

A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO NO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

José de Assis Santiago Neto¹

Palavras chave: Processo Penal – Contraditório – Participação – Não culpabilidade.

Resumo: O Processo Democrático demanda que as partes participem de forma ativa e isonômica da construção de suas decisões. A Constituição da República adotou o sistema acusatório, em que pese o Código de Processo Penal adotar o sistema inquisitório, portanto, o julgador não pode ser o gestor da prova, devendo atuar como garantidor dos direitos fundamentais. Tal fato, deve-se sobretudo ao princípio da não culpabilidade que deve constituir pilar de sustentação do processo penal que se pretenda democrático. Assim, o presente trabalho visa discutir o papel das partes e do próprio julgador na construção da decisão penal, tendo como foco o processo penal constitucional e democrático.

ARTIGO:

Durante a evolução da sociedade, desde a ruptura com o antigo regime absolutista, esta passou por modelos que devem ser lembrados e que trouxeram diferentes formas de interpretação dos institutos processuais, sobretudo relação da sociedade com o Estado e, conseqüentemente, com o poder.

¹ Mestrando em Processo (PUC/MG); Professor de Direito Processual Penal I e II e Direito Penal V (PUC/MG – Campus Serro); Advogado.

Sob o paradigma² do Estado Liberal, o Estado, em decorrência aos tempos vividos sob o absolutismo no antigo regime, era visto como adversário do ser humano, devendo tão somente salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo intervindo o mínimo que fosse possível. “A lei, encarnação da vontade popular, não deveria sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário, sob pena de instituição de um ‘governo de juizes’ de caráter antidemocrático.”³ Nesse período, a atividade hermenêutica do juiz foi reduzida a uma atividade mecânica, o juiz era considerado como a “boca da lei” e a ele caberia tão somente aplicar a lei ao caso concreto e a interpretação da lei deveria ser evitada⁴.

No Estado Liberal há a prevalência da Função Legislativa⁵ sobre a Função Administrativa e Jurisdicional, vez que estas funções eram tidas como meras executoras das normas elaboradas pelo legislador⁶.

Contudo, a tutela dos direitos relacionados apenas à liberdade, sobretudo à liberdade da burguesia, mostrou-se insuficiente para a tutela da dignidade humana. A crise do Estado-Mínimo chegou ao seu ápice com a

² Em nota de rodapé Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aponta, calcado em estudo de Alberico Alves da Silva Filho sobre a obra de Kuhn, que o termo “paradigma” possui aproximadamente vinte e uma acepções. No presente trabalho, sustentamos, com Brêtas que “*paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.*” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 101).

³ SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 18, p. 375-414. p. 382.

⁴ CARVALHO NETO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito.

⁵ Preferimos a expressão “função” ao consagrado termo “poder” vez que entendemos que o poder é uno e originado do povo, sendo que o que se divide são as atribuições de funções. Como afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 70).

⁶ SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 18, p. 375-414. p. 393.

Primeira Guerra Mundial, seguida da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, 1929, e a grande depressão. A crise trouxe a necessidade de intervenção do Estado na vida social, como ocorreu com o New Deal. Também nesse período, os direitos sociais passaram a ser reconhecidos, sobretudo com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), advindo daí o Estado Social.⁷

A atividade hermenêutica deixou de ser a mera aplicação mecanicista da lei para a adoção de métodos, mais complexos através das análises teleológicas, sistêmicas e históricas na busca da vontade da lei e de sua aplicação de forma a materializar os direitos sociais. O juiz passa a ser visto como garante das finalidades sociais das quais o indivíduo era credor⁸. Porém, no Estado Social a função que prevalece é a Executiva (administrativa) vez que cabe a ela fornecer os instrumentos para a intervenção do Estado na sociedade e assegurar o acesso aos direitos.⁹

Porém, ainda não era o suficiente, diante da sociedade moderna e suas diversidades, o Estado passa a ser garante de direitos que não pertencem a um ou alguns indivíduos, mas a todos. A participação dos interessados nas decisões passou a ser mais intensa e necessária. O Juiz passou de aplicador do direito a construtor dele, através da participação das partes e da criação, pela decisão do caso posto perante ele, da norma que melhor se adéque ao caso concreto. *O juiz ou o decididor, nas democracias, não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes da estrutura procedimental.*¹⁰ É o Estado Democrático de Direito.

Porém, a centro de gravidade que antes foi da função legislativa (Estado Liberal) e da função administrativa (Estado Social), agora passa a ser

⁷ SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 18, p. 375-414. p. 388.

⁸ CARVALHO NETO, Menelick. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. p. 36.

