

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 01, vol. 01, pp. 83-106, 2024
·ISSN - 3020-898X ·DOI: 10.5281/zenodo.12520678

O principio do contraditório no processo penal a luz da teoria de Fazzalari

El principio de contradictoria en el proceso penal a la luz de la teoría de Fazzalari

Márcio Bonini Notari¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Introdução. 2. A diferença entre procedimento e processo. 3. Identificação e reconhecimento dos procedimentos. 4. O contraditório entre as partes no processo penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: A compreensão do processo penal sob a égide do estado democrático de direito, requer uma análise teórica e epistemológica a partir de autores, até mesmo, do campo processual civil, uma vez feito os recortes possíveis e sua aplicabilidade relacionada à prática processual penal. De tal modo que, e importante repensar o papel das partes no âmbito do contraditório e da ampla defesa, como garantidor das garantias processuais e do processo em si, enquanto instrumento de participação simétrica entre as partes, de atos estatais válidos e eficazes, precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, na preparação de um provimento final (Sentença). Para tanto, o presente trabalho busca repensar o princípio do contraditório no processo penal a partir da teoria do jurista italiano Elio Fazzalari.

Palavras chave: Ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes.

Sumario: Entender el procedimiento penal bajo la égida del Estado democrático de derecho requiere un análisis teórico y epistemológico fundamentado en autores, incluso del ámbito procesal civil, una vez realizados los posibles cortes y su aplicabilidad en relación con la práctica procesal penal. De tal forma que es importante repensar el papel de las partes en el ámbito de la defensa contradictoria y amplia, como garante de las garantías procesales y del propio proceso, como instrumento de participación simétrica entre las partes, de validez y Actos efectivos del Estado, precedidos de la actividad preparatoria, disciplinados en el ordenamiento jurídico, integrados por una secuencia de normas, actos y posiciones subjetivas, en la preparación de una sentencia firme (Sentencia). Por ello, el presente trabajo busca repensar el principio

¹Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Àgora no Estado do Mato Grosso.

contradictorio en el proceso penal a partir de la teoría del jurista italiano Elio Fazzalari.

Palabras clave: Defensa plena, contradictoria, igualdad entre las partes.

1. INTRODUÇÃO

O ponto de partida foi o ato do estado, dotado de caráter imperativo, para o qual se volta toda a estrutura normativa que disciplina a atividade constituída pelo procedimento. O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.

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, válido e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico.

Sob a ótica de repensar o processo penal a partir de uma perspectiva teórica, o presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da ampla defesa e do contraditório com base nos pressupostos teóricos processuais estabelecidos pelo jurista italiano *Elio Fazzalari*, tendo como premissa as ideias de contraditório entre as partes no processo visto como procedimento em contraditório (a igualdade de tratamento e o direito a informação).

Importante destacar que, o jurista italiano embora não seja um “processualista penal”, pois no contexto de sua obra, acaba sendo dada uma ênfase maior ao direito processual civil, por outro lado, torna-se possível fazer um recorte na teoria fazzalariana com vistas à edificação de um processo penal democrático e a possibilidade de ligação entre ambas as aéreas processuais. Pergunta-se: é possível pensar o contraditório como princípio orientador do procedimento até o provimento final, ou seja, a sentença, no âmbito do processo penal?

Considerando que nosso trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem a se adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo, tendo pressuposto argumentos gerais, para argumentos particulares; quanto ao procedimento será analítico e o histórico crítico, procurando dar tratamento localizado á matéria objeto de estudo, aferindo o universo da dogmática jurídica.

2. A DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

O autor inicia o capítulo discorrendo sobre a necessidade de discutir em que consistem os institutos do processo e do procedimento. Nesse ponto, ensina Fazallari: *Sequenze di norme e di atti ce ne sono sempre state* (sempre houve sequências de regras e atos)

Segundo Fazzallari, “*Le realtà che noi oggi chiamiamo e intendiamo come procedimento e come processo si sono sempre svolte; e che la enucleazione dei due schemi e l'impiego appropriato dei due termini sono tardati molto*”². Essa distinção, na visão do jurista italiano, sobre o uso adequado da terminologia entre ambos os institutos, requer além de uma proposta de elaboração teórica, a ideia de que adoção atual de procedimento não ficaria restrita ao âmbito da atividade administrativa. Ensina o autor:

“Peraltro, elaborazione teorica e stata sollecitata, oltreché dal bisogno di chiarezza che anima ogni ricerca, anche da espliciti suggerimenti delle normazioni positive. Ancorché l' attuale nozione di «procedimento» non sia certo limitata all' ambito deli' attività amministrativa, e in quest'ultimo ch'e venuta storicamente emergendo un'apposita disciplina: si pensi, in specie, nell' area latino-germanica e quali manifestazioni perspicue dello Staatstecht, alla Verwaltungsverein/achungsgesetz austriaca (1925), che, sulla scorta della legge costitutiva dei supremo tribunale amministrativo, del 1875, e dell'opera del T ezner (3), detta regale uniformi sul procedimento amministrativo (peraltrn, la prima legge generale sulla procedura amministrativa e m1dla spagnola del 1889); all' analogo regolamento cecoslovacco (1928); al regolamento polacco sulla procedura amministrativa (1928); alia ricezione della disciplina austriaca da parte del Regno di Jugoslavia (1930); e, nell'area di common law - lo abbiamo

²FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto Processuale*. 7º ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 74.

rilevato (4) - all.'administrative procedure act (1947) relativo alle independent regulatory Commissions degli Stati Uniti (la prima delle quali del 1887; il loro incremento data dal tempo del New Deal roosveltiano), improntato al principio costituzionale del «due process o/ law»; nonché alia fair and proper procedure derivante, in Inghilterra, dalla rule o/ law”³.

