

# A NECESSIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO FATO COMO QUALIFICADO PARA O PLENO E EFETIVO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

*André Cezar<sup>1</sup>*

## RESUMO

O trabalho objetiva demonstrar a necessidade de tipificação pelo Ministério Público quando oferece a denúncia considerado o fato como qualificado para que haja possibilidade de efetivo contraditório e demais consectários de direitos e garantias fundamentais para caracterizar um processo penal constitucional e que cumpre com as disposições de um sistema penal acusatório, que embora não puro, determinam a necessária afirmação e efetividade de princípios como a imparcialidade do juiz nas suas atribuições, em virtude de uma necessária divisão de atribuições, o que implica na impossibilidade de invadir a esfera do órgão acusador para suprir a deficiência na demonstração de elementos mínimos de acusação e da individualização e correspondência entre o fato típico e sua definição legal.

**Palavras Chave:** Processo Penal; Tipificação; Sistema Acusatório; Teorias da Ação; Contraditório; Imparcialidade.

## INTRODUÇÃO

O Ministério Público, órgão a quem compete, além da obrigatoriedade da ação penal pública, a demonstração da correspondência entre os fatos narrados e os elementos do tipo penal, com elementos mínimos a permitir o seu recebimento (justa causa), considerando o processo como instrumento de garantia aos direitos fundamentais que serve para limitar o poder de punir do Estado, através de um sistema acusatório que permita o pleno e efetivo exercício do contraditório e de seus consectários.

No momento que o Ministério Público promove a ação penal, através de denúncia, essa obrigatoriedade não se limita ao princípio processual, mas à necessidade de demonstrar todos os elementos que permitam ao acusado exercer de forma ampla e na plenitude os direitos que sustentam sua defesa como forma de convencimento para uma sentença favorável.

Considerando o fato penal deve ser qualificado, porque embasa a pretensão acusatória como conteúdo ou objeto do processo penal e, por determinação legal ou por inafastabilidade do caráter constitucional do processo penal, bem como do sistema

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutorando do programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), campus Canoas.

acusatório, o Estado deve proporcionar todos os meios para a real efetividade dos direitos fundamentais, seja pela característica reativa ou ativista de políticas administrativas de justiça<sup>2</sup>.

O processo, enquanto situação jurídica define-se como dinâmico, de cargas a serem cumpridas pelas partes perante o juiz, numa divisão de atribuições que devem se afastar dos princípios civilistas de um processo que atende a interesses das partes e, no momento em que passa ser público, toda e qualquer referência está direcionada ao Estado como promovedor das garantias processuais que são individuais, mas não exclusivas das partes.

## 1. A PRETENSÃO ACUSATÓRIA E A EXIGÊNCIA PUNITIVA DO ESTADO.

O Estado de Direito determinou a necessidade do processo para aplicação da pena – *nulla poena sine lege* e *nulla poena sine iudicio*. Considerando que a teoria dominante estabelecida para o processo acusatório parte de uma *exigência punitiva*, que é uma construção técnica e artificial, assim como o próprio processo penal, é necessário afastar a essência do direito subjetivo de punir do Estado através da jurisdição para se legitimar<sup>3</sup>.

O meio para fazer valer a exigência punitiva estatal é a ação penal, que corresponde ao próprio Estado, através do Ministério Público (princípio da acusação estatal, pública) ou do próprio ofendido (princípio da ação privada), ou a todos os cidadãos (princípio da ação popular ou participação popular).

Além de ser titular do poder de punir e titular da ação penal, o Estado também figura como titular da jurisdição.

A legitimação do poder estatal de punir se dá através de um processo em que este mesmo Estado oportunize e ofereça, efetivamente, todos os meios para a isonomia, a proporcionalidade, a ampla defesa e o contraditório, a fim de que se dê a maior igualdade possível entre o poder de punir e o direito de liberdade do indivíduo.

O processo penal deve ser visto como *instituição estatal*, sendo *a única estrutura que se reconhece como legítima para a satisfação da pretensão acusatória e a imposição da pena, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que se pode lograr extraprocessualmente a satisfação da pretensão sem que necessariamente se tenha que acudir ao processo.*<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> DAMASKA, Mirjan R.. “**Activism in Perspective**”. Faculty Scholarship Series, 1983, Paper 1585. In [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1585](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1585), p. 1189, acesso em 29.08.2012.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales Del Proceso – Problemas Jurídicos y Políticas Del Proceso Penal**. Volume II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 42.

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008, p. 4.