⁹ SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 18, p. 375-414. p. 393.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 63.

da função jurisdicional. *O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos.*¹¹ A função jurisdicional passou a ser percebida como salvadora e pacificadora das relações sociais, como se a sentença pudesse resolver os problemas da sociedade.¹²

Diante das mudanças do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito o Processo, e, conseqüentemente, o Processo Penal, passou por diversas formas de interpretar suas normas. O Estado Democrático de Direito reclama do aplicador/operador do Direito a participação na formação do provimento, mas apenas a participação não é o suficiente, o provimento deve ser precedido da simetria e do respeito aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição, sob pena de ter-se uma decisão inconstitucional e ilegítima.

Durante a evolução a teoria do Processo também sofreu inúmeras modificações. Inicialmente o processo era visto como um contrato, conforme afirmava Photier, celebrado ente os litigantes para o comparecimento em juízo e a solução dos conflitos. Esta teoria se revelou inconsistente vez que o juiz não necessita do consenso das partes para tornar imperativa a sentença¹³.

Com a insuficiência da teoria do processo como contrato, Savigny¹⁴ passou a defender que o processo seria um quase contrato, o processo não era um contrato, era algo semelhante a um contrato¹⁵, já que a parte que ingressava em juízo consentia em cumprir a decisão, favorável ou desfavorável, havendo um elo entre o autor e o juiz. Porém, o juiz não precisava do consentimento do autor para proferir a decisão.¹⁶

¹¹ GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 74.

¹² GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 24.

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 77. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 150.

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 78.

¹⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 152.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 78.

Com Büllow, no ano de 1868 pela obra “Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” o processo abriu suas portas para a autonomia científica. Para essa teoria, o processo seria uma relação jurídica existente entre autor, réu e juiz.¹⁷ Tal teoria, ainda hoje aplicada e adotada pelas legislações, exerceu forte influência, porém, essa teoria confundiu processo e procedimento ao afirmar que o procedimento é o meio de desenvolvimento do processo¹⁸. Contudo, *o processo de Büllow não fora concebido como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação de juízes*¹⁹.

Verifica-se, portanto, que a proposta de Büllow mantém nas mãos do julgador a atividade e o controle judicial. Ocupando o julgador o papel central em detrimento da participação das partes, sendo colocado como “super parte” de atuação preponderante²⁰.

Porém, foi Fazzalari quem deu significativo salto na teoria do processo, ao afirmar que o processo seria definido não pela mera seqüência de atos procedimentais, mas pela presença da participação simétrica das partes, que marcaria o contraditório²¹. Para a teoria do processo como procedimento em contraditório o processo seria uma espécie do procedimento, qualificado, contudo, pela presença imprescindível do contraditório.

Mas apenas o contraditório não é suficiente para o Processo, o processo deve ser uma instituição constitucionalizada, conforme asseverou José Alfredo de Oliveira Baracho²², vez que o devido processo deve compreender os princípios constitucionais (reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório), convertendo em direito-garantia das conquistas da

¹⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 161-165.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 78/79.

¹⁹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2008. p. 29.

²⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 12.

²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 112/113.

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154, Belo Horizonte. 1º e 2º sem. 1999. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Revista Forense, v. 337, p. 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997.

humanidade na constante luta contra a tirania. Tendo a Constituição elevado o processo ao patamar de garantia constitucional²³.

Sem abandonar as duas proposições anteriores (processo como procedimento desenvolvido em contraditório e processo como instituição constitucionalizada), Rosemiro Pereira Leal propõe a teoria neo-institucionalista do processo, onde o processo deveria respeitar aos princípios constitucionais, aproximados pelo texto constitucional, e, sobretudo pela participação das partes em contraditório e pelas garantias constitucionais, não apenas asseguradas, mas efetivadas no processo. Somente através da igual participação das partes na formação sentença é que o processo seria efetivamente legítimo.²⁴

Verifica-se pelas ultimas teorias do processo acima mencionadas que no Estado Democrático de Direito o juiz deixa de ser o principal ator da cena processual para dividir o palco com outros atores, aqueles que poderão ser afetados pelo provimento jurisdicional.

A retirada do juiz do centro do palco processual não esvazia o papel da magistratura, mas o redefine, o juiz deve ser um garantidor de direitos fundamentais, entre os quais se encontra o direito de participação dos sujeitos na formação do provimento. Assim, o juiz democrático não pode omitir-se em relação à realidade social, assumindo função decisória segundo as regras e princípios do sistema processual e deve assegurar que o provimento seja extraído do debate endoprocessual pelo qual todos os sujeitos possam, por seus argumentos, influenciar no dimensionamento da decisão.²⁵

Toda essa evolução atinge também o processo penal, que desde muito trabalha de forma pendular entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório. No primeiro, acusatório o juiz é um sujeito passivo, separado das partes, sendo o julgamento precedido de um debate paritário iniciado pela acusação, que assume todo ônus da prova, e seguido pela defesa em contraditório público.

