

A (Ir)Relevância da Defesa ou a Arte de Falar para Ninguém

Antônio Carlos Pontes

Graduado em Direito pela UNESA e em Letras pela UNIRIO. Professor da EMERJ.

1. A (IR)RELEVÂNCIA DAS MANIFESTAÇÕES DEFENSIVAS NA APOLOGIA DE SÓCRATES E EICHMANN EM JERUSALÉM

Sócrates teve um dia inteiro para se defender das imputações de atentado contra a religião do Estado Ateniense e corrupção da juventude (perversão e subversão da mocidade, como querem alguns tradutores), supostamente cometidas durante suas aulas da graduação em filosofia na Universidade de Atenas.

Parece muito tempo? Foi pouco. Seu destino foi a condenação à pena capital. Mesmo sem arrependimento de como conduziu sua autodefesa, o Pai da Filosofia não deixou passar despercebida a escassez de tempo para expor toda a verdade sobre o caso: “Pois bem, tivésseis esperado um pouco de tempo, a coisa seria resolvida por si: vós vedes, de fato, a minha idade”¹.

Apenas alguns jurados (275 de 556 juízes), na ocasião, acolheram sua tese absolutória, corroborando a célebre frase do filósofo: “há mais coisas debaixo do Sol do que a nossa pobre razão pode compreender”.

E quem há de dizer que Sócrates não era uma pessoa convincente? Tivesse ele mais tempo (a par da covardia dos julgadores) para desenvolver sua visão epistemológica da verdade sobre as imputações, talvez convencesse os julgadores de sua inocência. A par da pena mortal, consagrou-se na imortalidade: o pai da filosofia. À época do julgamento, todavia, não teve o justo reconhecimento: “vá filosofia vã”.

1 PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2011, p. 51.

A título de curiosidade, seus alunos caluniadores, Meleto e Anito, morreram anos depois execrados pela sociedade, descoberta a farsa das acusações. Só então, e já era tarde, a população digeriu os fundamentos do sábio pensador.

Esse infausto destino traçado na “Apologia de Sócrates”, transcrito por Platão, infelizmente, não foi cena exclusiva dentre os atenienses.

Em Jerusalém, cerca de vinte e três séculos depois (1961), outro Réu ouviu mais do que falou em seu julgamento e suas manifestações defensivas foram praticamente desconsideradas: Adolf Eichmann.

Não se pode negar que as circunstâncias do julgamento eram completamente diferentes, mas, para os fins que este modesto artigo pretende abordar, é possível notar a discrepância, em tempo e qualidade, entre as manifestações da acusação e da defesa.

Em comum, também, o resultado: a condenação à pena de morte.

No segundo maior julgamento de um nazista (atrás apenas do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg), Hannah Arendt chega a mencionar que os juízes de Jerusalém concederam às vítimas e às testemunhas de acusação o “direito à irrelevância”².

Moshe Landau, presidente do júri, entendeu que seria uma covardia por parte do Tribunal, além de um ato desumano, se os depoimentos daquelas pessoas fossem barrados ou suprimidos, depois de tanto horror e iniquidade que elas passaram em Theresienstadt. Em verdade, ninguém que depôs confirmou, de forma inequívoca, os fatos imputados a Eichmann. Todavia, puderam se manifestar por tanto tempo fosse necessário para expor ao mundo as maldades cometidas no regime nazista. Julgou-se o fato histórico, e não o Réu.

Concluiu, então, a filósofa judia alemã: “em resumo, o tribunal tinha sido injusto, o julgamento tinha sido injusto”³.

Em ambos os casos, em uma análise perfunctória, é possível notar a completa desimportância dada às manifestações defensivas. O julgamento-espetáculo condiciona o desenvolver e o final do pro-

2 ARENDT, Hannah, **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras. 1999, p. 246.

3 *Ibidem*. p. 270.

cesso (um admirável processo novo), tornando-o previsível, sem que se observe sua estrutura dialética, ou, quando muito, a exigência de um mero contraditório formal para alterar o seu resultado.

