

A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO E SUA ESSÊNCIA: O CONTRADITÓRIO

*THE NATURE OF LEGAL PROCESS AND ITS ESSENCE:
THE CONTRADICTORY*

Sergio Luiz Souza Araújo¹

Karina Romualdo Conegundes²

Margareth Abreu Rosa³

Resumo

O presente artigo analisa a natureza jurídica do processo, como procedimento realizado em contraditório pelas partes. Para tanto, perpassa pelo conceito de processo e de procedimento, abordando o novo enfoque dado a esses institutos pelos processualistas. Analisa a teoria do processo como procedimento em contraditório, debruçando-se sobre a essência do processo moderno: o contraditório.

Palavras-chaves: natureza jurídica; processo; procedimento; contraditório.

Abstract

This article analyzes the legal nature of the process as adversarial procedure performed at parties. For that permeates the concept of process and procedure, addressing the new emphasis given to these institutes by knowledgeable of the criminal proceedings. Analyzes the theory of the process as adversarial procedure, leaning over the essence of modern process: the contradictory.

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Assistente da Universidade Federal de Viçosa.

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Faculdade de Direito Promove.

Key-words: legal nature; process; procedure; contradictory

1 INTRODUÇÃO

O processo penal contemporâneo de tipo acusatório se caracteriza pela separação de funções entre os órgãos da justiça criminal. Trata-se do famoso *actum trium personarum*. O processo é ato de três pessoas: autor que pede, réu que se defende, juiz que julga. E convém esclarecer que os órgãos da Justiça criminal são órgãos públicos, órgãos oficiais, órgãos estatais. Assim, dentre os sujeitos do processo aparecem o órgão acusador ou Estado acusador, detentor exclusivo do poder de promover a ação penal, instaurando o procedimento criminal e o juiz, órgão da jurisdição, responsável pelo julgamento e também um órgão estatal. Em face de um evento criminoso o processo penal se inicia por ato do Estado acusador que se dirige contra o Estado Juiz. Como é possível, então, que após o procedimento penal que se culmina com o provimento estatal, a sentença, possa ocorrer justiça legítima, se no quadro apresentado estamos diante do Estado todo poderoso com o monopólio da justiça criminal e como sujeito

passivo da pretensão estatal o acusado? Para responder a tal pergunta e com ela demonstrar a verdadeira finalidade do processo penal é que vamos revisitar os conceitos de processo, procedimento, e, notadamente, da garantia processual suprema, o princípio do contraditório.

Durante séculos o processo foi concebido como simples procedimento. Era o rito pelo rito, a forma pela forma, isto é, qualquer expedito procedimento para justificar uma sentença. Não é por outra razão que a criação do Tribunal do Santo Ofício no século XIII, foi concebido como o triunfo do direito. Superando a fase da ausência de formas, do puro arbítrio, do procedimento vago e despido de formalidades, o Tribunal do Santo Ofício instituiu um procedimento jurídico para acusar, provar e condenar⁴.

⁴ O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero *objeto de verificação*, razão pela qual a noção de *parte* não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto *puro*, ou seja, a *inexistência de partes*, no sentido que hoje emprestamos ao termo (COUTINHO, Jacinto

A grande transformação histórica e a autonomia científica do direito processual operam-se em finais do século XIX com a notável obra de Oskar Von Bulow que descobre no interior do procedimento, naquela série de atos interrelacionados entre si em direção à sentença, uma relação de direito. O processo passa a ser concebido como relação jurídica e desperta o entusiasmo e a adesão de juristas de várias partes do mundo:

Visto pelos romanos como um contrato ou quase contrato, revestido inclusive de sacralidade em alguns povos e civilizações, modernamente, com a exigência de tratamento técnico-dogmático do direito, mereceu novas configurações. Com a revolução ocorrida em meados do século dezanove na Alemanha, renovadora do estudo da ciência do direito, afirmou-se a autonomia da *rechtschutz anspruch* – pretensão à tutela jurídica – direito público subjetivo em face do Estado, ao lado e independente da pretensão de direito material, direito subjetivo privado gerador de pretensão voltada para o adversário. Aquela pretensão nova, regulada pelo direito, seria o substrato de uma relação também jurídica, que se distinguiria da relação colocada como objeto do conhecimento do

Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 23).

juiz (*res in iudicium deducta*). Seria ela a relação jurídica processual⁵.