²³ ANDOLINA, Italo. **O Papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo, v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 200.

Por sua vez, o sistema inquisitório é aquele em que o juiz procede de ofício à procura de provas, tendo, portanto, postura ativa na produção de provas e no julgamento.²⁶ No sistema inquisitorial o juiz, para combater inimigos ocultos, converte-se em órgão militante.²⁷

Consoante diferencia Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a principal e única diferença entre os sistemas inquisitório e acusatório remete à extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, no sistema inquisitório, onde o julgador recolhe a prova, antes de qualquer outro sujeito, e determina sua produção. Enquanto, no sistema acusatório, o juiz tem a função de garantir as regras do jogo e cabe às partes a apresentação das provas lícitamente obtidas.²⁸

Em um processo que seja calcado na Constituição, não há espaço para o processo inquisitorial. Sendo válido transcrever a crítica de Rosemiro Pereira Leal:

No Estado Democrático de Direito não há mais falar em princípio inquisitório, isto é, em referente lógico da atuação jurisdicional sem conteúdo legal. Quando o juiz, secundum legis, toma a iniciativa probatória, seguindo o que os processualistas cognominam de princípio da verdade real, não está exercendo atividade inquisitória, porque tal conduta não tem bases no arbítrio ou na discricionariedade, porém o faz com apoio em norma prévia, pelo princípio da imperatividade legal de que não pode abster-se.²⁹

Contudo, no Processo Penal, esta interferência do juiz na produção da prova não é tão simples. Isto porque a prova compete originalmente às partes, sobretudo àquela que realiza a acusação. Assim, a interferência do julgador somente se daria de forma complementar, quando houvesse dúvidas do

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 519/520.

²⁷ CORDEIRO, Franco. **Procedimiento Penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 21.

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Contribuição da Constituição Democrática ao Processo Penal Inquisitório Brasileiro**. In MACHADO, Felipe Daniel Amorim; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221-231. p. 224.

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 115.

jugador³⁰, porém, havendo dúvidas, ao julgador é imposta a sentença absolutória³¹, vez que não se há provas para embasar a condenação, sendo, pois, desnecessária a produção da prova e supletiva à atividade acusatória, em qualquer das hipóteses, sua produção ira contra o próprio Estado Democrático de Direito.

A impossibilidade do julgador de participar ativamente da produção da prova se deve ao microsistema do processo penal, que deve ser percebido de forma a preservar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.³²

No processo penal democrático, o contraditório deverá guardar a igualdade de oportunidades, isonomia, o que exige a revisão de diversas regras do Código de Processo Penal, principalmente aquelas que delimitam a produção da prova.³³

Se o acusado é presumidamente não culpado³⁴, trata-se de presunção relativa, todo o procedimento deve seguir esta máxima, devendo o agente ministerial, ao propor a ação penal e durante o procedimento apresentar provas de que é o indivíduo culpado. Já à defesa, compete apenas refutar as argumentações acusatórias, vez que, diante da dúvida, a presunção de não culpabilidade permanece íntegra. Assim sendo, é *“vedada ao juiz a ingerência no conteúdo probatório, o Ministério Público deve desempenhar com*

³⁰ É o que se extrai do texto do art. 156 do Código de Processo Penal, em que pese a duvidosa constitucionalidade do dispositivo. Nesse sentido: *“A gestão da prova pelo julgador, de ofício, conforme a nova redação do artigo 156, I e II, do CPP, torna ilegítimo o processo penal, fere o contraditório, a Constituição da República e consolida o risco (concreto) de opções arbitrárias, além de permitir a fusão, em um círculo concêntrico, da ação e jurisdição, elementos estanques e distintos.”* (CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de.; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Por que o Juiz Não Deve Produzir Provas – A nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – ano 16, nº 190, Setembro de 2008. P. 6-7).

³¹ Conforme dispõe o Código de Processo Penal em seu art. 386, II, III, V e VII.

³² BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 16.

³³ ROSA, Alexandre de Moraes da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 264.

³⁴ A Constituição não faz referência à presunção de inocência, mas presunção de não culpabilidade (art. 5, LVII).

*exclusividade a tarefa de acusar e, em última análise, de provar a culpa do acusado.*³⁵”

Assim, resta claro que o juiz não poderá, no processo penal democrático, assumir o centro da atividade, mas terá que dividir o palco com as partes, a quem, competirá a atividade probatória, sobretudo à parte responsável pela acusação. Não se admite no processo penal democrático o juiz que assuma a posição de herói da sociedade³⁶, por mais bem intencionado que pareça, não é papel do julgador a proteção da sociedade, mas o julgamento imparcial³⁷ e segundo a prova produzida em contraditório.