Voltaremos, adiante, à análise do contraditório. Mas antes disso, uma curiosidade que minha formação linguística não me permite ignorar. E aqui, já antevendo críticas por misturar realidade e fantasia, me defendo usando as palavras de FELMAN⁴, que como flecha-certeira acertam no alvo da mediocridade: “Precisávamos de arte – a linguagem da infinidade – para prantear as perdas e enfrentar o que, na memória traumática, não está encerrado e não pode ser encerrado”. A literatura fantástica nos aproxima de temas que parecem intangíveis, tornando a discussão mais rica. Mantenho, pois, a indagação.

2. E SE OS EVENTOS NARRADOS FOSSEM UMA PEÇA DE SHAKESPEARE?

Se ambos os casos verídicos narrados acima fossem uma peça de Shakespeare, haveria alguma chance de escapatória dos Réus?

Em um primeiro exemplo do dramaturgo elisabetano, o Réu poderia ter alguma esperança (teria escrito, talvez: *taking adversarial seriously*). Mas, veremos em seguida, que, seja na realidade dura da vida, ou nos exemplos clássicos da dramaturgia, a defesa não tem o papel de preponderância que merece em um julgamento.

No **Mercador de Veneza**, Bassanio pega por empréstimo uma quantia em dinheiro do judeu Shylock e nomeia Antonio, o mercador, como seu fiador. Ocorre que a dívida não foi paga, e a multa pelo inadimplemento é um pedaço de carne do fiador.

Na data do julgamento, o Duque, mesmo sem obrigação legal, aceita a manifestação da defesa, feita por Pórcia, amante de Bassanio, travestida de homem.

E depois de abordada toda a tese defensiva, o Réu é absolvido, com a seguinte sentença: “Para mostrar que existe um outro espírito, eu lhe dou sua vida sem que a peça. Antonio tem metade do que é seu, para o Estado vai a outra metade – que a piedade talvez comute em multa”⁵.

4 FELMAN, Shoshana. **O Inconciente Jurídico**: Julgamentos e Traumas do Século XX. Tradução: Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro. 2014, p. 150.

5 SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Tradução: Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda. 1999, p. 124.

Que persuasão da jovem causídica! Que atenção aos seus argumentos! Tamanha a perspicácia, que a cena foi reproduzida por Ariano Suassuna, no **Auto da Compadecida**.

Creio, por outro lado, que a situação vivida por Sócrates e Eichmann encontra eco em **Tito Andrônico**, e aqui peço vênica para já ir direto ao ponto de interesse da trama.

Enquanto o general romano Tito Andrônico suplica, no Tribunal, pela vida de seus filhos, que são acusados injustamente de causar mal à sua irmã Lavínia, os juízes simplesmente saem do recinto, abandonando-o, em cena dramática: “Atira-se ao chão; os Juízes passam por ele e saem”⁶.

Nesse ponto, a frase mais curta, porém completa, que descreve a cena é de JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES: “Shakespeare registrou a circunstância de falar para ninguém”⁷.

É justamente esse aspecto que aproxima os dramas de Shakespeare da problemática verídica da defesa de Sócrates e Eichmann. Ainda que, formalmente, os juízes não tenham se retirado do Tribunal, em todos os casos, a defesa, por inúmeras razões, não teve qualquer valor.

Apenas para evitar compreensões equivocadas, deve-se esclarecer que perder faz parte do processo (como em qualquer jogo, na analogia de CALAMANDREI⁸). Alguma tese, quase que invariavelmente, há de se sagrar vencedora sobre outra. O processo penal, ensina MORAIS DA ROSA, “é o palco onde acontecem a guerra de informações, estratégias e táticas com o fim de vencer o jogo processual”⁹.

Daí, exsurge uma necessária e generosa compreensão do princípio do contraditório, uma vez que seu desprestígio (total ou parcial) acarreta o desequilíbrio da situação jurídica dos sujeitos processuais e o jogo resta comprometido.

6 SHAKESPEARE, William. **Tito Andrônico**. Tradução: Beatriz Viegas-Faria. Rio de Janeiro: L&PMPocket. 2009, p. 124.

7 NEVES, José Roberto de Castro. **Medida Por Medida: o direito em Shakespeare**. Rio de Janeiro: Edições Janeiro. 2016, p. 80.

8 CALAMANDREI, Piero. "O Processo Como Jogo". **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese. 2002, v. 23, p. 192.

9 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 27.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3.1. O Contraditório Efetivo

O ponto nodal da análise desses casos é a total desimportância que todos os simulacros defensivos tiveram para o julgamento final dos casos analisados.

