estando o contraditório, em seu viés moderno, consagrado nos dois países.

Outrossim, é de clara constatação que o princípio do contraditório tem sua matriz na ordem constitucional brasileira e portuguesa, e, mais, é abraçado por diversos estatutos supranacionais. Dignos de nota os exemplos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ademais, como ponte de intercessão entre a aplicação do princípio do contraditório em sua visão cooperativa do processo civil brasileiro, ao processo penal, a título de exemplo foi explicada a possibilidade de efetivação.

Inicialmente, destaca-se que há um mapa que demonstra o caminho de passagem entre os universos processuais civil e penal. Ele está desenhado pela leitura harmônica do artigo 15.º do CPC com o artigo 3.º do CPP. Com a trilha que atravessa as fronteiras dos processos apresentada, foi utilizado um exemplo que demonstra a possibilidade de aplicação.

O exemplo utilizado foi a aplicação no caso da *emendatio libelli*, que é a possibilidade de o juiz, de ofício, apontar correta definição jurídica aos fatos narrados pelo *Parquet* na acusação. Ocorre que esta forma simplista de ver a ocorrência como uma mera retificação do tipo penal a narrativa fática processual desconsidera na essência o contraditório, vez que ao juiz lhe cabe a realizar a “adequação” de ofício.

Porém, pela leitura sistematizada da legislação processual, dita-se que o princípio do contraditório deve ser sempre atendido, especialmente por meio de sua variação, que ao caso é a imposição do freio à decisão-surpresa.

Portanto, o que se espera atualmente é uma atenção, nos casos em que se possibilite a *emendatio libelli*, que os magistrados oportunizem o efetivo contraditório e expurguem a decisão-surpresa, possibilitando que as partes, de forma cooperativa, possam provocar influência para a boa decisão final do magistrado. O interessante é que tal posicionamento atende à leitura de intercâmbio da norma processual civil (art. 10.º do CPC) ao processo penal.

Por fim, neste trabalho ainda foram utilizados exemplos de julgamentos emanados pelo Supremo Tribunal de Justiça português e pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Por ambos os tribunais, forte é o caráter doutrinário implícito nas decisões exaradas. O modelo processual cooperativo é efetivamente consagrado, bem como a disposição expressa sobre a vedação da decisão-surpresa.

Mister apontar que durante o desenvolvimento desta dissertação, tanto a resposta da problemática principal quanto das secundárias foram respondidas.

Como visto, há possibilidade de inter-relação do processo civil com o processo penal, em especial quando é tratado o princípio do contraditório.

Outrossim, para que se chegasse à resposta da problemática principal proposta, a pesquisa para elaboração da dissertação pode responder à diferenciação entre princípios, axiomas e regras, bem como apresentar diferentes conceitos dos institutos. Com a compreensão de suas diferenciações, o princípio do contraditório pode firmar sua importância.

Também, verificou-se a existência de diferentes sistemas processuais penais. A compreensão do sistema processual penal inquisitório, do acusatório e do misto, possibilitou uma visão de que o princípio do contraditório tem relevante papel na diferenciação de tais sistemas.

Ademais, na incursão de estudo sobre o princípio do contraditório, pode-se entender a sua apresentação, seja no processo penal, seja no processo civil. Para tanto, em especial, foi estudada a sua abrangência no processo penal e civil português e brasileiro, além de sua relevância constitucional, bem como sua incidência em estatutos supranacionais.

Ponto de importante reflexão foi quanto à demonstração efetiva da possibilidade de integração da legislação processual civil ao processo penal. Como meio de demonstração foi utilizado o exemplo da *emendatio libelli*, previsto no processo penal brasileiro.

Por derradeiro, como resposta aos questionamentos secundários traçados no presente trabalho, fez-se um comparativo de decisão do STJ português e do STJ brasileiro, com quadros comparativos, provando a similitude de interpretação quanto ao princípio do contraditório pelos Tribunais de Portugal e do Brasil.

