



Exercício do contraditório não se resume à formalidade reativa

A recente (e elogiável) decisão monocrática do ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJ-DF), nos autos do RHC 185.812 [\[1\]](#), descortina que os direitos mais elementares dos acusados, como contraditório e ampla defesa, ainda são sistematicamente violados na prática penal. Refletindo sobre esse tema central na dinâmica processual penal surge a seguinte indagação: a quem interessa a redução da atuação defensiva? Eis um preconceito enraizado. Necessária a abertura dessa *ferida*.

Para melhor compreensão do debate, faremos um resumo fático do caso que desembocou na referida decisão. O recorrente responde criminalmente pela suposta participação em uma organização criminosa formada por agentes penitenciários, detentos e seus familiares, com o fito de traficar drogas e ingressar com elas e aparelhos celulares em uma determinada penitenciária.

Por oportunidade do prazo para apresentação de alegações finais, a defesa técnica pleiteou acesso aos autos de alguns procedimentos — dois de colaboração premiada, um de afastamento de sigilo bancário, um de quebra de dados e outro de interceptação telefônica —, que guardam conexão com a imputação originária.

O Tribunal de Justiça local, ratificando decisão do juízo de primeiro grau, entendeu desnecessário o acesso da defesa aos autos solicitados, pois, para além de não possuírem vinculação direta com o processo sob julgamento, vez que direcionados a outros agentes, o que lá havia de relevante já havia sido extraído pelo Ministério Público para integrar a ação ofertada contra o recorrente.

Inconformada, a defesa levou o caso para o Tribunal da Cidadania, tendo o ministro Jesuíno Rissato concedido monocraticamente a ordem por reconhecer cerceamento de defesa e violação à Súmula Vinculante nº 14/STF.

Processualização

Imperioso apontar que desde o advento da Constituição Federal de 1988, há uma progressiva processualização dos procedimentos. Sobre a temática, leciona Henriquez:

Spacca

“O fenômeno da processualização pode ser resumido como a tendência de os mecanismos de tomada de decisão estatal gradualmente abandonarem posicionamentos unilaterais, em favor de soluções construídas dialogicamente com os interessados” [2].

Se no Direito Administrativo, cujas consequências não atingem a liberdade do indivíduo, a processualização é uma prática reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive em razão do comando constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LV, CF, quiçá em procedimentos que podem influenciar a deflagração de uma ação penal.



No caso referido neste artigo, a defesa teve acesso parcial aos procedimentos vindicados (acordos de colaborações premiadas, quebra de dados, afastamento de sigilo bancário e interceptação telefônica), quando, logicamente, há o direito de consultar a *integralidade* dos autos.

Comunhão da prova

Inicialmente, pontuamos que o Ministério Público — o mesmo obviamente vale para a defesa — não é o dono da prova, e, portanto, não pode selecionar unilateralmente quais elementos devem constar do caderno processual.

De acordo com o princípio da comunhão da prova, as fontes e os resultados das provas são de interesse comum das partes e do julgador. Fazemos nossas as palavras do ministro Schietti, por oportunidade da relatoria do RHC nº 114.683/RJ: “A prova não se forma para a satisfação dos interesses de uma das partes, sobretudo daquela que acusa” [3].

Spacca



Colocada as coisas em seu devido lugar, no contexto de um processo penal acusatório, cabe ao *Parquet* eleger quais elementos informativos vão subsidiar a imputação sem poder descartar o material subjacente, que deve ser colocado inteiramente à disposição da defesa para que também possa extrair o que entender relevante para a tese defensiva. É justamente este o desiderato da Súmula Vinculante nº 14 do STF.

Não pode o julgador simplesmente se deixar impressionar com as afirmações do Ministério Público, por vezes até inconscientemente enviesada, no sentido de que os elementos

importantes para a ação penal já estariam sido todos colacionados aos autos, mormente quando não é incomum a ocorrência de *overcharging*.

A experiência democrática do processo judicial

A vedação de acesso completo aos procedimentos viola o contraditório e ampla defesa. Talvez, aqui, esteja um ponto crucial: o contraditório é mais do que o binômio ciência-participação [4]. Para além do direito dos acusados de terem acesso a todos os dados informativos que possam refletir na sua situação jurídica, bem como de se manifestarem sobre o que entenderem (im)pertinente, é importante que essa participação defensiva seja efetiva e que de fato possa contribuir na construção dos parâmetros limitativos da decisão a ser proferida.

O princípio do contraditório não pode permanecer no discurso abstrato e distanciado de sua aplicação prática. Em outras palavras, não se pode adaptar o princípio do contraditório à regulamentação legal do exercício do poder desmedido para satisfação de um conjunto de expectativas criado, e sim o exercício de somatório de relevantes informações e argumentos trazidos pelas partes na dinâmica processual.

Spacca

Como já apontamos em outra oportunidade, “o progresso do contraditório e seu reconhecimento pela moderna caracterização da experiência democrática do processo judicial devem ser perfilhados pelo conceito de aprimoramento dos métodos e condições do debate, para ambicionar sua função de construção de conhecimento, de determinação da verdade processual (leia-se, probatória) e, portanto, para o exercício de influência e estruturação da decisão penal como instrumento de compreensão dos argumentos probatórios exibidos na dialética processual” [5].