A defesa (ampla) é o outro lado da moeda do direito subjetivo de ação do Autor (inafastabilidade), ambos tutelados pela Constituição Federal, como direitos fundamentais individuais, no seu artigo 5º, incisos LV e XXXV, respectivamente. Ainda que, na prática, a deflagração do processo seja, para o acusado, um eterno lançamento do cara ou coroa entre a garantia de seus direitos e a violência escancarada em suposta defesa da coletividade, o contraditório torna o jogo processual dotado de mínimo equilíbrio entre as partes.

Não é outro o sentido da norma dado por GRANDINETTI: “torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que, se há direito à ação, para o autor, há também direito de defesa para o réu”¹⁰.

A análise do contraditório se dá em dois momentos: o primeiro é a informação dos atos praticados no processo, característica inerente ao modelo acusatório que não tolera atos clandestinos e secretos. A omissão, por parte do Estado, do que está acontecendo na arena argumentativa coloca em risco o jogo processual, uma vez que se desconhece o desenvolver das teses das partes contrapostas. Sem informação, a derrota é iminente. “Conheça a si mesmo e ao inimigo e, em cem batalhas, você nunca correrá perigo. Desconheça a si mesmo e ao inimigo e você sempre correrá perigo”¹¹. O segundo momento, por sua vez, que mais nos interessa, por ora, é a possibilidade efetiva de contraposição dos argumentos expostos pela parte contrária.

Em uma perspectiva de vanguarda do princípio do contraditório, não se pode aceitar a mera possibilidade de manifestação da parte como suprimimento deste direito tão caro ao processo penal, o simples contraditório formal. É preciso que, para uma efetiva persuasão do juiz, se exerça o contraditório substancial (ou material),

10 CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: Princípios Constitucionais do Processo Penal. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2009, p. 147.

11 TZU, Sun. **A Arte da Guerra**. Adaptação e tradução de André da Silva Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros. 2011, p. 43.

em que a defesa tenha plenas condições de expor sua versão sobre o caso penal, e ajude, ao seu jeito, o juiz a se convencer dos seus argumentos. É necessário um verdadeiro “poder de influência” que permita a formação do convencimento do magistrado.

E aqui não se pretende invadir a discussão do mito do livre convencimento motivado, brilhantemente abordado por CASARA, em **Mitologia do Processo Penal**, quando afirma que o juiz não forma o seu convencimento de acordo com as provas, mas arraigado nas concepções, emoções e tradições que traz da experiência de vida. “O livre convencimento motivado não passa de um mito, um ‘enunciado do impossível’, com conteúdo manifesto a ocupar um lugar que antes ficava vazio na dogmática processual penal”¹².

O que se pretende é estabelecer que o conteúdo e o alcance do contraditório não podem ser limitados por motivos de conveniência do juiz, o que configuraria clara visão utilitarista do sistema inquisitivo. Há de se ter em mente que o tolhimento deste princípio é fadar a pesquisa da verdade ao insucesso e à desconfiança, bem como modificar a “participação” do processo (processo de partes) para uma estrutura centralizada nas mãos do julgador, como ocorria no modelo ideal de Eymerich.

Ressalta-se, outrossim, que o princípio em análise deve ser observado até o limite final do processo, o que inclui sua aplicação em todos os graus de jurisdição, em todos os recursos. Não é outra a visão de CRUZ, para quem o contraditório: “resta indubitável deva ser igualmente respeitado durante a fase recursal, a qual nada mais é do que um prosseguimento da causa entre as mesmas partes, em outra instância”¹³.

Com base nessa ótica de contraditório material, de nada adianta a defesa falar para ninguém como Tito Andrônico, ou falar em um julgamento de cartas marcadas (julgamento-espetáculo, rotulado por ARENDT¹⁴), como o de Eichmann, porquanto pouco ou nenhum poder de persuasão ela terá, capaz de justificar a construção dialética de uma decisão judicial.

12 CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 183.

13 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. 2 ed. Atlas: São Paulo. 2013, p. 174.

14 *Ibidem*, p. 19.