Para o autor, mais precisamente nas fontes históricas e derivadas, seria possível, segundo na visão do autor italiano, o aprendizado sobre o princípio *Parteiengehör*; esse principio consiste no princípio de “ouvir” o cidadão em causa e/ou mesmo o contraditório dos destinatários da prestação, o que marca a história processo de passagem de mero procedimento a processo.

Nesse sentido, o pensamento jurídico tem seguido um caminho aparentemente estranho, historicamente explicável. Os processualistas sempre lutaram, pela grandeza do fenômeno (que o autor italiano denomina de “a trave no próprio olho”), para definir o processo e o próprio esquema da disciplina de sua competência, mantendo firmes, ainda durante algumas décadas deste século, ao velho e inadequado “clichê pandético da “relação jurídica processual”.

Conforme ensina o professor Aury Lopes Júnior⁴, a teoria do processo como procedimento em contraditório estruturado por Fazallari, pode ser considerada como uma continuidade dos estudos de James Goldschmidt (processo como situação jurídica), ainda que isso não seja uma posição assumida, mas acaba sendo notória a influência do professor alemão⁵.

O procedimento, nessa ótica, não seria não a 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 sequência de

³FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto (...)* Ob. Cit., p. 74.

⁴LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. Editora Saraiva: São Paulo, 2023, p. 286.

⁵Em 28 de junho de 2009 completaram-se 69 anos do falecimento do jurista alemão James Paul Goldschmidt. Considerado por muitos como um dos maiores processualistas de todos os tempos, Goldschmidt, como afirmado por EB. SCHMIDT teve “o mérito imperecível de ter submetido o ‘pensamento processual’ a uma ‘crítica’ e de ter desenvolvido rigorosamente a heterogeneidade fundamental do modo de contemplar material e processualmente o direito. Em virtude de sua perspicácia invulgar e originalidade de suas idéias, chegou-se a afirmar que Goldschmidt tinha a “rara capacidade de adentrar na mais profunda das profundezas”. In: LOPES JÚNIOR, A. & SILVA, P.R.D.S. “A incompreendida concepção de processo como ‘situação jurídica’: vida e obra de James Goldschmidt”. *Revista Panóptica*, 2012, p. 24.

seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas⁶.

Convém recordar que, para Fazzalari, o procedimento não é um conceito particular de uma disciplina 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 e, como se viu, um ato do Estado, emanado de seus órgãos, na orbita de sua competência, dotado de caráter imperativo⁷.

Não é excessivo ressaltar que a expressão "posição subjetiva" contém um sentido muito específico. Não se refere a posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou a posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas facultada ou devida⁸.

Quando finalmente tomaram emprestado o conceito de "processo", oferecido pelos advogados públicos, acabaram não aprofundando, em seu âmbito, um conceito fecundo de processo. O Tratado dos Pandectas deu origem ao movimento que ficou conhecido como pandectismo, por dedicar-se à pesquisa dos *Pandectas ou Digesto* de Justiniano.

Esse movimento encarava a lei como um produto resultante da história de um povo e da "vontade racional" do legislador. Ocupando uma posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo, como manifestação da lei. E o mais puro apego ao texto da lei, o pandectismo supera a Escola Histórica e influencia de modo decisivo, o surgimento da codificação, na França, pós-revolução. O movimento pela codificação tem como principal referência teórica a Escola da Exegese⁹. Por outro lado, segundo Fazzalari:

⁶GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. AIDE Editora, Rio de Janeiro, 1992, p. 107.

⁷GONÇALVES, A.P. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 108.

⁸GONÇALVES, A.P. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 109.

⁹BITTAR, C.E. & ALMEIDA, G.D.A. *Curso de filosofia do direito*. 15ª ed., Atlas: São Paulo, 2021, p. 345.

“Dal canto loro, gli amministrativisti hanno elaborato la disciplina e il concetto dei procedimento proprio partendo dal modello delle attività di giustizia, come da ovvio archetipo; senza, però, pervenire alla constatazione che tale modello non è esclusivo della giustizia, sibbene è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione”¹⁰.

Para o autor, o modelo utilizado pelos administrativistas não seria um modelo exclusivo da justiça, ainda que utilizado como esquema de teoria geral, para além da jurisdição, podendo ser usado em qualquer setor do ordenamento jurídico e no âmbito da administração pública, não sendo exclusividade do Poder Judiciário.