Ademais, como nos explica Cândido Rangel Dinamarco,

Em tempos presentes presenciamos uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século passado e na primeira deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz a mera seqüência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, dentre as quais a do processo como relação jurídica e todas proscurendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito do processo.⁶

A nova concepção que se desenvolverá a seguir implica uma nova postura científica em relação ao processo: o processo

⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 126.

como espécie do gênero procedimento. Não se trata de reduzir o processo a um simples procedimento de ritos e formas a se justificarem a si mesmos. Não significa também retorno ao processo pré-científico que se reduzia a um simples praxismo. Haverá um deslocamento do centro de gravidade do Direito Processual, uma mudança de enfoque, e que é inspirada no ideal maior da ciência jurídica que é a de salvaguarda da liberdade. Nada obstante a constatação de que a teoria do processo como relação jurídica nos leva a decisões justas, ou que decisões injustas sejam cada vez mais raras, não se pode negar o autoritarismo de que é revestida, posto que sua essência reside nos vínculos juridicamente relevantes que se entretecem na série de atos que formam o processo. Vínculos de subordinação, vínculos de comando, vínculos de autoridade, vínculos de ordenação e que na prática forense se degeneram em vínculos de autoritarismo. Na ótica dessa teoria o juiz é colocado como órgão *suprapartes* ou *superpartes*. Os verdadeiros interessados, isto é, as partes, aquelas que sofrerão as conseqüências e os efeitos do ato final de provimento estatal muitas vezes são desprezadas, amesquinhas; de cidadãos se convertem em simples súditos, pois estarão sujeitos aos atos de império que emanam do juiz. A preocupação atual e que dota de

extraordinária legitimidade a nova teoria é a de que a sociedade não almeja apenas que as decisões sejam justas, mas que haja justiça no processo.

Antes, porém, de trazermos a lume o singular pensamento de Elio Fazzalari através do magistério de Aroldo Plínio Gonçalves, será preciso voltarmos aos conceitos de processo e procedimento.

2 CONCEITO DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO NA DOUTRINA TRADICIONAL

Segundo Hélio Tornaghi,

O processo é um caminhar para a frente (*pro cedere*); é uma seqüência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento. Deturpações: Qualquer ato que signifique um retardamento é um *nocesso*, uma paralisia; tudo quanto obrigue a voltar atrás acarreta um *retrocesso* (por ex.: os vícios que forçam à repetição de atos já praticados); a balbúrdia, movimento desordenado, é o tumulto. O processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como

fim e não como meio, é o contraprocesso (num hibridismo mais enfático: é o antiprocesso).⁷

Por essa razão, “pode-se perceber uma constante implícita em seu sentido: a de movimento e de conseqüente desenvolvimento e transformação, o que se contrapõe à inércia, à imobilidade e à inalterabilidade”.⁸

Nesse sentido,

Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, ‘caminhada’ (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comum as definições que colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (*Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias*), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos de procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos *atos* que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus *sujeitos*. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio

⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1.

⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 60.

extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.⁹

Nessa linha de pensamento a ideia de processo só pode ser apreendida pela sua finalidade. É uma ideia abstrata, não se vê o processo. Aquilo que existe nos fóruns e tribunais são os autos, conjuntos de atos que materializam os atos do procedimento.

Importante frisar que a partir da concepção que se adote sobre procedimento e processo é que se desenvolverá uma determinada teoria de Direito Processual:

No desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob

⁹ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

influência de Bülow, reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. Em progressivos passos, buscou estabelecer a distinção entre processo e procedimento, e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação. Esta distinção perdurou por muito tempo de forma quase soberana, até que começou a despontar, dentro da doutrina, uma outra proposta pela qual era possível se considerar as relações entre procedimento e processo.¹⁰

A doutrina tradicional sempre conferiu um caráter teológico ao processo, procurando demonstrar que o seu escopo seria ou de atuar o direito material ou pacificar com justiça^{11 12 13}.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 63-64.

¹¹ Nesse sentido, Chiovenda e Calamandrei, para quem a finalidade do processo é “*garantizar la observancia práctica del derecho objetivo*”, vez que “*el Estado defiende con la jurisdicción su autoridad de legislador*” (Apud JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28).