Isso porque, em primeiro plano, não se respeitam a discussão e o debate como forma de gestação da certeza por parte do julgador (Sócrates chamou de “maiêutica”: analogamente ao parto de uma pessoa, que depende de um período de criação, de maturidade; a certeza somente é formada após sua gestação, que, por óbvio, não pode ser instantânea). Retornaremos, à frente, ao debate sobre o tempo do processo.

Ademais, é lastreado na discussão entre as partes que o julgador deve legitimar o seu convencimento. Em outras palavras, a participação dos indivíduos interligados no processo é fonte de legitimidade para o atuar de um poder do Estado, no caso o Judiciário. Há quem defenda o contraditório como elemento intrínseco ao processo (ou “módulo processual”, como chamou Elio Fazzalari), logo, a sua ausência fulmina a sua própria estrutura existencial. Não é outra a lição da doutrina de escol: “É assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo, que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade, e ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ela necessita”¹⁵.

Portanto, o juiz deve zelar pelo contraditório, garantindo que as partes se manifestem de forma efetiva, legitimando e exercendo poder de influência na construção dialética da sua decisão.

3.2. O Contraditório Oral e Paritário

É flagrante e afrontosa a reiterada violência ao direito ao contraditório dos acusados, que pouco podem se manifestar durante o curso do processo. Os comercialistas certamente criticariam essa ausência de livre concorrência. A vulneração desta paridade implica inexoravelmente a ruína do próprio conceito de processo, tornando paradoxal o desenvolver de um procedimento em contraditório sem o contraditório.

Quando muito, a manifestação defensiva é intermediada por seus nobres advogados (e, na maioria das vezes, defensores públicos), através de petições escritas, sem que se valorizem a oralidade e a imediação do contato do juiz com o Réu.

15 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. Malheiros: São Paulo. 2007, p. 304.

Contrariam-se, no cotidiano, todos os pontos positivos do julgamento oral, explicitados por BINDER, quando diz que a oralidade: “serve para preservar o princípio da imediação, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial”¹⁶.

Nesse ponto, então, deve-se deixar claro que o contraditório além de ser efetivo (material), também deve se apresentar oral e imediatamente, sem intermediários e com o contato mais breve possível do juiz com a manifestação das partes, facilitando a sua compreensão e seu controle.

Nesta mesma toada, “a oralidade gera um sistema de comunicação entre o juiz, as partes e os meios de prova, permitindo descobrir a verdade de um modo mais eficaz e controlado”¹⁷.

Aplicação prática da oralidade e imediação da prova encontra-se no CPP, é o artigo 399, § 2º, que positiva o princípio da identidade física do juiz. O juiz que presidir a instrução é aquele responsável pela prolação da sentença. Isso porque, o magistrado que colheu a prova oral tem maior sensibilidade na sua valoração do que um eventual substituto que apenas leria uma papelada abundante sem as características da comunicação verbal.

A valorização da imediação e oralidade das provas tornam o processo mais democrático, uma vez que auxiliam de forma mais incisiva as partes a obrarem junto ao julgador na sua captura psíquica, quando da prolação da sentença. Assim, GOMES explica que: “a imediação deve imperar nas relações entre quem participa no processo e o órgão julgador e, ademais, no âmbito da recepção da prova”¹⁸.

Além disso, o contraditório oral justifica a presença física do acusado para confrontar verbalmente as testemunhas, que dão seus depoimentos em audiências públicas. O *right of confrontation* é a tutela do contraditório efetivo, oral e imediato, e não pode ser suprimido do acusado. Senhor do tema, na doutrina brasileira, conclui MALAN: “o direito ao confronto é direito fundamental indissociável

16 BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

17 ZEBRAL, Alessandra V. G. "O Valor da Oralidade no Estado Democrático de Direito", *in*: **Temas Para Uma Perspectiva Crítica do Direito**: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Coords.: LIMA, Joel C. e CASARA, Rubens R.R. 2 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2012, p. 52.

18 GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 28.

de qualquer noção civilizada de devido processo penal, motivo pelo qual deve ser levado a sério pelo Estado”¹⁹.

Não fosse o bastante, partindo da noção de contraditório, é possível estabelecer um elo de ligação com o princípio da igualdade processual (ou paridade de armas). Cinge-se, aqui, o estabelecimento do contraditório não somente pela oportunidade de manifestação da defesa, mas também pela efetiva tentativa de convencer o magistrado imparcial (não neutro) a gerar sua certeza, com as mesmas armas que a acusação dispõe. Não é outra a lição de BADARÓ²⁰: “Quanto ao seu objeto, deixou de ser o contraditório uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando-se a estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições”.