Assim, a característica específica do processo (o contraditório), não teria sido apreendida por todos os advogados processuais e públicos, tendo o processo sido, na sua maioria, absorvido na fisionomia genérica do processo. *Percià fino a ieri e talvolta ancora oggi - la caratteristica propria del processo - il contraddittorio - non è stata colta da tutti i processualisti e giuspubblicisti, e il processo è stato per lo più assorbito nella generica fisionomia del procedimento. Ieri soltanto il processo ha rinvenuto un proprio significato. (significato distinto, ma non disgiunto dalla nozione di procedimento: solo un passo più innanzi (e si è dispiegato in tutta la sua potenzialità d'impiego)¹¹.*

Na Itália, teria ocorrido um reflexo concreto da definição do processo, pode ser visto em uma disciplina positiva recente, da formação de provisões administrativas (Lei 7 de agosto de 1990, n. 241). Aí se estabeleceria como regra geral, a “participação dos interessados” no procedimento administrativo, que é mais do que o referido “*Parteiengehor*” que surge como um contraditório embrionário, colocando-se assim na área do processo.

O autor inicia sua análise pela estrutura processual, destacando que, cada norma que contribui para constituir a sequência da constatação, cada norma que contribui para constituir a sequência do procedimento dado descreve,

¹⁰FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 75.

¹¹FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., pp. 76-77.

da mesma forma que qualquer norma e sua forma de se apresentar na experiência humana – uma determinada conduta”.

Decompondo a manifestação externa em seus componentes lógicos, segundo Fazzalari há que se reconhecer que ela enuncia tantas regras quantas são as condutas regulamentadas (lícitas ou como lícitas). Também pode acontecer que um artigo de lei não esgote a regulamentação de uma conduta, mas regule apenas um ou mais elementos de uma ou mais conduta, uma vez que um artigo de lei não esgote a disciplina de uma conduta, mas regule apenas um ou mais elementos de uma ou mais condutas.

O autor cita como exemplo, nos artigos do Código de Processo Civil que regem a forma dos atos processuais, que é um dos elementos que os compõem: neste caso, estaria perante uma fração de uma norma, a relacionar com outras, de modo a encontrar uma norma inteira, onde a disciplina completa de uma determinada conduta. Para Fazzalari¹²:

“Cià chiarito, la struttura del procedimento si coglie quando ci si trovi di fronte ad una serie di norme (fino a quella regolatrice di un atto fin ale: di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali rego la una determinata condotta qualificando la come lecita o come doverosa), ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da altra norma della serie. Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza di atti, quali previsti e valutati dalle norme”.

Nesse viés, a estrutura do procedimento pode ser entendida quando você estiver diante de uma série de "regras" (inclusive até a regulamentação de um ato final): em regra, uma disposição, também pode ser um mero ato. Cada uma das quais, em regra, determinada conduta qualificando-a de lícita ou de dever, enunciando como pressuposto do próprio trabalho o desempenho de uma atividade regulada por outra regra da série. O processo é então apresentado como uma sequência de atos, conforme previsto e avaliado pelas regras.

Nesse ponto, na visão de Fazallari, *“li procedimento va, infine, riguardato come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le*

¹²FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 77.

posizioni soggettive che e dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch' esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere s'ia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l' esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere)”¹³.

O procedimento na ótica Fazallariana deve ser considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres: quantas e quais são as posições subjetivas que podem ser extraídas das regras em questão e que está também, necessariamente, ligado de tal forma que, exemplifica o jurista italiano, um poder que pertence a um sujeito quando um dever é cumprido, por ele ou por outrem, e, por sua vez, o exercício desse poder constitui o pressuposto para o surgimento de outro poder, que poderia ser uma faculdade ou dever.

Do ponto de vista dos "atos", o procedimento reside na sucessão do outro, na ascensão temporal pela qual cada ato da série segue o outro, segundo a ordem estabelecida em lei. O procedimento, nessa ótica, não seria não a 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 sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.

Não é excessivo ressaltar que a expressão "posição subjetiva" contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou a posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas facultada ou devida¹⁴.

Nesse ponto, vale citar, as lições de Fazzalari:

“Altre sequenze di norme, posizioni soggettive ed atti sono costituite dal Procedimento e dal Processo. Siamo così pervenuti alle figure che

¹³Finalmente, o procedimento deve ser considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres: quantas e quais são as posições subjetivas que podem ser extraídas das regras em questão; e que estão também, e necessariamente, ligados de tal forma que, por exemplo, um poder pertence a um sujeito quando um dever foi cumprido, por ele ou por outrem, e, por sua vez, o exercício desse poder constitui o pressuposto para o surgimento de outro poder (ou faculdade ou dever). (Livre tradução do autor). In: FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p.78.

¹⁴GONÇALVES, A.P. Processual (...) Ob. Cit., p. 109.

sono oggetto del nostro studio. Su di esse dovremo svolgere, piu innanzi, un non breve discorso; qui basti accennare di nuovo che il «procedimento» si coglie quando ci si trova di fronte ad una serie di norme, ciascuna delle quali regala una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza il compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino alla norma regolatrice di un «atto finale»¹⁵.