¹² Em sentido inverso, Denis Sampaio afirma que “não há qualquer vínculo normativo entre a aplicação do direito material com o sistema processual, o que haverá sim, é a necessidade de instrumentalização da aplicação do Direito Penal, através do Processo Penal, tornando este necessário àquele. Deve-se observar que o Direito Penal não figura autoaplicável (como ocorre no âmbito do Direito Civil). Somente terá sua aplicabilidade repressiva quando devidamente instrumentalizado e contraditado”. (SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*:

O procedimento seria apenas a forma e o modo como eram realizados os atos processuais. Trata-se de um problema fundamental e que nunca foi suficientemente explicado. Ora, se o processo tem caráter teleológico, o procedimento também o terá:

É que, se o procedimento se constitui em meio necessário (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.¹⁴

3 NOVO ENFOQUE DE PROCESSO E DE PROCEDIMENTO

a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.153).

¹³ Por outro lado, “não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo. A busca da verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado”. (BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 27.

¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 63-64.

A reação da doutrina à ideia de que processo fosse apenas o procedimento foi tão forte que praticamente liquidou com a ideia de procedimento. O processo absorveu o procedimento e o anulou:

Como assinala Elio Fazzalari, o desenvolvimento dos contornos dos dois institutos e o próprio emprego apropriado dos dois tempos tardaram muito. O conceito de procedimento mudou, acompanhando o desenvolvimento da realidade normativa, do direito positivo, e não foi por acaso que as maiores contribuições, para a sua alteração, vieram do campo do Direito Administrativo, que iria se inspirar justamente no modelo de processo, buscado nos domínios do Direito Processual. Entretanto, a doutrina processual não extraiu dessa mudança as conseqüências adequadas para definir o processo. Mesmo diante de um novo conceito de procedimento, os processualistas não aproveitaram essa contribuição para a conceituação do processo e, necessitando de um suporte teórico para defini-lo, prenderam-se ao antigo modelo da relação jurídica processual. Esse ‘velho e antigo clichê pandectista’, na expressão de Fazzalari, teria imperado, ainda, conforme expõe ele, em alguns decênios deste século. Entretanto, não se pode tratar a questão no passado, como o faz Fazzalari, porque a relação jurídica ainda predomina, mas, agora,

não já com a sua antiga soberania, sobre toda a doutrina.¹⁵

Surge, por essa razão, um critério lógico para a análise do processo e do procedimento, segundo o qual

[...] as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que ‘distinção’, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver no processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 67

contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. Fica evidente que essa concepção trabalha com um novo conceito de procedimento e dele extrai um novo conceito de processo.¹⁶

4 O CONCEITO DE PROCEDIMENTO

A teoria que estamos adotando de processo como uma espécie de procedimento exige a reelaboração do conceito de procedimento:

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido por seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional, o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas

¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 68.

quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter imperativo, o provimento se distingue de todos os demais atos (sejam atos dos órgãos da administração, dos órgãos legislativos e dos órgãos judiciários), pois no Estado de Direito o poder se exerce nos limites da lei e o Estado cumpre suas funções dentro do quadro legal que disciplina suas atividades.¹⁷

Tendo em vista o seu caráter complexo,

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas. O ato de caráter imperativo, um provimento, tem no procedimento sua fase preparatória, mas não é, entretanto, suficiente para esgotar sua definição. A atividade que precede sua

¹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 102-103.

emissão, ou edição, ou emanação, é constituída de atos que são disciplinados segundo um modelo normativo próprio, que determina sua especial forma de coordenação e de conexão, no desenvolvimento, ou no *iter* do procedimento, até o ato final.

O procedimento não é um conceito particular de uma disciplina, mas um conceito geral do Direito, e deve ser ‘colhido’, extraído, de um complexo de normas que incidem sobre atos e posições subjetivas que preparam o provimento, que é, como se viu, um ato do Estado, emanado de seus órgãos, na órbita de sua competência, dotado de caráter imperativo. Não é excessivo ressaltar que a expressão ‘posição subjetiva’ contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas. No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade desse ato e, conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento.