Assim, é tacanha a posição jurisprudencial (cito, v.g., a súmula 523 do STF) que ratifica um processo capenga, coxo, no qual quem tem mais a falar se manifesta nas mesmas condições de quem tem menos. E o pior, por vezes, fala menos, não respeitando sequer o contraditório formal. Nítida a falta de isonomia nesse ponto. Está-se usando régua de ferro, e não a justa régua de chumbo de Lesbos, que Aristóteles, arquiteto do pensar, associou à equidade.

No mesmo sentido, GRANDINETTI²¹ afirma que: “não se concebe que a defesa tenha sido apenas formal, mera injunção legal para regularizar a representação processual do acusado”.

E nem se quer admitir, em absoluto, um processo penal não adversarial (ultrapassando *ab ovo* a gênese anglo-saxã do “processo penal adversarial” bem retratada por MIRJAN DAMASKA²²), porquanto é justamente a posição de igualdade que estrutura o justo julgamento do órgão imparcial. Há uma verdadeira disputa, e somente se cogita de *fair play* em uma competição se houver igualdade.

Aplicação prática desta desigualdade está no artigo 409 do CPP. Na primeira fase do rito do Tribunal do Júri (*iudicium accusationis*), após a apresentação da resposta da defesa, a acusação tem direito a réplica, ou seja, permite-se a manifestação da acusação acerca de preliminares e documentos trazidos pelo réu. Contudo, a defesa não tem direito a tréplica, de forma que a acusação se manifesta, em

19 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 206.

20 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 2012, p. 18.

21 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 157.

22 *Apud* MALAN, Diogo, *Ibidem*, p. 19.

regra, duas vezes (denúncia ou queixa e réplica) e a defesa apenas singularmente, na sua resposta.

O dispositivo supramencionado sofre severas críticas da doutrina. Diz AURY LOPES JR.²³, “o que se tutela em nome do contraditório e da ampla defesa é o direito de a defesa sempre falar após a acusação, ou seja, com verdadeira resistência ao ataque”. Destarte, se o Ministério Público ou querelante se manifestam após a resposta, o mais justo e consentâneo com o contraditório seria a defesa ter direito à tréplica. Por isso, o festejado doutrinador fulmina: “evidencia-se, assim, a violação ao dispositivo no artigo 5º, LV, da Constituição”.

A desigualdade nessa etapa do Júri não passou despercebida, igualmente, por MARQUES: “Na sistemática do direito processual penal, não é lícito à acusação falar depois da defesa, pois a violação dessa ordem importa em quebra dos princípios constitucionais norteadores do devido processo legal”²⁴.

Desta forma, o contraditório deve ser imediato e oral, além de respeitada a paridade de armas, configurando a igualdade processual, com a mesma quantidade de chances de manifestações que cada parte deve ter no processo, obedecendo a ordem de primeiro falar a acusação, e somente então, a defesa.

3.3. O Contraditório ao Seu Tempo

Com efeito, muito se discute acerca da pressa no término do processo penal travestida de “duração razoável do processo”.

Isso porque, como bem adverte AURY LOPES JR.²⁵, é necessária extrema cautela com o “grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do *tempo do direito*”.

Advirta-se que essa violação é tão costumeira que já mereceu críticas, chegando até a ser chamada jocosa, porém coerentemente, de Processo Penal Nescafé²⁶, onde basta adicionar água e o processo está pronto.

23 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1019.

24 MARQUES, Jader. **Réplica Sem Tréplica no Tribunal do Júri**: o infeliz art. 409 do CPP. Em: <<http://emporiododireito.com.br/replica-sem-treplica-no-tribunal-do-juri/>>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

25 LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 181.

26 ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR. Salah H. **In Dubio Pro Hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2014, p. 31.

BAUMAN²⁷ diz que: “para encurtar uma longa história, a maioria de nós, a maior parte do tempo, aceita a oferta e se abandona à tarefa vital de fazer o melhor possível”. É verdade que a quantidade colossal de trabalho e a economia de energia humana andam protagonizando cenas judiciárias indesejadas. Por outro lado, não se pode perder de vista que uma das funções do processo penal é a garantia dos direitos do acusado, cuja importância não pode sucumbir a uma simplista análise matemática de tempo e trabalho.