Se, a pretensão tem por base o caso penal e é o objeto (conteúdo) do processo penal, então trata de todo o mérito que será enfrentado pelo magistrado quando houver o pronunciamento judicial através da sentença de *mérito*, portanto a pretensão sustenta *todo o mérito*, o que impede a exclusão da tipicidade (adequação do caso penal ao tipo) do enfrentamento de defesa e conseqüentemente da sentença (correlação).

Antonio Alberto Machado sustenta que:

“Demandar significa pedir, logo a demanda nada mais é do que o ato por meio do qual o demandante pede a satisfação de sua pretensão. Trata-se, portanto, de um ato que se esgota com a propositura da ação e não se confunde com a causa, nem com a ação, muito embora o termo *demanda*, no jargão processual, tenha sido muitas vezes utilizado com sinônimo de uma e outra.<sup>5</sup>”

Nesse sentido, se a pretensão acusatória tem por base o *caso penal*, está diretamente relacionada com o mérito, o que determina a necessária instrumentalidade do processo, que não significa que esteja a serviço de uma única finalidade, a satisfação da pretensão acusatória.<sup>6</sup>

Ainda, sobre o direito subjetivo do Estado foi natural durante certo tempo que tenha havido uma transmissão mecânica das categorias do processo civil para o processo penal. O Estado, titular do direito de punir, se comparava a um indivíduo que comparecia em juízo para pedir proteção jurídica. Porém, tal concepção não tinha fundamento, pois não seria compreensível o Estado, que tem o direito (poder) de punir fizesse o pedido ante um juiz cível.

Trata-se de vinculação ao pretérito, à “composição” que cumpria as funções de pena, quando poderia se entender a unidade entre processo penal e civil. Entretanto, desde o momento em que a pena adquire se caracteriza como pública, o processo penal tem se destacado (afastado) do processo civil, o que exige que tenha suas próprias categorias, adequadas à essência do seu objeto, o direito de punir do Estado através de um processo constitucional acusatório.

Para Goldschmidt, a pena é uma manifestação de justiça distributiva, que corresponde ao *jus puniendi* do próprio Estado que tem o direito de punir, o direito de julgar e de executar a pena. A teoria da exigência de punir desconhece que o Estado não exerce o direito de punir como parte, mas sim como juiz, somente através do processo. É um direito potestativo, anterior ao processo porque nasce do delito e somente pode ser exercido o poder de punir através do processo, porque corresponde *sólo al titular de la jurisdicción, que es representante de la justicia humana; es, pues, un derecho potestativo.*<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2009 p. 128.

<sup>6</sup> LOPES JR., op. cit., p. 27.

<sup>7</sup> GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 44.

## 2. O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS PARA O PROCESSO PENAL.

Os princípios de política processual não são outra coisa que segmentos das políticas gerais ou de Estado, são um termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição, por conta do que a ciência processual tem desenvolvido através de princípios que constituem o processo. A história do processo passa pelo conflito entre eles, uns sobre os outros ou sua fusão, o que determina e significa a própria evolução histórica do processo, em especial pelo aspecto constitucional que assume<sup>8</sup>.

O processo acusatório é uma criação do Estado de Direito, conforme o modelo do processo civil “*actus trium personarum*”, que tem como fim dispensar o juiz da iniciativa da persecução penal para garantir sua imparcialidade, com poder de punição, frente ao exercício da acusação, o que não se confunde com o processo civil porque não se exerce um direito próprio e o direito de punir, ao mesmo tempo em que é um direito<sup>9</sup>.

Mas, não só pela divisão de três personagens no processo, mas porque a situação jurídica do acusador é diferente do autor, que não pode exigir que se lhe adjudique o direito de punir do Estado:

La situación jurídica del querellante es completamente outra que la del actor. No hace valer, como este, un derecho próprio y pide su adjudicación, sono que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es verdadero sentido del “j’accuse”.<sup>10</sup>

O sistema acusatório não é puro, porque na doutrina brasileira é apontado como um sistema processual misto, tendo a fase pré-processual (investigação) caráter inquisitório e a fase judicial acusatório, com o que Aury Lopes Júnior não concorda:

“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 é 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.”<sup>11</sup>

Percebe-se, desse entendimento que não se trata de uma classificação fechada, em especial para o processo penal brasileiro, já que compõe uma primeira etapa puramente inquisitória, mas na fase processual, por mais que se apresentem características de um sistema acusatório, ainda persistem vigentes dispositivos oriundos de uma situação político-social arbitrária da época de sua construção, remontando

---

<sup>8</sup> GOLDSCHMIDT, p. 110.