Finalmente, conclui-se, por todo este trabalho de análise entre princípios e regras, de verificação sobre os sistemas penais correntes e da avaliação do posicionamento do princípio do contraditório, seja na legislação portuguesa, seja na legislação brasileira, que a verdade é que, atualmente, o princípio do contraditório tem força fundamental para que um processo tenha resultado. A inobservância do princípio, seja em Portugal, seja no Brasil, é um desrespeito intransponível, sujeitando aquele processo à sua possível nulificação.

Conclusão: respeite-se o princípio do contraditório.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola – **Dicionário de filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. ISBN 978-85-7827-521-1

ALEXY, Robert – **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ISBN 978-857-34-8472-4

_____ – **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Organizadores: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7871-6

ANTUNES, Maria João – **Direito processual penal**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN: 978-972-40-7350-7.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula – O novo código de processo civil brasileiro: modelo de direito processual democrático. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). – **Novo CPC e o processo do trabalho**. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2016. pp. 13-19. ISBN 978-853-61-8911-6

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro – **Processo penal**. 12.ª ed. São Paulo: Método, 2020. ISBN 978-853-09-9169-2

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-620-2.

BADARÓ, Gustavo Henrique – 1º até 3º-F. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-219-7. p. 23-68.

_____ – Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 357-378. ISBN 978-85-442-1216-5.

_____ – **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. ISBN 978-853-52-7601-5

BECCARIA, Cesare – **Dos delitos e das penas**. 4.^a ed. tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-0816-3

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães – **Princípios do processo no novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN: 978-850-26-3605-7

BRENER, Paula; MARTINS PINTO, Felipe – A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**. ISSN 2525-4502. Vol. 3, n.º 1 (jan./jun. 2019), pp. 37-50.

BUENO, Cassio Scarpinella – **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 978-850-21-6873-2

_____ – **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. 1, 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-850-22-2151-2

_____ – **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62310-1

BUSTAMANTE, Thomas – Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. [Em linha]. **Direito, Estado e Sociedade**. ISSN-L: 1516-6104, n.º 37 (2010), pp. 152-180. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202/182>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed., 18. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-2106-5

_____; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8

CAPEZ, Fernando – **Curso de processo penal**. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-855-36-1915-3

CARNELUTTI, Francesco – **Como se faz um processo**. Leme: CL EDIJUR, 2018. ISBN 978-85-7754-065-5

CARVALHO, Salo de – **Pena e Garantias**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ISBN 978-853-75-0208-2

CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de – A garantia constitucional do contraditório no Novo Código de Processo Civil. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. ISSN 1982-310X. Vol. 9, n.º 1 (2016), pp. 52-72.

CASTRO, Henrique Gustavo – **Fase da Instrução: Quo Vadis? – Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria geral do processo**. 15.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN 857-42-0110-3

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda – Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. ISSN 1676-8698. Ano. 1, vol. 1 (2001), pp. 26-51.

_____ – Solução para o absurdo legal e técnico do novo art. 396 do CPP. **O Estado do Paraná** - Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de direito constitucional**. 4.^a ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. ISBN 978-857-76-1268-0

DEU, Teresa Armenta – Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos. **Criminalia**. ISSN 2264-3257. Vol. 70, n.º 1 (jan./abr. 2004), pp. 251-270. [Consult. 18 abr. 2021]. Disponível em: WWW:http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=48132.

DIAS, Fernando Jorge – **Medidas de Coação no processo penal português: dos pressupostos à extinção**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo – Principes généraux de la politique criminelle portugaise. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Le cinquantenaire de la fondation de la revue. ISSN 0035-1733. N.º 1 (janv.-mars 1987) pp. 87-94. [Consult. 7 abr. 2021]. Disponível em: WWW:http://data.decalog.net/enap1/Liens/fonds/REVUE_SCIENCE_CRIMINELLE_1_1987.pdf.