Outra sequência de normas, posições subjetivas e atos são constituídos pelo procedimento e pelo processo. O "procedimento" é entendido quando se está diante de uma série de normas, cada uma das quais oferece uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou devida); Mas declara o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim sucessivamente até a norma reguladora de um ato final.

Aqueles que aspiram à promulgação do ato final seriam os "interessados" em sentido estrito. Por outro lado, e aqueles que querem evitar "contra-interessados"; estão no plano da paridade simétrica; o procedimento inclui o contraditório, torna-se mais articulado e complexo, e do gênero procedimento é possível enuclear a espécie processo.

A posição subjetiva é o vínculo do sujeito para com a norma, a qual lhe valora suas manifestações de vontade como lícitas, facultadas ou devidas, com as consequências daí advindas, verificando-se a ocorrência de preclusão das decisões interlocutórias, salvo nulidade, passível de ser discutida, inclusive em sede de *Habeas Corpus*¹⁶.

Na sequência 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); portanto, seria 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

¹⁵FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto (...)*, Ob. Cit., p. 60.

¹⁶ROSA, A.D.M. "O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazalari". *NEJ*, Vol. 11, n. 2, pp. 219-233 / jul-dez 2006, p. 222.

final, quando se verificaram todos os pressupostos normativamente previstos para a emanção do provimento.

3. IDENTIFICAÇÃO E RECONHECIMENTO DE PROCEDIMENTOS

O processo seria identificado e, por assim dizer em relação ao ato (em direito público: à disposição) a que se refere, entendido em função do ato a que se destina sendo confirmado pelo princípio segundo o qual um dos requisitos (validade e eficácia) daquele ato consiste no fato de ser o epílogo de um procedimento regular.

O vício em que se incorre no cumprimento de uma das atividades preparatórias e que não é reparado no curso posterior, acaba por invalidar a disposição, passando de procedimento em procedimento da seqüência. O reconhecimento do procedimento consiste em aprender as normas (os atos, as posições subjetivas) que o constituem. Fazzalari deixa claro que não está se referindo às regras que regem o processo como um todo.

“IlIl procedimento viene indi.viduato e, per cosi dire, norni.nato in relazione all'atto (in diritto pubblico: al provvedimento) cui essa mette capo. Del resto, questa angolazione - per cui il procedimento si coglie in funzione dell'atto con il quale e destinato a concludersi - e confermata dal principio per cui uno dei requisiti (di validità e di efficacia) di quell'atto consiste, appunto, in ciò che essa sia l'epilogo di un regolare procedimento: talché il vizio in cui s'incorra nel compimento di una delle attività preparatorie e che non sia riparato nell'ulteriore corso, finisce con l'inficiare il provvedimento, passando da atto ad atto della sequenza procedimento viene indi.viduato e, per cosi dire”¹⁷.

Com efeito, a norma única, que dá o ato processual único - fixa o seu conteúdo (ou seja, a conduta em que consiste) em relação ao papel que o ato deve desempenhar na série dos processos mentais; ainda,coloca o ato em algum lugar dessa série, entre outros atos, alguns dos quais funcionam como pressupostos e outros como efeitos do ato em questão, a medida que determina o tempo de conclusão sempre em relação ao ato ou atos que precedem e aquele ou aqueles que se seguem.

¹⁷FAZZALARI, E. *Isituzioni di (...)* Ob. Cit., p. 79.

Assim, estabelece a forma (por exemplo, impõe a forma escrita), a avaliação da escritura (qualificando-a como devida ou lícita), sempre tendo em vista a função que a procedimento deve desempenhar na seqüência em que é colocada. O regime de validade e eficácia de cada ato do processo, e do final, é afetado pela regularidade ou irregularidade da escritura que a precede. Em tudo isto está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento, da sua necessidade.

A seqüência de normas (e atos e posições subjetivas) em que o procedimento pode ser muito curto ou longo e complexo. Pense-se, por um lado, numa ordem da administração pública seguida de notificação ao destinatário. Por outro lado, num procedimento administrativo estruturado com pedidos, avaliações, pareceres, publicações, etc.

A distinção entre o procedimento, cujos atos pertencem a um único sujeito, ou seja, o autor da medida final. Aquele que normalmente ocorre de forma "multisubjetivo", em que os atos da série também pertencem a sujeitos que não seja o autor do ato. A pluralidade de sujeitos é inevitável na estrutura do "processo", porém, não constitui a sua característica, que reside na qualidade dos sujeitos e na forma de sua participação no processo formativo da medida. Segundo Fazzalari:

“Nell'iter procedimentale possono cogliersi piu fasi, a seconda del tipo di procedimento e deli' angola da cui lo si contempli: cosl, nella sequenza che metta capo ad unico provvedimento, possono rinvenirsi una fase «preparatoria» del provvedimento, una fase «costitutiva» dei medesimo, una fase «integrativa dell'efficacia»; nel procedimento nel cui corso emergano piu provvedimenti, ciascuno di essi costituisce l' epilogo di una fase”¹⁸.