O Poder Judiciário não é o asno de Buridan. Pode (e deve) andar para um dos lados. Obedecer o *non liquet*. No seu tempo.

Em um universo lúdico, esse tempo que antecede a catarse da tragédia (sentença) chega a ser um interessante momento de reflexões, explanações, em que o condenado pode difundir seus pensamentos confessos, sem remorsos, mesmo os mais espúrios, como BORGES fez em *Deutsches Requiem*:

*“Agora as coisas mudaram; nesta noite que precede minha execução, posso falar sem medo. Não pretendo ser perdoado, porque não sinto culpa, mas quero ser compreendido (...) Eu sei que casos como o meu, excepcionais e assombrosos agora, serão muito em breve triviais. Amanhã morrerei, mas sou um símbolo das gerações futuras”*²⁸.

Não obstante, na vida real, é absolutamente incompatível com a ideia de ampla defesa (garantia constitucional), a coação de um Réu para se tornar mártir. Não se exige ato heroico de nenhuma parte processual, ainda que com habilidade argumentativa seja a explanação defensiva a ele equiparado.

Por vezes, o direito à ampla defesa é gravemente cerceado pela falta de tempo hábil ao seu exercício. As consequências são trágicas. A dicotomia celeridade x eficiência nem sempre se equaciona pelas práticas processuais cotidianas no ambiente forense.

Não se pretende, aqui, discutir as causas da morosidade do Poder Judiciário e a sumarização dos procedimentos (o que já foi chamado de dromologia, por GOMES²⁹), mas a sua consequência é sabi-

27 BAUMAN. Zygmunt. **A Riqueza de Poucos Beneficia Todos Nós?** Rio de Janeiro. Zahar. 2015, p. 32.

28 Borges, Jorge Luis. **O Aleph**. São Paulo: Companhia das Letras. 2008, p. 74.

29 GOMES, Décio Alonso. “Rápida Abordagem sobre Dromologia no Processo Penal”, *in*: **Temas Para Uma Perspectiva**

da. Um processo célere em prol da maximização do poder estatal, e a pretensa defesa da sociedade (argumento utilitarista de Bentham e Stuart Mill), em substituição do processo democrático garantidor dos direitos do Réu e limitador da ânsia punitiva estatal.

Não fosse o bastante, o clamor público e as pressões midiáticas jamais podem servir de justificativa para que o juiz perca sua independência funcional e acelere indevidamente o processo. A inobservância do contraditório ao seu tempo gera descontentamento social, porquanto demonstra a falta de habilidade técnica do Poder Judiciário em conduzir o processo sob seu comando.

Ensina GIACOMOLLI: “o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta, mais aproximativa da certeza processual, reduzindo o grau de descontentamento (Luhmann)”³⁰.

Por todo o exposto, verifica-se que a melhor forma de satisfação social é marchando o processo no seu tempo correto, nem mais célere do que as garantias das partes tutelam, nem mais moroso do que a duração razoável do processo autoriza. A fúria punitivista da sociedade logo sucumbirá diante de um erro judiciário que culminará na nulidade do processo e o reconhecimento da prescrição do *ius puniendi*. Melhor um processo regular que condene licitamente do que uma sentença apressada que, depois, venha a ser anulada.

3.4. A Ajuda Dada Pelo Novo Código de Processo Civil de 2015

O novo CPC/15 deu uma força ao vetusto CPP consagrando expressamente a necessidade de observância do contraditório, quando da prolação de qualquer decisão judicial. O dispositivo que valoriza a manifestação das partes encontra-se no artigo 10 do CPC/15, com a seguinte redação: *Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Encontra-se sedimentado na doutrina e na jurisprudência que o CPC/15 pode ser aplicado analogicamente ao processo penal, quando neste houver lacuna ou regulamentação deficiente de algum

Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Coords.: LIMA, Joel C. e CASARA, Rubens R.R. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 311.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal:** Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 163.

princípio constitucional. Isso porque, um princípio previsto na Carta Magna não pode ser ceifado por disposições infraconstitucionais. Valemo-nos, pois, do artigo 3º do CPP.