DIDIER Jr. Fredie – **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1, 22.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2020. ISBN 978-85-442-3290-3

_____ – Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. [Em linha]. **Revista de Processo**. ISSN: 0100-1981. Vol. 36, n.º 198 (2011), pp. 207-217. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em: WWW:<https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ativismo%20soltas%20fredie.pdf>.

DINAMARCO, Cândido Rangel – **Instituições de Direito Processual Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 978-853-92-0382-6

DONIZETTI, Elpídio – **Curso didático de direito processual civil**. 20.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-97-00848-7

DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2

FERNANDES, Cláudio – O que foi o Estado Novo? [Em linha]. **Brasil Escola**. São Paulo, 2020. [Consult. 20 out. 2020]. Disponível em WWW:<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-foi-estado-novo.htm>.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha – Art. 5º, incisos XXII e XXIII. In MACHADO, Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.) – **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7.^a ed. Barueri, SP: Manole, 2016. ISBN 978-85-204-4693-5. pp. 65-74.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO JÚNIOR, Aguinaldo – O princípio do contraditório: alcance e prospecções. [Em linha]. In LEITE, Rosimeire Ventura; CRU, Luana Pedrosa de Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire (coord.) – CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPB – PROCESSO E JURISDIÇÃO I, 32., 5-8 nov. 2014, João Pessoa. **Anais (...)**. João Pessoa: Conpedi, 2014. ISBN 978-85-5505-026-8. pp. 323-338. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd7d646241a0fb88>.

FLETCHER, George P. – **The Grammar of Criminal Law**. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 2007. ISBN 978-019-51-0310-6

FRAGOSO, Christiano Falk – **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. ISBN: 978-85-8440-264-9

FREITAS, José Lebre de – **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2201-2

GIACOMOLLI, Nereu José – **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00883-8

GIANNINI, Marcelo Henrique – Princípios e regras – da distinção clássica à proposta de Humberto Ávila. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. Brasília-DF: Conjur, 13 set. 2014. [Consult. 27 set. 2020]. Disponível em WWW:<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40891/principios-e-regras-da-distincao-classica-a-proposta-de-humberto-avila>.

GODINHO, Inês Fernandes – Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**. ISSN 2184-1020. N.º 10 (2017), pp. 95-107. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6306>.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães – Art. 155 a 250. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-219-7. p. 479-576.

GRECO, Leonardo – A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. ISSN 1980-7570. Ano VII, n.º 9 (dez. 2006), pp. 119-144, p. 121. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães – **As Nulidades no Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992. ISBN 852-03-1502-x

HABERMAS, Jürgen – **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN 978-852-82-0091-1

HART, Herbert Lionel Adolphus – **O conceito de Direito**. 6.^a ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN 978-972-31-0692-3

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo – **Dicionário básico de filosofia**. 3.^a ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. ISBN 978-857-11-0095-4

KAUFMANN, Arthur – **Filosofia do direito**. 5.^a ed. Prefácio e Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-1063-0

KHALED JR., Salah Hassan – O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas - Revista de Ciências Sociais**. ISSN 1519-6089. Vol. 10, n.º 2 (maio-ago. 2010), pp. 293-308.

LARENZ, Karl – **Metodologia da ciência do direito**. 7.^a ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN 978-972-31-0770-8

LOPES JUNIOR, Aury – **Direito processual penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-472-1398-5

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen – **Investigação preliminar no processo penal**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-850-21-8260-8

MAIER, Julio B. J. – **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. ISBN 978-9879120538

MALAN, Diogo – Art 381-393. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-219-7. p. 791-808.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Novo curso de processo civil. Teoria do processo civil**. Vol. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-852-03-6761-2

MARQUES, José Frederico – **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 9.^a ed. Campinas: Millennium, 2003. ISBN 858-68-3383-5

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de – A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**. ISSN 2317-6172. Vol. 2, n.º 1 (2006), pp. 241-254.