O autor destaca que existem procedimentos em que o autor da disposição pode ser acionado *ex officio*; no entanto, existem processos cuja iniciativa pertence, por outro lado, de forma exclusiva ao destinatário da disposição. “A distinção mais importante no âmbito do gênero processual, especialmente, a diferença entre procedimento” e processo.

¹⁸FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 81.

Para identificar o processo, é preciso que haja uma série de normas (e atos, e posicionamentos jurídicos que remetam aos destinatários dos efeitos do dispositivo, criando um debate igualitário entre eles. A participação dos sujeitos no processo, como destinatários estimados da eficácia do ato de emissão, constitui, como se verá, sua “legitimação para agir”. Onde e quando, por outro lado, aquela estimativa der resultado negativo, ou seja, se verificar, em processo concreto, que os participantes não são, ainda que hipoteticamente, destinatários da provisão final.

A própria essência do adversário exige que eles participem dele pelo menos dois sujeitos: o “interessado” e um “contra interessado”: sobre um dos quais o ato final se destina a ter efeitos favoráveis e sobre os outros efeitos prejudiciais. O autor do ato final pode ser um dos adversários, mas não necessariamente. Para Fazzalari¹⁹:

“La qualità di contraddittore, ove ricorra per l' autore dell' atto, importa, peraltro, un'essenziale conseguenza: quand'anche sia un organo pubblico, munito d'imperio, quell'autore è posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all' altro o agli altri contraddittori”.

E desse ponto de vista, ensina Fazzalari, a posição do autor do ato final e a do interessado submetido ao interrogatório começam a se distinguir ainda que pertençam à mesma pessoa: nesse sentido, a estrutura processual permanece marcada pela igualdade de posição das partes envolvidas no interrogatório, desvinculado da posição anterior em que o órgão público se encontra na fase em que tendo em conta os resultados da assembleia conjunta põe em prática o ato final.

4. O CONTRADITÓRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DE FAZALLARI

¹⁹FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 86.

O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença (provimento final) deve ser construída em contraditório e por ele legitimada²⁰.

Nesse sentido, conforme ensina Luigi Ferrajoli, el derecho penal de los ordenamientos desarrollados es um producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico – la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la: responsabilidad personal, el juicio oral y conradictorio entre partes y la presunción de inocência – em gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal²¹.
Nesse sentido:

“Le prime teorizzazioni scientifiche e sulla presunzione d’innocenza nascono nel periodo illuminista ad opera di grandi autori i quali pongono in essere un’aspra polemica contro un sistema giudiziario irrazionale, governato da lle più tenere brose passioni individuali e sociali, da residui magici e da barbariche forme di violenza. Tra i più illustri sostenitori di questo movimento di idee, che tra l’altro cerca anche di porre la presunzione d’innocenza come cardine dell’intero ordinamento processuale, troviamo Pietro Verri e Cesare Beccaria, il quale, nella sua famosa opera “Dei delitti e delle pene”, già nel 1764, afferma vache: «Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso che egli abbia violato i patti, coi quali gli fu accordata»²².

Nesse período marcado pela prevalência dos direitos individuais como pré-requisito, em face da monarquia absolutista dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e o Judiciário), houve a adequação da legislação ao princípio da

²⁰ LOPES JÚNIOR, A. Direito processual (...) Ob. Cit., p. 110.

²¹ Há uma complexidade na formação teórica e filosófica do direito penal moderno, vez que o modelo garantista clássico é fruto de uma tradição iluminista e liberal do século XVIII, não sendo essa tradição hegemônica e/ou única em seus fundamentos, atravessando em uma concepção filosófica iluminista por questões sobre os direitos naturais, as teorias contratualistas, que por sua vez levam a fundamentos diversos na construção do conhecimento. Do mesmo modo na concepção filosófica liberal, que passa por filosofias utilitaristas, do positivismo jurídico. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid: 1989, p. 33.

²² BATIA, G. & PIZZO, A. *La tutela dell’ imputato. Saggio storico – conceituale*. Torino, 2009, p. 10.

presunção de inocência, como forma de conservar, ao menos penalmente, o direito mais importante do indivíduo: a liberdade.

As garantias penais seriam incompletas sem o conjunto de garantias processuais. O conjunto de princípios processuais penais responde a pergunta de como e quando julgar: presunção de inocência até prova em contrário, separação entre acusação e juiz, a carga de prova e o direito do acusado à defesa. As garantias processuais e as penas não valem por si mesmas, mas ambas funcionam como garantia recíproca de efetividade de todo sistema penal. Esta correlação está vinculada ao nexo específico entre lei e juízo em matéria penal.

Conforme adverte Vegas Torres²³, do ponto de vista histórico, tem se atribuídos diversos sentidos ao princípio da presunção de inocência, independente da cultura jurídica, porém a ideia básica e a proteção dos indivíduos inocentes de condenações indevidas. Vale acrescentar, não apenas as sentenças condenatórias, mas também os procedimentos e as investigações no âmbito processual penal.

Trabalhando-se com foco no processo penal e sob a perspectiva de processo como um procedimento que se realiza por meio do contraditório (com acusação de um lado, defesa técnica do outro e um julgador mediando isso tudo), disso decorre algumas implicações. Essas modificam a forma como o processo se instaura e acontece, especialmente quanto ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito²⁴.