Disponibilização de todas as chances probatórias

Para além da ideia de contraditório como ciência-participação (conhecimento-reação), e por estarmos diante de uma *garantia política*, contraditório é (deve ser):

1. a chance de postular a prova em igualdade de oportunidades e condições do órgão acusador quanto à hipótese acusatória levantada;
2. a possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova produzida (ou, a ser produzida) pela parte contrária;
3. a participação e assistência na produção da prova, incluindo a presença pessoal e defesa técnica em todos os atos;
4. a possibilidade de aportar considerações sobre a validade do elemento probatório gerado pela produção, bem como as razões para sua valoração, antes que se convertam em resultados probatórios;
5. possibilidade de refutar o que foi produzido/apresentado.

Ademais, há violação ao princípio da paridade de armas – que vale para toda a persecução penal, não sendo restrito à fase processual [6] – quando a acusação tem acesso exaustivo a um procedimento que elenca como umas das bases para apresentação da denúncia, e a defesa tem acesso restrito.

A impossibilidade de consulta integral aos procedimentos que, direta ou indiretamente, desaguarão na ação penal impede que a defesa tenha a chance de eventualmente trazer aos autos algum elemento que pudesse ser favorável à situação jurídica do acusado, seja apontado nulidades ou novas teses defensivas.

Acrescenta-se que o dever de completeza probatória é a base para aplicação da teoria da perda de uma chance probatória na esfera do processo penal [7] ([tema que já enfrentamos na coluna](#)). Desde a etapa investigativa, é imprescindível que todas as chances probatórias sejam disponibilizadas ao Ministério Público e à defesa para que possam pautar, respectivamente, a hipóteses acusatória e resistência



defensiva.

A reiterada transgressão dos direitos do acusado

De mais a mais, comumente a defesa é apontada como a pivô do congestionamento de processos nas cortes de sobreposição em decorrência do excessivo número de recursos interpostos e de habeas corpus impetrados. Trata-se de um raciocínio infenso a conclusões precipitadas, comuns no período da inquirição, em que a atuação da defesa foi dizimada a meras formalidades, por ser considerada impeditiva da *atuação da justiça*, causadora de confusão processual, tanto que foi adjetivada como uma “arte baixa de intrigas” [8], *como se defender não fosse um ato de fazer valer justiça*.

A bem da verdade, o recorrente uso dos meios de impugnação cabíveis é sintomático da reiterada transgressão dos direitos fundamentais do acusado no processo penal. O caso debatido neste artigo é apenas um exemplo dessa triste realidade. Casos que caracterizam a mesma ruptura de garantias fundamentais são observados, como a situação em que a nulidade decorrente de juntada aos autos de trecho da entrevista reservada do réu com o seu defensor somente foi reconhecida no Tribunal da Cidadania (HC nº 805.331 [9]).

Em arremate, a decisão que nega a consulta integral aos procedimentos que possam ter impacto na situação jurídica do acusado coloca a defesa em um horizonte manifestamente desvantajoso, revelando, outrossim, o autoritarismo que ainda impera na prática da justiça penal brasileira, na qual vozes imbuídas por discursos repressivos entendem possível desconsiderar os direitos fundamentais sempre que alegadamente constituam óbice à atividade punitiva.

[1] RHC 185.812, rel. min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), data da publicação: 6/3/2024, decisão monocrática

[2] HENRIQUEZ, Graciela de Rezende. O valor probatório da investigação e a processualização do inquérito policial: da produção à valoração. In: CRUZ, Rogério Schiatti; BEDÊ JÚNIOR, Américo; MADEIRA, Guilherme (Coord.). **Justiça Criminal: a prova no processo penal na ótica dos juízes brasileiros**. Volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p.291.

[3] RHC n. 114.683/RJ, relator ministro Rogério Schiatti Cruz, 6ª Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 27/4/2021.

[4] MINAGÉ, Thiago Miranda. **Prisões cautelares à luz da constituição**. O contraditório como significante estruturante. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. “A narrativa compreensiva de exteriorização do princípio do contraditório, foi iniciada pela proposta de Fazzalari, que se concretizaria em dois momentos: primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação, para que as atuações dos sujeitos processuais pudessem ser exercidas e, em um segundo momento, com a *reazione*, efetivada pela possibilidade de refutação em âmbito processual.”



[5] SAMPAIO, Denis. *A Valoração da Prova Penal. O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório*. 1ª. ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 247/248.

[6] PRADO, Geraldo. **Curso de Processo Penal**. Tomo I: Fundamentos e Sistema. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p.359

[7] Sobre a temática, vide ROSA, Alexandre Moraes; SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Aplicação da teoria da perda de uma chance probatória: entre o inquérito e a denúncia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-06/aplicacao-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-probatoria-entre-o-inquerito-e-a-denuncia/>, acesso em 24/03/2024.

[8] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.491.

[9] STJ – HC: 805.331, relator ministro Ribeiro Dantas, Data de Publicação: 07/03/2023

Meta Fields