MARTINS, Sérgio Pinto – **Teoria Geral do Processo**. 5.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2020. ISBN 978-085-53-6151-86

MAZZEI, Rodrigo – Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). p. 525-553. ISBN 978-85-442-1216-5

_____ – O Dever de Motivar e o “Livre Convencimento” (Conflito ou Falso Embate?); Breve Análise do Tema a Partir de Decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os Olhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. ISSN 1984-512X. Vol. 8 (2015), p. 211-224.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-852-03-3409-6

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Elementos de direito administrativo**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. ISBN 852-03-0849-x

MELO JÚNIOR, José Eustáquio de; OLIVEIRA, Gustavo Paschoal Teixeira de Castro – A prova civil no Brasil e em Portugal à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da isonomia. [Em linha]. **Revista Esmat**. ISSN 2177-0360. Ano 11, n.º 17 (jan./jun. 2019), pp. 13-38. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://doi.org/10.34060/reesmat.v11i18.281>.

MENDES, Paulo de Sousa – **Lições de direito processual penal**. [Em linha]. Coimbra: Almedina, 2013. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ebook.almedina.com.br/97897240536086?sort=rating&order=DESC&limit=2>
5. ISBN 978-972-40-5360-8

MIRANDA, Jorge – **Curso de direito constitucional - Estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais**. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica, 2016. ISBN 978-972-54-0512-3

MONTANS DE SÁ, Renato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima – **Processo Civil I: Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-21-7119-0

MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 14.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 978-859-70-2480-7

MOUGENOT, Edilson – **Curso de processo penal**. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-855-36-1062-4

NERY JUNIOR, Nelson – **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.^a ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 21). ISBN 85-203-2169-0

_____; NERY, Rosa Maria Andrade – **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 978-852-03-6759-9

NORONHA, Magalhães – **Curso de direito processual penal**. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 850-20-3806-0

NUCCI, Guilherme de Souza – **Curso de direito processual penal**. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 156. ISBN 978-85-309-8998-9.

NUNES, Dierle José Coelho – O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. ISSN 2179-166X. Vol. 1, n.º 1 (set./out. 1999), pp. 73-85.

_____ – Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. ISSN 1516-4551. Edição Especial (2008), pp. 13-29.

OLIVEIRA NETO, Luiz Martins de; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de – Sistema processual Penal. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**. ISSN 21-76-8498. Vol. 9, n.º 9 (2013), pp. 2-17.

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. ISBN: 978-85-62741-44-9

PACELLI, Eugênio – **Curso de processo penal**. 22.^a ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-859-70-1438-9

PIMENTA, Paulo – Tópicos para a reforma do processo civil português. [Em linha]. **Julgar**. ISSN 2183-3419. N.º 17 (2012), pp. 109-134. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-T%C3%B3picos-para-a-reforma-do-Processo-Civil-portugu.pdf>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PL 166/2010. [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. ISSN 1982-7636. Vol. 6 (jul./dez. 2010), pp. 49-92. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/7984/5770>.

POPPER, Karl – **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1998. ISBN 978-853-16-1250-3

PRADO, Geraldo – **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. ISBN 85-7387-029-X

REALE, Miguel – **Filosofia do direito**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 850-20-1855-8

RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do juiz no Estado Democrático de Direito: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI**. [Em linha]. São Leopoldo do Sul, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016. Disponível em WWW:<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5376/Let%EDcia+Mousquer+Ritter.pdf;jsessionid=926540546EF380D1C2FBFFC9746D2B3A?sequence=1>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz – Portugal aprova seu novo Código de Processo Civil. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. 13 set. 2013. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2013-set-18/direito-comparado-cpc-portugues-nao-boa-fonte-inspiracao>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro – Empiria como critério de vigência do direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. **Sequência**. ISSN 2177-7055. N.º 72 (abr. 2016), pp. 193-216.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro – Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. ISSN 1982-7636. Vol. 15 (jan./jun. 2015), pp. 377-415.