Considerando que as liberdades em jogo no processo penal são de mais valor, e, portanto, de maior preocupação do que as do processo civil, não pode o CPC/15 corretamente tutelar a manifestação paritária e eficiente das partes, e o processo penal esnobar essa conduta. Nesse sentido, já se manifestou a doutrina: “Ora, o princípio do contraditório não pode ser mais amplo e efetivo no processo civil do que no processo penal”³¹. De fato, seria um contrassenso a defesa mais vigorosa em processos que discutem bens disponíveis, enquanto a tutela da liberdade de locomoção fica desprotegida.

Em escorrita abordagem, antes da entrada em vigor do CPC/15, o magistrado fluminense EVARISTO DA SILVA já vaticinava: “Em um contexto pós-positivista, não é possível subestimar a eficácia normativa do princípio constitucional do contraditório, de resto plenamente capaz de determinar, diretamente, uma postura cooperativa do magistrado na condução do processo”³².

Retomando a ideia de respeito ao contraditório para a construção de uma decisão judicial legítima e dialética, bem como a forma de garantir a paridade de armas, deve-se garantir o direito de informação e a possibilidade de reação das partes. É nesse sentido o auxílio dado pelo artigo 10 do CPC/15, considerando que o dispositivo legal reforça a necessidade de controle do contraditório pelo juiz.

Ademais, serve o mencionado princípio como forma de evitar surpresas às partes (decisão-surpresa), já que o juiz não poderia inovar no processo sem que se abra a possibilidade de a parte se manifestar anteriormente. ASSUMPÇÃO NEVES opina que “parece lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las”³³.

Exemplo prático, discutido em doutrina, é o caso da *emendatio libelli*, prevista no artigo 383 do CPP. A norma processual penal auto-

31 SILVARES, Ricardo e PINTO, Ronaldo Bastista. *Novo CPC e Seus Reflexos no Âmbito do Processo Penal*. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 23.

32 SILVA, Marcelo Martins Evaristo. “Contraditório Amplo e Cooperativo no Processo Penal”. Em: <http://em-periododireito.com.br/contraditorio-amplio-e-cooperativo-no-processo-penal-por-marcelo-martins-evaristo-da-silva/>. Acesso em: 07 de novembro de 2016.

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. V. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 117.

riza o juiz a alterar a capitulação jurídica dada pelo Ministério Público, sem que com isso se modifiquem os fatos narrados na peça acusatória. Prevalece o entendimento da desnecessidade de observância do contraditório nesta hipótese. Todavia, a meu sentir, melhor razão assiste à corrente minoritária, defendida por BADARÓ, no sentido de que a *emendatio libelli* continua sendo viável no nosso ordenamento: “desde que, respeitado previamente o contraditório, instando as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de alteração da qualificação jurídica dos fatos”³⁴.

Com isso, temos que o novo CPC/15 veio fortalecer o princípio constitucional do contraditório, e deve ser aplicado irrestritamente ao processo penal.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a defesa deve ter a possibilidade de influenciar efetivamente na construção dialética da decisão judicial, tanto quanto à acusação. Ademais, as partes devem expor oral e imediatamente suas versões sobre os fatos debatidos no processo. Ainda, o contraditório não pode ser atropelado pela ânsia de término do processo de forma célere, e para a observância perfeita deste princípio constitucional, podemos nos valer do artigo 10 do CPC/15, com a autorização da interpretação analógica do artigo 3º do CPP.

A inobservância do princípio do contraditório é a arte de falar para ninguém. Tanto faz se o juiz abandona a sala do julgamento, como ocorreu em **Tito Andrônico**, ou se o juiz tem ouvidos de mercador (não o de Veneza), já que o julgamento tem o seu desfecho comprometido desde a sua origem, como o de Sócrates e Eichmann. Em todos os casos, a defesa é irrelevante e fala para ninguém. ❖

34 BADARÓ, Gustavo. "Correlação Entre a Acusação e Sentença: Releitura da *Emendatio Libelli* à Luz do Contraditório sobre as Questões de Direito, no Novo Código de Processo Civil". In: **Repercussões do Novo CPC: Processo Penal**. Coords.: CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugenio e CRUZ. Rogério Schietti. 2016, p. 378.