“O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro. Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iud ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo

²³TORRES, J.V. *Presunción de Inocencia el Proceso Penal*. Madrid: La ley, 1993, p. 39.

²⁴ROSA, A.M.D. & LOPES JR., A. “Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto”. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto#_edn2. Acesso em: 13 abr. 2024.

mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes”²⁵.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo de forma exclusiva às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar um dos mais importantes do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

Nesta direção, a seguir, discorre-se sobre o contraditório para Fazzalari e como isso impacta na compreensão da necessidade de efetivação plena do princípio do contraditório para o cumprimento do devido processo legal e a concretização do Estado Democrático de Direito. Considerando-se que as partes são afetadas pelos efeitos do provimento final, pensar no contraditório é ir muito além da concepção de apresentação de alegações pela acusação e pela defesa, pois a mera definição das partes ou a simples participação destas não conforma o exercício do contraditório.

O contraditório se conforma mediante a efetiva participação da acusação e da defesa com paridade de armas²⁶, numa comunicação mediada pelo Estado julgador, sem que ele vista roupagem que não lhe cabe ou se atribua poderes que não tem. Nesse sentido, a importância do exercício do contraditório para a concretização do princípio da legalidade, que se constitui num limitador do poder punitivo estatal.

A legitimidade enquanto categoria processual se relaciona à condição de ser parte no processo para postular em juízo (*legitimatío ad processum*). Na visão de para Fazzalari, a legitimidade do provimento jurisdicional acontece a

²⁵LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*. 8ª ed. JusPodivm: Salvador, 2020, p. 44.

²⁶LIMA, R.B.D. *Manual de processo (...)* *Idem*.

partir dos efeitos do provimento judicial de um procedimento realizado em contraditório²⁷.

Esta exige e reclama em si mesma que se conforme uma estruturação dos Poderes que assegure a efetiva participação dos indivíduos nos atos de poder que sobre eles exercerão efeitos. Isso inclui o Poder Judiciário porque a democracia consiste num “critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos”²⁸.

Conforme se compreende do texto de Fazzalari na obra *Instituzioni di Diritto Processuale*, o indivíduo é titular do contraditório e a sua participação na construção da decisão deve ser assegurada até o final. Sendo assim, fazendo o recorte para o processo penal, enquanto perdurar a condição de acusado, ainda que este indivíduo seja entendido como um sujeito hipoteticamente afetado pelo ato de poder, ele é protagonista da construção deste ato que por meio do qual a esfera jurídica pode lhe atingir. Sendo assim,

“Trata-se (contraditório e direito de defesa) de direitos constitucionalmente assegurados no art. 5º, LV, da CB: 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. A partir desse postulado, vejamos agora algumas questões em torno do direito de defesa (técnica e pessoal [positiva e negativa]) e, após, a incidência, juntamente com o contraditório, nas fases pré-processual, processual e de execução penal”²⁹.

Na visão do processualista, lastreado no pensamento de Fazzalari, não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal. O contraditório deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a

²⁷PINTO, F.M. & BRENNER, P. “A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade”. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/245/1/A%20efic%C3%A1cia%20do%20contradit%C3%B3rio%20no%20processo%20penal%20atua%C3%A7%C3%A3o%20e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

²⁸PINTO, F.M. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p.158.

²⁹LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual* (...), Ob. Cit., p.106.

efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades.

O princípio do contraditório reclama uma estrutura dialética de um processo de partes, haja vista o diálogo entre acusação e defesa, perante um juiz imparcial. Ainda, vale frisar que o contraditório enquanto princípio se opõe a uma estrutura inquisitória do processo penal, em que o juiz pudesse proferir uma sentença sem observância da colheita de provas³⁰.

E inerente ao sistema acusatório a junção entre acusar e julgar, com atuação de ofício semelhante ao inquisidor. Ocorre que, o processo acaba carecendo de sua estrutura dialética e contraditória, à medida que ausente a imparcialidade do juiz (julgar) e buscar a prova produzida por si próprio, não havendo a separação entre juiz e as partes. O Art. 385 do Código de Processo Penal, prevê que nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu. Pelo contrário, o contraditório acaba sendo imperativo para a validade da sentença, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição³¹. Sobre as marcas inquisitórias no processo penal, ensina Nereu Giacomolli³²:

“A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir ex officio na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da

³⁰COUTINHO, J.N.D.M. “Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.º30, 1998, p. 187.

³¹PRADO, G. *Sistema Acusatório a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 190.

³²GIACOMOLLI, N.J. “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>, pp. 143-165

prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP)".

Aqui é possível, repensar esse aspecto processual penal, acerca do pensamento de Fazzalari, sobre a legitimidade do provimento judicial como algo que dependerá do desenrolar dos atos e posições subjetivas previstos em lei. De tal modo que, é importante resgatar a ideia do "procedimento em contraditório", como núcleo orientador dos atos procedimentais até o provimento final, isto é, a sentença, sob pena, de nulidade caso o Juiz recorra mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público. A ampla defesa e o contraditório previsto no Art. 5, LV, da CF/88, requer a paridade de armas e igualdade entre as partes.