ROQUE, André Vasconcelos – Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. **Revista de Processo**. ISSN: 0100-1981. Vol. 279 (maio 2018), pp. 19-40.

ROSA, Alexandre Moraes da – **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. ISBN 978-859-47-7057-8

ROSS, Alf – **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. ISBN 978-857-28-3592-3

ROXIN, Claus – ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? **Cuadernos de política criminal**. ISSN 0210-4059. N.º 83 (2004), pp. 23-36. [Consult. 18 abr. 2021]. Disponível em WWW: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=53148.

SANTOS JR., Sândalo Vianna dos – **A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no Processo Civil do Estado Democrático de Direito**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista – Algumas Notas Sobre o Contraditório no Processo Civil. **Revista de Processo**. ISSN: 0100-1981. Vol. 36, n.º 194 (2011), pp. 69-97.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro – Sistemas Processuais Penais e Processo Penal Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. ISSN: 0034-9275. Ano 88, vol. 764 (jun. 1999), pp. 459-468.

SCHÜNNEMANN, Bernd – Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio. In GRECO, Luís; MARTINS; António Carvalho (org.) – **Direito penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. (Monografias jurídicas). pp. 631-648. ISBN 978-84-87827-27-3

SILVA, Franklyn Roger Alves – A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 67-82. ISBN 978-85-442-1216-5

SILVA, Germano Marques da – **Direito processual penal português: noções e princípios gerais: sujeitos: responsabilidade civil conexa com a criminal: objeto do processo**. Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2017. ISBN 978-972-54-0566-6

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e – **Vocabulário jurídico**. 4 vol., 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. ISBN 978-853-09-6060-5

SOUSA, Miguel Teixeira de – **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 246. ISBN 978-972-40-4765-2

SOUZA, Artur César de – O princípio da cooperação no Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ISSN: 0100-1981. Vol. 38, n.º 225 (nov. 2013), pp. 65-80.

SOUZA NETTO, José Laurindo – **Processo Penal – Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. ISBN 978-853-62-5025-0

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira – A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. [Em linha]. **Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. 23 dez. 2014. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de direito processual civil**. Vol. 1, 27.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. ISBN 978-85-309-6056-8

_____ – **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1, 52.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-5405-5

_____; NUNES, Dierle – Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. ISSN: 0100-1981. Ano 34, n.º 168 (fev. 2009), pp. 107-142.

TUCCI, Rogério Lauria – **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 978-852-03-4062-2

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Escutas telefônicas: da excepcionalidade à vulgaridade**. 2.^a ed., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3583-3

_____ – **Processo penal**. Tomo I, 3.^a ed., rev., actual. e aument. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-4207-7

_____ – **Teoria geral do direito policial**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7017-9

VIEIRA, Renato Stanzola – Art. 251-281. In GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.) – **Código de processo penal comentado**. 3.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. ISBN 978-65-5614-219-7. p. 577-628.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa – **Processo civil: curso completo**. 4.^a ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. ISBN 978-857-30-8971-4

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo – **Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol.1, 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 978-855-32-1655-0

ZANETI JR., Hermes – Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). pp. 453-468. ISBN 978-85-442-1216-5

DOCUMENTOS LEGAIS

ALEMANHA – **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. [Em linha]. Versão alemã de 23 maio 1949. Tradução de Aachen Assis Mendonça, revisão jurídica de Bonn Urbano Carvelli. Berlin, 23 maio 1949, atualizada em 28 mar. 2019. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

BRASIL. Câmara dos Deputados – **Projeto de Lei n.º 8.046/2010**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EF3365C361A96BC5362EB04E1B9FC4BE.proposicoesWebExterno2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Em linha]. Brasília, 5 de outubro de 1988. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. Presidência da República – **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [Em linha]. Rio de Janeiro: DOU, 13 out. 1941[Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