<sup>9</sup> GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 49.

<sup>10</sup> GOLDSCHMIDT, p. 49.

<sup>11</sup> LOPES JR. Op. cit. p.58

aquela situação de que a lei reflete as circunstâncias que lhe rodeiam e, conseqüentemente lhe norteiam, como no caso, o Código de Processo Penal brasileiro, com forte influência do Código Rocco e do Estado Novo.

Embora, o sistema acusatório predomine em países de base democrática como o Brasil, ainda persistem resquícios das influências dominantes (inquisitivas) da época de sua construção e vigência, que ainda o distancia das circunstâncias atuais, pois a *concepção de sistema acusatório está íntima e indissolúvelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade*<sup>12</sup>.

Além do contraditório, base presente e permanente da defesa do acusado, em especial sobre a atuação do Juiz que exerce o poder de punir do Estado, sua imparcialidade passa pelo seu afastamento da carga das provas, considerado o processo como situação jurídica; logo, *deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão.*<sup>13</sup>

Assim, sobre sistema acusatório, Goldschmidt afirma que sem acusação não haverá jurisdição e, que não poderá haver alteração da classificação proposta pelo acusador pelo juiz ou condenação no caso de pedido de absolvição<sup>14</sup>. Da mesma forma, limita a produção de provas ou diligências àquelas que tenham sido propostas pelas partes, tampouco a oitiva de testemunhas de ofício.

A partir do momento em que o processo assume a característica pública, como já referido, o direito de acionar em juízo passa a ser considerado como um direito subjetivo público, independente da correspondência com um direito privado. É abstrato, preexistente à demanda judicial e exercitado através dela, cujo direito compete ao autor relacionado a uma lei, isto é, a uma verdadeira vontade abstrata da lei, ao que corresponde um dever do demandado também de caráter público, e que nasce tão somente do fato de que contra ele se tenha proposto uma demanda.

Se a ação é um direito subjetivo público, o direito que compete ao autor está relacionado à vontade abstrata da lei, que o bem comum para que o processo atenda uma necessidade social de aplicar a lei e, por consequência alcançar a justiça. Por isso, o direito concreto de agir (privado) relacionado com a certeza da sentença favorável e o direito abstrato de agir (subjetivo público), relacionado com a possibilidade de uma sentença favorável.

Assim, o dever do demandado também tem caráter público que nasce do fato de estar sendo demandado em juízo, ou seja, a ação judicial determina o caráter público da condição das partes e dos seus atos. Portanto, não há mais exclusividade e individualidade de direitos, mesmo que sejam garantias individuais. O exercício do

---

<sup>12</sup> LOPES JR., p. 73.

<sup>13</sup> LOPES JR., op. cit. p. 74.

<sup>14</sup> GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 95.

contraditório, da ampla defesa, em atendimento ao devido processo legal tem caráter público e de obrigatoriedade, assim como ao Ministério Público.

Entretanto, Aragonese critica tal doutrina afirmando que não existe um direito de agir sem a existência de um efetivo direito privado, de um interesse que possa levar a uma sentença favorável, porque a mera possibilidade, capacidade e liberdade de agir não são por si um direito concreto determinado.

E, continua o autor com a crítica ao afirmar que se a pretensão é de um direito generalíssimo, de todos os cidadãos, desvinculado de um privado, seria então o chamado “direito constitucional de petição”, através do qual só haveria direito de agir em alguns casos, quando não houvesse outra forma de solucionar o conflito<sup>15</sup>.

A desvinculação entre processo e direito material foi decisiva para determinar que o objeto litigioso se transformasse em pretensão acusatória:

El significado de la pretensión es puramente procesal. Se dirige al tribunal y se relaciona con la acción civil a través de la simple afirmación de la existencia o inexistencia de aquélla. No es un derecho subjetivo, sino una <consecuencia jurídica de estados de hecho>, o como otros afirman, <un estado de hecho con consecuencias jurídicas>. Basta con que se afirme <algo> y se solicite del órgano jurisdiccional una decisión basada en la petición jurídicamente condicionada para que proceso exista.<sup>16</sup>

Ou seja, mesmo que ainda parem resquícios uma ótica privada da pretensão, mesmo que ainda se sustente haver um teoria unitária e geral do processo, mesmo que o sistema acusatório não seja puro, importa que, o Ministério Público, ao assumir a função pública da acusação deverá permitir ao acusado a mais ampla possibilidade do exercício pleno de defesa, e não poderá o autor limitar-se a narrar somente os fatos, porquanto não poderá o juiz extrair dos fatos as consequências jurídicas, as reconhecendo sem que tenham sido especificadas pelo órgão acusador.