Quando o pressuposto para a incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista na norma anterior da série do complexo normativo, não se está diante da simples ordenação de uma cadeia normativa, que poderia ser linearmente concebida. Pressuposto, em linguagem filosófica e da

lógica, é premissa não explícita, e essa [...] é a proposição da qual são extraídas outras proposições, pelo processo de inferência, e [...] as conclusões podem se tornar novas premissas de novas conclusões, na cadeia de proposições, no raciocínio dedutivo. Essa é a noção fundamental para a apreensão do novo conceito de procedimento. Foi ele inicialmente referido como uma estrutura que prepara um ato final imperativo, o provimento, e essa estrutura é constituída de tal forma que, na cadeia normativa que disciplina os atos e as posições subjetivas, a incidência de uma norma só poderá se verificar validamente sobre os atos da seqüência, se a norma anterior houver sido observada e cumprida, na sua precisão de atos que poderiam ter sido exercidos ou que deveriam ter sido cumpridos. Em outras palavras, na seqüência normativa que compõe a estrutura do procedimento, a observância da incidência da norma que prevê o ato que pode ser exercido ou deve ser cumprido é pressuposto, é condição de validade, da incidência de outra norma que dispõe sobre a realização de outro ato, sendo deste o pressuposto, assim até que o procedimento se esgota atingindo seu ato final, quando se verificaram todos os pressupostos normativamente previstos para a emanação do provimento.

A observância da incidência da norma significa que os atos que ela permite são realizados ou têm a possibilidade de sua realização garantida, e os atos que ela estatui

como devidos são realizados quando não se permite a sua conversão em ônus. Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série e normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele efeitos. Mas o procedimento é mais do que mera seqüência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.¹⁸

Por tudo isso, o procedimento, considerado, sob três ângulos, como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, ao se referir aos destinatários do provimento final, revela que sua estrutura

se obtém quando se está diante uma série de normas (até a reguladora de um ato final, freqüentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua aplicação, o cumprimento

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 102 *et seq.*

de uma atividade regulada por outra norma da série¹⁹.

5 O PROCESSO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO PROCEDIMENTO

Como aduz Aroldo Plínio,

Fazzalari caracterizou os provimentos como atos imperativos do Estado, emanados dos órgãos que exercem o poder, nas funções legislativa, administrativa ou jurisdicional. O procedimento, como atividade preparatória do provimento possui sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto. O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece. O processo começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera

¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 113-114.

particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas. O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Chega-se, assim, ao processo como ‘espécie’ de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes.

Dentro da linha de raciocínio desenvolvida por Fazzalari, talvez a relação entre o ‘gênero’ procedimento e a ‘espécie’ processo possa ficar mais bem explicitada se se recorrer ao auxílio da lógica da relação entre classes para a apreensão de seu argumento. Uma classe se define pelas qualidades, ou propriedades comuns dos membros que nela se incluem. A classe dos procedimentos é constituída pela atividade que possui uma ‘estrutura normativa’ determinada, voltada para a preparação do provimento. A classe dos processos (jurisdicionais, legislativos, administrativos, e outros admitidos pelos ordenamentos jurídicos como os arbitrais) possui em comum a preparação do provimento com a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Como se disse,

anteriormente, a respeito dos princípios lógicos da inclusão, ela é válida se obedecida a hierarquia das classes. O procedimento, como ‘estrutura normativa’ que prepara o provimento, constitui a classe imediatamente superior pela abrangência que comporta, que nela se inclua a classe dos processos. É interessante observar que a via encontrada por Fazzalari, que foi a da cisão, quando ceifou o gênero, para extrair de seu âmago a espécie, importou, implicitamente, em uma relação que é, logicamente, de inclusão, porque a classe dos processos. Pela sua qualidade de atividade que prepara o provimento, compartilha, com os procedimentos, dessa ‘específica qualidade’ que os define. O que há de extraordinário nos resultados de suas investigações é a identificação do elemento que permite definir o procedimento e do elemento que constitui a diferença específica do processo, sendo que este é um procedimento.²⁰

6 O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO REALIZADO EM CONTRADITÓRIO

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 111 *et seq.*

Como espécie de procedimento, o processo tem como seu elemento essencial o contraditório, com a garantia de participação das partes na formação do provimento estatal final, a sentença:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. [...]

É claro que a atividade que prepara o provimento, seja administrativa ou jurisdicional, nem sempre constitui processo, pois o contraditório pode dela estar ausente. O provimento administrativo e o provimento jurisdicional podem ter como atividade preparatória o simples procedimento, como se dá, por exemplo, no âmbito da Administração, em relação a um pedido de inscrição em concurso público, um pedido de licença para porte de arma, um pedido de matrícula em instituição pública de ensino e, no âmbito do Judiciário, em relação a um pedido de tutela, enfim, aos atos da chamada ‘jurisdição voluntária’. Mas se ocorrer divergência de interesses sobre o provimento, entre seus destinatários, o procedimento pode se transformar em processo.