_____. Presidência da República – **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. [Em linha]. Brasília: DOU, 24 set. 1996. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

_____. Presidência da República – **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. [Em linha]. Brasília: DOU, 17 mar. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 507.725/TO**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento: 04 jun. 2019. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe, 14 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal – **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 758/MG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 9 dez. 2020. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Publicação: 10 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial n.º 1.676.027/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 26 set. 2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 11 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 51.118/SP**. Relator: Ministro Félix Fischer. Julgamento: 11 jun. 2015. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe, 4 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal – **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 133.719/SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 2 maio 2017. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe, 02 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 83.255/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 05 nov. 2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ, 12mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus n.º 114.324/BA**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 28 maio 2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe, 18 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal – **Súmula n.º 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. [Em linha]. Brasília: DJ, 13 out. 2003. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em

WWW:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>.

CHILE. Congreso Nacional. Ministerio Secretaría General de la Presidencia – **Constitución Política de la República de Chile**. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. [Em linha]. Promulgación: 17 sept. 2005. Santiago: D.O., 22 sept. 2005. Última Modificación: Ley 21200, 24 dic. 2019. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/chi127261.pdf>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos). [Em linha]. San José, Costa Rica: CIDH, 22 nov. 1969. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – **Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7 e 13**. [Em linha]. Estrasburgo, jun. 2010. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_convencao_europeia_dh.pdf.

ECLI. European Case Law Identifier – **Processo n.º 2326/11.09TBLLE.E1.S1**. [Em linha]. Relator: Fonseca Ramos. Órgão Julgador: Sexta Secção. Publicação: 11 set. 2012. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2012:2326.11.09TBLLE.E1.S1.DF/>.

ESPAÑA – **Constituição Espanhola**. [Em linha]. Madrid: B.O.E., n.º 311-1, de 29 dic. 1978, Reforma del artículo 13, apartado 2, 27 ago. 1992. Madrid: B.O.E., n.º 207, 28 ago. 1992. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Delegados da Convenção de Filadélfia – **Constituição dos Estados Unidos da América – 1787**. [Em linha]. Washington, DC, 17 de setembro de 1787. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>.

ITÁLIA. Senato della Repubblica – **Constituição da República Italiana**. Costituzione Italiana Edizione in Lingua Portoghese. [Em linha]. Roma: Senato della Repubblica, [1947] 2018. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf

ONU – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). [Em linha]. Paris: ONU, 10 dez. 1948. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional [2005]. [Em linha]. Lisboa, 2 abr. 1976. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em: WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

_____. Ministério da Justiça – **Decreto-Lei n.º 329-A/95**. [Em linha]. Lisboa: Diário da República, n.º 285, 1995, 1º Suplemento, Série I-A, 12 dez. 1995. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/pesquisa/-/search/226051/details/maximized>.

_____. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro**. Lei da Arbitragem Voluntária. [Em linha]. Lisboa, 14 dez. 2011. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=contradit%F3rio&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1579&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=

_____. Supremo Tribunal de Justiça – **Processo n.º 07P3630**. Relator: Henriques Gaspar. Rejeitado por unanimidade. Lisboa, 7 nov. 2007.

_____. Tribunal Constitucional – **Acórdão n.º 137/2002**. Processo n.º 363/01. [Em linha]. Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Lisboa, 3 abr. 2022. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>

_____. Tribunal da Relação. **Processo n.º 204/14.9PCCBR.C1**. [Em linha]. Votação: Unanimidade. Coimbra, 8 jul. 2015. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/7606e3a3b77b476080257e7e004f4eb0?OpenDocument>.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento do Conselho – Memorando da troika anotado. [Em linha]. **Público**. 17 maio 2011. [Consult. 16 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://acervo.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>.