### **3. SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO.**

O afastamento da concepção do processo como apêndice do direito privado e o seu ingresso no âmbito do direito público, passando pela sua condição como relação jurídica implica na delimitação da análise sob a ótica das teorias de direito público.

As teorias que utilizam categorias jurídicas próprias estão baseadas na concepção dinâmica do direito. Com a desvinculação do direito processual do direito material, a concepção estática e a dinâmica foram tomando corpo<sup>17</sup>, quando James Goldschmidt estabeleceu como fundamento o dinamismo no processo.

---

<sup>15</sup> ALONSO, op. cit. p. 179.

<sup>16</sup> ALONSO, op. cit. p. 180.

<sup>17</sup> “Conforme ha expuesto WERNER GOLDSCHMIDT, los albores del dinamismo jurídico se hallan en el concepto del derecho abstracto a la demanda establecido por DEGENKOLD y PLOSZ, com lo que se

O método estático está relacionado com o direito material privado, à ação e à sentença favorável, porque se estabelece a certeza pela adequação rígida do fato à lei; portanto, o processo serve somente para dar fundamento ao direito (que pré-existe), como no direito romano em que as pessoas estavam em posições estaticamente imóveis dentro da sociedade (senhor e servo).

Sob o aspecto da certeza sobre o fato e a lei, o processo é necessário para lhe dar fundamento, para legitimar a intervenção do estado para não ser considerado como vingança pública.

Para tanto, é necessária a descrição do fato típico como qualificado, reforçando a imprescindibilidade da justa causa, não somente com elementos mínimos de prova, mas pela correspondência individualizada entre fato e tipificação, afastando a idéia de que, a simples descrição do fato é suficiente para que o juiz diga o direito, retomando a característica básica de um sistema inquisitório, de não divisão de atribuições entre os personagens, a limitação no contraditório e o não atendimento do princípio da imparcialidade do juiz.

Estabelece-se, portanto, a afirmação de um método dinâmico que está relacionado com um direito abstrato de ação, porque, embora tenha relação com o direito material, o processo é um local de incertezas:

“Um mundo nuevo se nos abre al entra en el proceso. Por una vertiente nos encontramos con pretensiones em el sentido de súplicas, de pedimentos, basadas sobre afirmaciones referentes a la existencia de normas y de hechos y a la aplicabilidad de las primeras a los segundos. También presenciamos la proposición y la práctica de pruebas para asseverar las diferentes afirmaciones o al menos parte de ellas. Las pretensiones están sometidas a las valoraciones de admisibles o inadmisibles (en apariencia), por um lado, y las de fundadas o infundadas (también em apariencia), por outro lado. Em la outra vertiente hallamos un examen de las pretensiones bajo el prisma valorativo ya mencionado.<sup>18</sup>

Se, o processo está baseado em incertezas, o equilíbrio (paridade de armas) somente será possível através do contraditório (teses de controvérsias), que exige conhecimento pleno e efetivo de todos os elementos que compõe a pretensão acusatória, as afirmações sobre fatos e sua adequação típica, bem como as provas que servem de carga a se desincumbir o órgão acusador.

---

inicia la independización del derecho procesal del derecho material, atalayada ya por la concepción wischeindiana entre derecho y acción, así como por KOHLER y WEISMAN cuando, en contra de WACH, pusieron de relieve que en el derecho procesal el derecho material debe considerarse como incerto, como <en tela de juicio>. Los términos concepción estática y dinámica fueron acuñados por SPENGLER, conforme se ha dicho anteriormente. Sin embargo, la elaboración fundamental del dinamismo en el proceso se debe a la monografía de JAMES GOLDSCHIMDT, *Process als Rechtslage*, posición que ha sido seguida por los procesalistas escandinavos SKEIE y WREDE. La relación jurídica de derecho material se convierte en el proceso en una nueva relación especial, catalogada por GERHARD HUSSERL como relación final. In ALONSO, p. 232.

<sup>18</sup> ALONSO, op. cit. p. 233.