Da manifestação do poder jurisdicional, em razão da matéria constitucionalmente

organizada, segundo a estrutura dos órgãos jurisdicionais, podem ser apontadas as várias espécies de processo. Nos termos da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se falar em processo jurisdicional civil, penal, trabalhista, militar, eleitoral, constitucional e legislativo. [...]

É na sua caracterização que Fazzalari sublinha o valor da própria estrutura do processo para a democracia, o momento em que ele comparece nitidamente como um instrumento para a garantia da liberdade: “*Si tratta, dunque non di meri procedimenti, bensì di processi. Qui il processo conferma, se mai ve ne sai bisogno, la sua essenza di struttura privilegiata per la gestione democrazia di attività fondamentali; e dunque, di strumento per la salvaguardia delle libertà.*”²¹

Nos dizeres de Fazzalari,

[...] Por isso até ontem, e talvez ainda hoje, a característica própria do processo – o contraditório – não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas, e o processo foi absolvido na genérica fisionomia do procedimento. Somente ontem o processo recebeu um significado próprio (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo mais

²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 115 *et seq.*

adiante) e se revelou em toda a sua potencialidade e emprego ²².

Portanto, “o processo se caracteriza pelo chamamento aos interessados para participarem, em contraditório, do procedimento que prepara o ato imperativo do Estado, o ato jurisdicional que é a sentença e a imposição ou a negação da medida pleiteada”²³.

Por essa razão, no perfil do processo,

e particularmente o penal, como um instrumento de garantia individual contra eventuais e sempre possíveis abusos da força estatal, instituindo-se, como entre nós, os princípios do juiz natural, **do contraditório**, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definitiva, como base estrutural de um modelo democraticamente garantista²⁴.

O princípio do contraditório, por sua vez, tem como base e “se manifesta na ideia de bilateralidade da audiência ou contraditoriedade real e indisponível, isto é, todos os atos

²² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Bookseller, 2006, p.112.

²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 31.

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

praticados o devem ser na presença das partes e essas devem se manifestar sobre eles, especialmente os praticados pela parte contrária²⁵”.

Portanto, o contraditório nada mais é do que a necessidade de informação e a possibilidade de reação, sendo esses seus elementos essenciais²⁶. Mas, em se tratando de processo penal, o contraditório deve ser pleno e efetivo :

Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similiares²⁷.

²⁵ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 171-172.

²⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000, p. 52.

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000, p. 52.

Assim, essa bilateralidade de audiência ou contraditoriedade

se assenta no regramento denominado *princípio de justiça* e se justifica pela inafastabilidade do estabelecimento de *paridade de armas* entre os sujeitos parciais do procedimento penal, de sorte a determinar-se, conseqüentemente, o mais perfeito equilíbrio entre as duas atuações na *persecutio criminis*²⁸.

Isso porque

o único caminho a palmilhar na busca da verdade criminal²⁹ é o dialético. Não basta, no entanto, a ouvida, o *audiatur et altera pars* há de ser interpretado em sentido mais amplo: direito de contestar, de buscar a verdade, mediante fiscalização recíproca, e, acima de tudo, o direito de apresentar a contraprova, ou seja, a consagração do método dialético, na investigação da verdade³⁰.

²⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 159.

²⁹ Com tal afirmação, não se está defendendo que o fim do processo é a busca da verdade. Apenas se está afirmando que na busca da verdade, por meio da atividade instrutória, a dialética é o melhor caminho a ser trilhado, em observância ao contraditório.

³⁰ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Princípios do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

Por essa razão, reforçando o caráter dialético do processo, Aroldo Plínio afirma que

quer seja considerado estaticamente, em seu modelo abstrato, ou concretamente, em seu desenvolvimento concreto, o processo não se constitui, portanto, só de atos do juiz, que no exercício da função jurisdicional, representa o Estado, ou só de atos das partes, os jurisdicionados que irão receber os efeitos da sentença, mas forma-se gradativamente pela conexão das atividades de todos os sujeitos que dele participam: o juiz, as partes, o Ministério Público, quando a lei o exige, e, quando a lei o admite, o terceiro³¹.