Na verdade, o Direito Penal não pode a nenhum título e sob nenhum pretexto abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais. Efetivamente, um Estado que se quer Democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão, asseguradas pela Constituição Federal³³.

O inquérito policial, por exemplo, classificado como atos de investigação, na visão do professor Aury Lopes Júnior, em uma estrutura marcada pela característica inquisitorial³⁴, em que vigora, pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93 da Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação³⁵.

³³BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 527.

³⁴O sistema inquisitivo, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual. Recorde-se que no processo penal inquisitório a insuficiência de provas e sua conseqüente dúvida não gerava imperiosa absolvição; mas, ao contrário, o mero indício equivalia a uma semi-prova, que comportava um juízo de semi-culpabilidade e uma semi-condenação. In: CARVALO, S.D. *Penas e Garantias*. 3.ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, pp. 17-18.

³⁵LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual (...)* Ob. Cit., p.188.

Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal. Sendo assim, aqui reside o núcleo fundamento do pensamento de Fazzalari, ao ser enfático quanto ao contraditório efetivo entre as partes, não mais focado na jurisdição³⁶.

No entendimento de Fazzalari, o contraditório não é pensado e exercitado da mesma forma em todos os tipos de processo, tanto quantitativo quanto qualitativamente, mas conforme a natureza do ato a ser produzido. Trazendo isso ao processo penal, esta interpretação é mais do que compreensível vez que este se desenvolve entre desiguais e pode culminar na gravosa sanção da pena privativa de liberdade, razão pela qual é importante olhar para o processo penal “como procedimento em contraditório”.

Isso porque, a perspectiva fazallariana se aproxima da teoria de James Goldschmidt, o qual leciona, sem prejuízo de outras concepções, que o conceito de processo como relação jurídica, *y por eso examina entre quiénes se daría (el problema del destinatario de la norma) y si existen obligaciones, deberes, etc. Y, con profundidad, nos dirá que em el proceso no existen tales obligaciones, sino expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas*³⁷. *Tampoco existen obligaciones del juez generadas por ninguna relación jurídica*³⁸.

³⁶LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. 9ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2023, p. 287

³⁷A antítese do direito processual é a carga processual, ou seja, a necessidade de prevenir um prejuízo processual e, em último termo, uma sentença desfavorável, mediante a realização de um ato processual. As cargas são imperativas de interesse próprio e se distinguem dos deveres, que são imperativos do interesse de um terceiro da comunidade. Portanto, cargas se encontram também no direito privado. Às partes cabe uma carga, não um dever, de fundamentar a demanda, de provar, de comparecer, de contestar. Como a carga processual é um imperativo de interesse próprio, não há frente a ela um direito do adversário ou do Estado. Ao contrário, o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se desembarace da sua carga de fundamentar, de provar, de comparecer, etc. Mas o autor lembra que a parte não pode desembaraçar-se da carga de uma prova até que tenha a sua disposição os meios probatórios. In: GOLDSCHMIDT, J. “Princípios Generales del Proceso”. 2ª ed., 1961.

³⁸GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal y proces: el proceso como situación jurídica* - Tomo III, Marcial Pons, Espanha, 1995, p. 24.

Acerca da definição de processo, conceitua Fazzalari, fazendo a observação do processo a partir dos sujeitos e, não do sujeito do provimento final em si, elencando: *“Come ripetuto il processo e un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto inale e destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività”*³⁹.

A estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória, bem como, na paridade simétrica de suas posições; na implicação mútua deles atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a promulgação do dispositivo.

“El sistema sin acusación seorada, aue configura el método “ inquisitivo, deriva en cambio de la sustracción del axioma sobre la imparcialidad de ljuéz y sobre su separación de la acusación. Aparece en todos los ordenamiento sem los que el jueztiene funciones acusatorias o l aacusación tiene funciones judiciales. Em semejantes sistemas la mixtura de acusación v iuicio comorometes induda la imvarcialidad del segundo y a la v&(a menudo: la publicidad y la orafidad del proceso. Pero es fácil comprender que la carencia de estas garantías debilita todas lasdemás, y em particular lãs garantia sprocesales de la presunción de inocência del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la orueba v del contradictorio con la defensa”⁴⁰.

Existe uma íntima relação entre sistema inquisitório, gestão da prova nas mãos do juiz e a busca da verdade real. No entanto, e importante a separação das funções de acusar e a imparcialidade do juiz, uma vez que afeta diretamente o princípio da presunção de inocência, antes da condenação, da produção da prova acusatória e do contraditório (defesa técnica do réu).

A garantia do direito de defesa inerente a natureza humana constitui não apenas uma previsão constitucional e processual penal, mas também do ponto de vista do controle de convencionalidade, denominada no campo do processo penal de normatividade convencional, na visão de Nereu Giacomolli, a partir da interpretação feita através dos tratados e convenções de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/48) preceitua em seu Art. XI.1, estabelece que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem

³⁹GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal* (...) Ob. Cit., p. 82.