### 3.1. TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Com origem na pesquisa de Oscar Von Bülow (La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales), em 1868, conhecido por ser o criador do movimento científico do processo. Diferentemente do caráter privado até então sustentado pelas teorias anteriores, Bülow sustenta que a relação jurídica é pública, já que se estabelece entre funcionários do Estado e cidadãos *la función procesal se lleva a cabo por funcionarios públicos y la actividad de las partes se tiene en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad pública*<sup>19</sup>.

De certa forma, Bülow já sinalizava um afastamento da ideia estática sobre o processo porque a relação jurídica avança gradativamente *“la relación jurídica procesal avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso, lo que constituye una cualidad importante del proceso”*.<sup>20</sup> A teoria de Bülow foi seguida pela maioria dos doutrinadores, em especial pelos alemães e italianos, o que determinou que fossem estabelecidas algumas variantes à ideia inicial, como é o caso de Wach, que mantém o entendimento de Bülow sobre a relação triangular entre partes e juiz e, portanto, uma relação de direito público.

### 3.2. O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo como situação jurídica foi exposta por James Goldschmidt<sup>21</sup>, para quem as normas jurídicas tem como natureza ser um imperativo para as pessoas (situação estática ou material do direito) e medidas para o exercício da jurisdição (situação dinâmica ou processual).

Os imperativos de direito público, enquanto não se dirigem aos indivíduos, impõe obrigações ao Estado (auto-obrigação), especialmente quando há identidade do direito com a vontade do Estado. As leis penais constituem, em primeiro lugar o *ius puniendi* do Estado, e em seguida a obrigação de punir. Para desempenhar o *ius puniendi* o Estado impõe a todos os indivíduos o imperativo de não cometerem crimes, assim como são normas para a jurisdição e o juiz (órgão do Estado) julgue a conduta e os acusados (imperativo).

A partir do momento que a lei é imperativo para jurisdição, o juiz não é mais súdito e sim soberano do direito (poder), ou seja, num primeiro momento a lei destina-se aos indivíduos, dentre eles o juiz como súdito; depois destina-se aos órgãos do

---

<sup>19</sup> ALONSO, p. 204.

<sup>20</sup> ALONSO, p. 206.

<sup>21</sup> “JAMES GOLDSCHMIDT descubrió en su fundamental monografía un mundo nuevo, orbe de pretensiones y resoluciones que orienta hacia el derecho material como hacia su norte, mas sin atisbarlo siempre com claridade, sin saber jamás si la luz ténue y lejana es estrella fija o fuego fátuo, cortando las controversias con actos de voluntad.” In ALONSO, p. 233.

Estado, incluindo o juiz, agora como soberano; portanto, ao aplicar a lei, o juiz não o faz somente por obedecê-la, mas por cumprir o caráter profissional<sup>22</sup>.

O curso do processo é que vai confirmar a expectativa de uma sentença favorável, dependendo das consequências jurídicas advindas do desvencilhamento das cargas de cada parte.

Tais elementos confirmam a necessária demonstração dos elementos do tipo penal na narrativa acusatória do Ministério Público, em virtude da dinamicidade que o processo apresenta, motivo pelo qual, é necessária a efetiva promoção de todos os elementos sobre os quais deve se concentrar a defesa do acusado.

#### **4. A BUSCA DA PLENITUDE E EFETIVIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.**

No momento em que a liberdade (*jus libertatis*) está ameaçada pelo processo (exigência punitiva do Estado), e o Estado (sistema democrático) tem a obrigação de oferecer todas (máxima) condições e oportunidade para o exercício dos direitos fundamentais, em especial o contraditório para impedir o *jus puniendi*, ou seja, obrigatoriedade de todos os elementos que devem ser contrapostos pela defesa.

Além de estabelecer a ordem coativa (*jus imperii*) à comunidade jurídica, o Estado põe à mostra seus poderes-deveres em favor da sociedade. Assim, havendo ofensa a um bem jurídico tutelado, investe-se da função do sujeito ativo de parte, provocando a incidência do provimento normativo. No lado oposto, está o acusado, o sujeito passivo, envolto no manto do *jus libertatis*, ao abrigo da presunção de inocência, garantido pelo mais amplo direito de demonstração dos excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, como também da desnecessidade da aplicação da sanção penal. O terceiro sujeito, também integrante do Estado, mas com status de poder independente, é o garantidor do equilíbrio entre os dois polos na relação processual.<sup>23</sup>

Qualquer limitação ao exercício do direito fundamental do contraditório com a exclusão da necessidade de tipificação da conduta, correlacionando o fato com a tipicidade é característica de um sistema inquisitório.<sup>24</sup>

Com a obrigatoriedade de o Estado promover a participação popular no processo (sistema acusatório), a busca pela liberdade, também como direito fundamental e pético, exige a ampliação na informação sobre todos os atos (isonomia) e todo o conteúdo do processo (pretensão acusatória), vinculada ao caso penal (qualificado pela

---

<sup>22</sup> ALONSO, op. cit. p. 237.