Somente poderia ser dado ao julgador a produção da prova no caso de ser prova favorável à defesa, quando todo conjunto probatório levar à condenação e, somente a prova não produzida pela defesa puder mudar a decisão. Isso se deve ao fato de que a presunção de não culpabilidade dever ser preservada e somente quebrada com absoluta segurança.

Ao juiz, no processo penal democrático, compete a tarefa árdua de assegurar o contraditório (influência e não surpresa³⁸), assegurando a existência do próprio processo, por ser aquele um de seus princípios institutivos³⁹. Consoante aponta Aury Lopes Júnior, deverá o juiz atuar como

³⁵ PLETSH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O atuar das partes e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 79.

³⁶ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de.; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Por que o Juiz Não Deve Produzir Provas – A nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – ano 16, nº 190, Setembro de 2008. P. 6-7

³⁷ No tocante à imparcialidade do juiz, importante salientar com Alexandre de Moraes da Rosa: “Advirta-se, por fim, que a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio do contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual. Todavia, o ato decisório, a pretensão habermasiana não pode ser acolhida como se mostra (cap. 3). Evidente que os argumentos formulados pelas partes devem ser levados em consideração no momento da decisão, fundamentando-se as pretensões de validade, mas não se pode negar pela construção até aqui realizada, que o *um-julgador* esteja informado por fatores externos, condicionantes ideológicos, criminológicos, midiáticos, inconscientes, enfim, subjetivos que sempre são co-produtores da decisão, mesmo que obliterados retoricamente.” (ROSA, Alexandre de Moraes da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. op.cit. p. 266.)

³⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19.

³⁹ LEAL, Rosemire Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 96/97.

garantidor dos direitos fundamentais resultantes da Constituição⁴⁰. Somente dessa forma, o julgador assegurará uma decisão argumentativamente participada, onde as partes possam, através do debate aberto, participar argumentativamente da construção da decisão. Porém, como lembra Aroldo Plínio Gonçalves:

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). O contraditório é garantia de participação em simétrica paridade das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados” ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.⁴¹

Ao garantir o contraditório segundo a concepção referida por Aroldo Plínio Gonçalves, o juiz estará assegurando às partes, pela participação simétrica, a ampla defesa e a isonomia⁴², possibilitando, deste modo, a existência do processo nos termos previstos pela Constituição.

Mais que isso, para que seja assegurado o contraditório, que deixou de ser a defesa negativa (resistência) para passar a ser o direito de influenciar no desenvolvimento do processo⁴³, a decisão deve ser fundamentada⁴⁴, pois a fundamentação é indissociável do contraditório⁴⁵ e somente haverá a participação se a decisão apresentar a argumentação dos afetados, sendo

⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Processo Penal e sua conformidade constitucional – Volume I**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116.

⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 120.

⁴² Contraditório, ampla defesa (ou ampla argumentação) e isonomia constituem os princípios institutivos do processo, sem qualquer um deles o processo se desnatura em mero procedimento. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 96)

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. **Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”;** o contraponto da resposta correta. In MACHADO, Felipe Daniel; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27. p. 18.

⁴⁴ Conforme Constituição da República Federativa do Brasil, art. 93, IX.

⁴⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 19.

inaceitável a decisão simplista que não expõe claramente todas as teses trazidas pelas partes^{46 47}.

Bibliografia

ANDOLINA, Italo. **O Papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo, v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154, Belo Horizonte. 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Revista Forense, v. 337, p. 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁴⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito. in GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e Democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309.

⁴⁷ Vale destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.268-MG, no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes em que afirma que a decisão deve analisar todas as questões suscitadas pelas partes. Decisão citada por Lênio Luiz Streck (STRECK, Lênio Luiz. **Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”**; **o contraponto da resposta correta**. In MACHADO, Felipe Daniel; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27. p. 18.); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito**. in GALUPPO, Marcelo Campos. (Coord.) **Constituição e Democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309. p. 299.)

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito.** in GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e Democracia: fundamentos.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo.** 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO NETO, Menelick. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito.**

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de.; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Por que o Juiz Não Deve Produzir Provas – A nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008).** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBBCRIM – ano 16, nº 190, Setembro de 2008. P. 6-7

CORDEIRO, Franco. **Procedimiento Penal.** Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Contribuição da Constituição Democrática ao Processo Penal Inquisitório Brasileiro.** In MACHADO, Felipe Daniel Amorim; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221-231.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARAPON. Antonie. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 74.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOPES JR. Aury. **Processo Penal e sua conformidade constitucional – Volume I**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PLETSH, Natalie Ribeiro. **Formação da Prova no Jogo Processual Penal: O atuar das partes e a construção da sentença**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)**. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap. 18, p. 375-414.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta**. In MACHADO, Felipe Daniel; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e Processo: a contribuição do**

processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.