Outro não é o entendimento de Giulio Illuminati, para quem

el aspecto más típico del proceso acusatorio, estrechamente conectado con el principio contradictorio es la oralidad del juicio, entendida ésta no sólo como el modo en que declaran los testigos, sino sobre todo como aquella forma que permite la inmediación³².

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 30.

³² ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*. In: AA.VV. *Proceso penal y sistemas acusatorios* (Org.): Lorena Bachmaier Winter. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 151.

Assim, não basta haver a intervenção das partes no processo, devendo essa intervenção ser exercida mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e deveres, de modo a haver a efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas; isso porque, sendo o processo necessariamente dialético, somente haverá simetria entre os seus participantes quando for possível intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas³³.

Somente com a concessão às partes de oportunidades para se manifestarem, em prazo razoável, a respeito das questões de fato e de direito que são essenciais para a decisão do feito, é que se garante o contraditório³⁴.

³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. Disponível em: <http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Artigo-O-juiz-e-o-princ%C3%ADpio-do-contraditorio.pdf>. Acesso em: 05.05.2014.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. Disponível em: <http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Artigo-O-juiz-e-o-princ%C3%ADpio-do-contraditorio.pdf>. Acesso em: 05.05.2014.

No mesmo sentido, as ponderações do professor Antonio Scarance Fernandes, ao consagrar os princípios da igualdade e do contraditório como sendo exigência para

que as normas procedimentais garantam a ambas as partes tratamento isonômico e lhes assegurem a ciência dos atos da parte contrária e a oportunidade de contrariá-los. Quanto ao primeiro, liga-se a outro princípio, o do *favor rei*, o qual, para equilibrar a situação do acusado à posição naturalmente privilegiada do Ministério Público, órgão de Estado, permite regras que o favoreçam. Ao levar em conta o contraditório, no encadeamento dos atos procedimentais, a defesa deve ser posta sempre em condições de reagir à acusação, atuando depois dela.³⁵

Dessa forma, os princípios da igualdade e do contraditório são importantes para que se possa ter um processo penal em conformidade com o devido processo legal:

- a) o ato inicial do procedimento deve consubstanciar acusação oferecida por sujeito distinto do juiz, incumbindo-lhe delimitar o fato que constitui o objeto do processo e do julgamento;
- b) os atos do procedimento devem ser desenvolvidos de modo a proporcionar a atuação imparcial do juiz e a

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

participação contraditória e igualitária das partes; na ordem procedimental, devem ser proporcionados à defesa meios eficazes para reagir à acusação formulada e aos atos praticados pelo órgão acusatório;

c) durante o procedimento, devem ser reservadas fases especiais para que a acusação e a defesa possam provar as suas alegações; o julgamento só pode ser proferido após a produção de prova pelas partes e depois que essas tenham se manifestado a respeito da prova realizada³⁶.

Tudo isso porque os processualistas “acabaram por descobrir que o processo, ao mesmo tempo em que funciona como meio para a composição de lides, funciona, também, concomitantemente, como instrumento de efetivação dos valores proclamados na Constituição [...]”³⁷.

Exatamente por essa razão, Hélio Tornaghi já afirmava, há anos, que a lei processual penal é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional dos direitos e das garantias individuais; isso porque, enquanto a lei penal procura garantir a paz, ameaçando com penas os atos ilícitos, a lei processual penal

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45-46.

³⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89.

protege os acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados, impedindo o arbítrio das autoridades processantes³⁸.

7 CONCLUSÃO

Com base em todos os argumentos expostos, pode-se concluir que o processo se caracteriza como sendo um procedimento realizado em contraditório, sendo essa sua natureza jurídica.

Isso porque o Estado, durante todo o processo, deve observar o Princípio do Contraditório, de forma plena e efetiva, garantindo às partes o direito de informação e de reação, participando ativamente da formação da sentença.

A finalidade do processo, portanto, é permitir a participação das partes na formação do provimento final – a sentença, dado seu caráter imperativo –, sendo, dessa forma, o contraditório indispensável à estrutura dialética do processo.

³⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 10-11.

8 REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

_____. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatório en Italia*. In: AA.VV. *Proceso penal y sistemas acusatorios* (Org.): Lorena Bachmaier Winter. Madrid: Marcial Pons, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*. Disponível em:

<http://alvarodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2012/09/Artigo-O-juiz-e-o-princ%C3%ADpio-do-contraditorio.pdf>. Acesso em: 05.05.2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Instituições de processo penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Princípios do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.