<sup>23</sup> GIACOMOLLI, José Nereu; Paulo Cláudio Tovo (organizador). **Estudos de Direito Processual Penal – Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 106.

<sup>24</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 105.

tipicidade), para que o acusado exerça pleno contraditório através de todos os meios necessários (paridade de armas), para impedir a restrição ao *jus libertatis*.

Aliás, o *jus libertatis* também diz respeito à liberdade processual, uma vez que lhe permite a Constituição da República que exerça a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos de forma plena (liberdade na produção das provas – carga probatória) e efetiva (durante todo o processo). Aqui, portanto, mais um elemento a demonstrar que, tanto as condições da ação não estão limitadas ao recebimento da denúncia (justa causa), como a qualquer momento (no caso da *emendatio*), tais condições devem ser demonstradas e submetidas ao contraditório.

Mais, a informação (publicidade, sistema acusatório), que não está limitada ao conhecimento sobre os atos processuais, é verdadeira premissa ao exercício do contraditório. Se, compete ao Estado-Juiz dar conhecimento às partes sobre os atos processuais (paridade de armas), não é ônus do Ministério Público a tipificação da conduta em correspondência com o fato qualificado.

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra.<sup>25</sup>

O termo justiça corresponde ao bem comum e, às vezes, parece mais apropriado, adequado. Se, a lei a lei objetiva o bem comum, o que se busca através dela é justiça, dependendo somente de sua materialização, estabelecendo uma zona de liberdade dentro da qual o indivíduo se transforme em pessoa:

“El principio supremo de la justicia consisten en exigir para cada cual una zona de libertad dentro de la que pueda transformarse de “hombre en persona”. Los criterios que deben guiar al hombre a desenvolver su personalidad no pueden ser desprendidos de la justicia, sino que han de deducirse de otros valores, ora económicos, ora culturales, ora metafísico-religiosos, cuya mutua sub y supra-ordenación tampoco es mision del valor justicia. Em cambio, sí constituye contenido del mismo la estructura de un régimen de justicia que dé a cada cual la reclamada zona de libertad. (Prólogo a La Primera Edición, Werner Goldschmidt, p. 33)

Da passagem é possível verificar que as garantias individuais passam a ser materializadas, sob um aspecto de justiça – bem comum, quando o sujeito conquista a zona de liberdade.

a) para se falar em zona de liberdade dentro do processo, confirma-se a idéia de um sistema dinâmico (Goldschmidt), porque a zona de liberdade deverá ser conquistada, dependendo dos atos e carga de provas a produzir.

---

<sup>25</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

b) o contraditório configura uma zona de liberdade, porque naquele momento, conquistado, se materializa a garantia fundamental de contraposição, de defesa.

c) o contraditório não é um direito individual, porque é garantia constitucional, portanto, não é privado, mas para o bem comum (garantia de liberdade); e, quando exercido porque conquistada a zona de liberdade, deixa de ser abstrato a uma pessoa e passa a ser concreto porque a todos interessa seu exercício;

d) considerando que o exercício do contraditório (não individual), passa pela carga de provas, não é individual, porque as provas são do processo, comuns e não privadas; pois, mesmo que produzidas por uma parte, podem ser utilizadas pela outra.

Uma das formas de desenvolver o respeito à personalidade se atinge pelo seu fortalecimento através do estabelecimento de direitos fundamentais e, isso se dá pelo dever de o Estado de promover a Justiça, assim como a resistência e o enfraquecimento do poder do Estado, através da divisão dos poderes e da autonomia dos órgãos judiciais<sup>26</sup>.