⁴⁰FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 99.

o direito de ser presumida inocente até o que sua culpabilidade tenha sido provada em juízo público, com todas garantias asseguradas a sua defesa⁴¹.

O Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus 103.660/2011, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a título ilustrativo sobre a importância do contraditório, decidiu que o acervo probatório que efetivamente serviu para condenação do paciente foi aquele obtido mediante prova colhida no procedimento do inquérito. Segundo entendimento pacífico desta Corte não pode subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa⁴².

Em outro julgado, como forma de garantia do contraditório de forma plena ao acusado, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 84.580/2009, de relatoria do Ministro Celso de Mello, elenca ser indispensável que a acusação descreva de forma precisa os elementos estruturais do tipo penal (*essentialia delicti*), que compõe o tipo penal, sob pena de incidir sobre o próprio réu ônus da prova de sua inocência, não havendo possibilidade do Poder Judiciário, por simples presunção ou meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu⁴³.

No campo do processo penal (processo de conhecimento), exige-se que um juiz imparcial aprecie a demanda do acusador, em um ambiente filtrado pelo contraditório, que só é possível graças à ampla defesa assegurada pela direta participação do acusado no processo e pela intervenção de Defensor profissional (público ou privado). As provas valoradas ao final deverão ser

⁴¹ GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas, São Paulo, 2016, p. 113.

⁴²STF. *Habeas Corpus* 103.660 – São Paulo. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621569>. Acesso em: 11 abr. 2024.

⁴³STF. *HC* 84.580. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=1324#1340>. Acesso em: 11 abr. 2024.

obtidas por meios lícitos e o julgamento há de ser, normalmente, público, fundamentando-se a decisão⁴⁴.

O contraditório não é apenas "a participação dos sujeitos do processo". Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). Sendo assim, o juiz não será parte no processo, apesar de ser um sujeito processual, mas será um garantidor do contraditório entre as partes, sem que haja um protagonismo judicial.

5. CONCLUSÃO

A grande contribuição de Elio Fazzalari que, com apoio em um quadro sólido e coerente, formula a concepção do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao contrário, quando o Estado é chamado a exercer a "função" jurisdicional ele age dentro de uma estrutura normativa que regulamenta sua atividade.

E essa estrutura normativa esta construída para comportar e garantir a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação, contribuindo de forma significativa para a edificação de um processo penal democrático, muito embora não explica na sua completude a fenomenologia do processo penal em si, dando uma maior ênfase ao processo civil e constitucional, porém acaba contribuindo para sua evolução.

Por isso a necessidade de se entender o exercício da Jurisdição a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola especialmente no tocante ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito. 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.

⁴⁴PRADO, G. Sistema Acusatório (...) Ob. Cit., p. 352.

Sendo assim, em conclusão, é possível repensar o processo penal constitucional e acusatório a partir do afastamento do juiz da atividade probatória, que é das partes, concebendo-o como destinatário da prova e do agir das partes na busca convencimento mediante o processo enquanto um procedimento realizado por meio do contraditório. No Processo Penal, entre o Ministério Público e/ou querelante, e a efetiva presença do acusado com defesa técnica. Ainda, também, o princípio do contraditório num sistema de natureza inquisitiva, tem reflexos no campo da aplicação da execução penal, em face dos direitos e garantias processuais do condenado.

O pensamento de Fazzalari é da maior relevância para a construção de um processo penal democrático, na medida em que reforça a necessidade de estrito respeito às regras do jogo e fortalece as partes, relegando a jurisdição a um segundo plano; porém, não dá conta de explicar a complexa fenomenologia do processo penal, no entanto, consegue trazer relevantes contribuições, como a teoria do contraditório entre as partes como sujeitos do processo.

6. REFERÊNCIAS

- BATIA, G. & PIZZO, A. *La tutela dell' imputato. Saggiostorico – conceituale*. Torino, 2009.
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- BITTAR, E.C. & ALMEIDA, G.D.A. *Curso de filosofia do direito*. 15ª ed., Atlas, São Paulo, 2021.
- CARVALHO, S.D. *Penas e Garantias*. 3ª Ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008,
- COUTINHO, J.N.D.M. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, nº 30, 1998.
- FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto Processuale. Settima Edizione*. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1989.

- GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas, São Paulo, 2016.
- GIACOMOLLI, N.J. “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.
- GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal y proceso: el proceso como situación jurídica* - Tomo III, Marcial Pons, Espanha, 1995.
- GONÇALVES, A.P. *Técnica Processual e teoria do processo*. Aide Ed., Rio de Janeiro, 1992.
- LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*. 8ª ed., Ed. JusPodivm, Salvador, 2020.
- LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. 9ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2023.
- LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019.
- LOPES JÚNIOR, A. & SILVA, P.R.D.S. “A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt”. *Revista Panóptica*, 2012.
- PINTO, F.M. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2016.
- PINTO, F.M. & BRENNER, P. *A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/245/1/A%20efic%C3%A1cia%20do%20contradit%C3%B3rio%20no%20processo%20penal%20atua%C3%A7%C3%A3o%20e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- PRADO, G. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- TORRES, J.V. *Presunción de Inocencia el Proceso Penal*. Madrid, La Ley, 1993.