Para Aragoneses, o processo é uma forma de atuar da justiça. O princípio supremo do processo reside na imparcialidade. Há que se distinguir em ser parte e ser parcial. Tanto a parte como o terceiro podem ser parciais ou imparciais, entretanto, o terceiro oferece maior probabilidade de imparcialidade:

Toda persona debe tener, por el solo hecho de serlo, libre acceso a los tribunales de Justicia, em igualdad de condiciones que la parte contraria. La imparcialidade exige la observância del principio *audiatur et altera pars*. El principio supremo procesal conduce igualmente al gobierno del principio dispositivo para assegurar al vez el papel de terceiro, y el cual plasma em el adagio *Nemo iudex sine actore*. El principio contradictorio y el dispositivo están enlazados, em efecto, al supremo principio de la imparcialidade. El principio de contradicción pertenece a la misma esencia del proceso como controversia que garantiza la imparcialidade. El principio dispositivo entra em el meollo del proceso como estrutura heterocompositiva, por la cual los interesados em el reparto sufren la decisión coactiva de un terceiro, con la garantía que, por regla general, entraña la imparcialidad.<sup>27</sup>

O processo judicial não deixa de ser uma forma de coação e imparcial na obtenção de uma justa distribuição, referindo-se a Goldschmidt e afirmando que a ser imparcial não significa não se ser parte, ou de modo diverso, mesmo sendo parte a imparcialidade lhe é necessária, porque, na ótica do autor, a imparcialidade é uma espécie de determinada motivação, consistente na declaração ou resolução através da qual se pretende dizer a verdade, definir com exatidão, de resolver justa ou legalmente algo.

---

<sup>26</sup> ALONSO, op. cit., p. 138-139.

<sup>27</sup> ALONSO, p. 36-37.

A obrigatoriedade da defesa nasce da consideração de que o processo, entendido como sistema de controvérsias de duas teses enfrentadas para averiguação da verdade é a única maneira segura de aproximar a justiça dentro das possibilidades humanas. A jurisdição, portanto, encerra um *círculo vicioso* porque o processo responde a uma necessidade social, e a jurisdição serve para responder a essa necessidade. A imparcialidade exige o atendimento do princípio *audita altera pars*, pois a legitimidade do processo e da imparcialidade do juiz estão na oportunidade de as partes exporem suas controvérsias para um julgamento justo.

Por sua vez, o contraditório firma a controvérsia, portanto, cabe ao Ministério Público a narrativa dos fatos e dos elementos da tipicidade, porque, se o juiz pretender condenar, terá que produzir elementos sobre a tipicidade (que deve ser expressa pelo MP) para a sentença condenatória, cuja carga é do órgão acusador, não do juiz, caso contrário terá que obrigatoriamente absolver.

Se, o juiz tiver que produzir carga sobre elementos de tipicidade que não foram descritos, tanto estará tipificando o fato (que é atribuição do órgão acusador), quanto buscando elementos para sustentar uma possível condenação, que não lhe é atributo (sistema acusatório). Por outro lado, a necessidade de o Ministério Público narrar os fatos e delimitar a tipicidade oportuniza (amplo) e permite (efetivo) o contraditório, ou seja a controvérsia.

O contraditório pressupõe a necessária informação para que se permita a reação do acusado durante todo o processo pela necessidade de *proporcionar ao réu o conhecimento do que contra ele se pede, ensejando-lhe a possibilidade de defesa*.<sup>28</sup>

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.”<sup>29</sup>

Trata-se, portanto, o processo de estruturação equilibrada entre a jurisdição, a ação e a defesa. O equilíbrio entre as partes e a efetividade das garantias passa necessariamente pelo atendimento do devido processo legal, uma vez que estabelece a forma através da qual restará limitado o poder punitivo do Estado e a legitimidade para se opor ao *jus libertatis*. Novamente, a insistência pelo uso da expressão *pretensão punitiva*, com o que não é possível concordar, ante sua vinculação ao aspecto material invocado e à teoria concreta da ação.

---

<sup>28</sup> FERNANDES, op. cit. p. 65.

<sup>29</sup> FERNANDES, p. 36.

A garantia constitucional do devido processo legal não está limitada às formas processuais, mas também será *substancial*, em virtude do processo legislativo que precede a individualização dos atos no procedimento; portanto, assim como a recepção da legislação ordinária pela Constituição, a produção legislativa estaria sempre voltada para o aspecto constitucional de efetividade às garantias fundamentais. Sobre a igualdade processual no tratamento das partes defere-se a *par condicio*, que representa o equilíbrio entre acusação e defesa:

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de seu advogado. Essa situação de desvantagem justifica tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, e a consagração dos princípios *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade do indivíduo, só restringível por condenação quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficariam inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria.<sup>30</sup>

O autor reconhece a desigualdade *natural* que existe entre acusação e defesa, por estar aquele primeiro *afeto* ao órgão oficial, cuja estrutura difere da estrutura de defesa, geralmente produzida por profissionais particulares. Não que esta seja a situação que justifique a hipossuficiência da defesa, até porque a instituição Defensoria Pública não tem melhor estrutura em comparação ao Ministério Público e também é custeada pelo orçamento público.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade do processo penal como instrumento de garantias passa, necessariamente pela adoção de medidas que amplie, ao máximo, um sistema acusatório que, embora não possa ser considerado puro, determine a aplicação de todas as garantias possíveis ao pleno e efetivo exercício da defesa do acusado perante o poder de punir do Estado.

A dificuldade no exercício pleno de defesa, ainda passa pela circunstância histórico-político-social através da qual, a sociedade insiste na aplicação de práticas de repressão criminal, através do processo penal como mecanismo estatal de resposta aos anseios sociais, mesmo que, para isso use da suspensão de direitos e garantias individuais.

Assim, algumas considerações são importantes para delinear focos de enfrentamento de questões relacionadas à necessidade de tipificação do fato como qualificado para o pleno e efetivo exercício do contraditório:

---

<sup>30</sup> FERNANDES, op. cit. p. 53.

a) em não sendo necessário que o órgão acusador determine a correspondência entre os fatos e o direito (tipificação), demonstra a certeza sobre uma sentença favorável (método estático);

b) em o Ministério Público não definindo o tipo penal, o juiz transcende suas atribuições no processo (sistema acusatório), invadindo a esfera de divisão e autonomia dos órgãos públicos porque terá que relacionar a acusação e a sentença (correlação), além de buscar e produzir elementos para que a sentença seja procedente (condenatória);

c) o Ministério Público, ao não individualizar o tipo penal sobre o qual está delimitando a pretensão acusatória (acusação), não oportuniza o exercício do contraditório, não atende ao devido processo legal, não permite a exposição de teses de controvérsia (equilíbrio – sentença através do processo que define a melhor tese de controvérsia), não dá publicidade da acusação (a oportunidade do contraditório tem por premissa o conhecimento, a informação);

d) a garantia de contraditório, por ser direito fundamental é público, não individual e também, pela teoria da relação jurídica se estabeleceria como obrigatória, porém é oportunidade de o acusado “descarregar”, desvencilhar-se da prova que precisa produzir para evitar (prevenção) de uma sentença desfavorável;

e) somente haverá imparcialidade (supremacia do processo democrático) se o juiz estiver afastado da produção das provas, sendo mero espectador (sem expectativa), por força de como as partes irão manusear com as suas cargas (tanto acusação quanto defesa);

f) o exercício do contraditório é garantia da *zona de liberdade* em que o indivíduo (individual) para ser pessoa (personalidade, efetividade da garantia constitucional)

Dessa forma, o desencadeamento de conseqüências pelo não atendimento de princípios que devem ser norteadores de um processo penal constitucional implica na necessária tomada de medidas pelo Estado como promovedor e garantidor do equilíbrio entre as partes e da imparcialidade na administração da justiça, dentre as quais, o atendimento de um contraditório, através do qual, todos os demais princípios estarão protegidos.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2ª edição, 1997.

AMBOS, Kai, Marcellus Polastri Lima. **O processo Acusatório e a vedação Probatória – Perante as realidades alemã e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral I.** 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DAMASKA, Mirjan R.. “**Activism in Perspective**”. Faculty Scholarship Series, 1983, Paper 1585. In [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1585](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1585), acesso em 29.08.2012.

\_\_\_\_\_ **Las Caras de La Justicia y El Poder Del Estado – Análisis comparado del proceso legal.** Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1986.

\_\_\_\_\_ **The Shadow Side of Command Responsibility.** Faculty Scholarship Series, 2011, Paper 1574. In [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1574](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1574), acesso em 29.08.2012.

D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal – Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías. La ley del más débil.** Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.** 2ª Ed. Trad. Perfecto Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayon Mohino; Juan Terradillos Basco e Andrea Greppi. Madri, Trotta, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **As garantias constitucionais do processo, Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal – na perspectiva das garantias constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GIACOMOLLI, José Nereu; Paulo Cláudio Tovo (organizador). **Estudos de Direito Processual Penal – Grupo de Estudos de Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales Del Proceso – Problemas Jurídicos y Políticas Del Proceso Penal.** Volume II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Volume 1, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

LOPES JR., Aury, Gustavo Henrique Badaró. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Editora Lúmen Juris, 2009.

MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

PRADO, Geraldo e Diogo Malan, organizadores. **Processo Penal e Democracia – Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da, Sylvio Lourenço da Silveira Filho. **Para um Processo Penal Democrático – Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli, organização e tradução. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.