RENATO STANZIOLA VIEIRA

**Paridade de armas no processo penal:
do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

2013

RENATO STANZIOLA VIEIRA

**Paridade de armas no processo penal:
do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

2013

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO PARCIAL DESTE TRABALHO,
POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE
ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Nome: VIEIRA, Renato Stanziola

Título: Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Cris e Tom, este trabalho é pra vocês.

Pra você, meu amor, que continua a tomar minha vida nas suas doces e lindas mãos. Com
todo o meu amor.

Pra você, Tom, que deu um novo significado à palavra *felicidade*, pelo seu jeito de sorrir,
pelas suas curiosidades todas, pelo seu olhar, por você existir.

Vocês dois são o centro da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão. Em absolutamente todos os momentos, os três – Gilberto, Leomar, Ricardo – estiveram próximos de mim. Nunca deixaram de me apoiar, de me incentivar e de dar os rumos para eu me tornar uma pessoa melhor. Sempre foi assim. E é assim.

Agradeço ao meu orientador, Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Neste, que já não é meu primeiro mestrado, pude desfrutar de uma relação de confiança que nasceu anos antes de meu ingresso como aluno regular na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sem prever que eu seria seu orientando, Gustavo, você já me tratava com um respeito extremo e uma cordialidade que, como tenho insistido em lhe falar, desde o início me chamaram a atenção. E você, também desde aquele tempo, confiou em minha capacidade. Muito obrigado. Muito obrigado, ainda, pela duradoura prova de paciência com minhas ansiedades, com minhas insistências em tantos pontos a respeito dos quais você, com sua discreta firmeza, pacientemente me mostrou o melhor caminho a trilhar. Pelo contato que tive com você ao longo dos últimos quatro anos e meio, aprendi a lhe admirar ainda mais e a entender, após cada ensinamento seu nos tantos encontros que tivemos, por que você é um dos maiores processualistas penais do país.

Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes, devo também manifestar meus sinceros agradecimentos pelo tom sempre desimpedido com que tem me recebido. Você, Professor, talvez até por não ter sido formalmente meu coorientador, acabou se tornando algo diferente e mais importante do que isso. Sem vínculo formal algum, você esteve o tempo todo ao meu lado com uma honestidade intelectual e um desprendimento realmente notáveis. Com seriedade sabida e admirável, você sempre se dedicou a tratar do tema da paridade de armas comigo. Sua atenção, sua gentileza e suas deferências em todas as nossas conversas deram mais energia para que este trabalho caminhasse até o final. De minha parte, pelas expectativas de revê-lo e trocar ideias francas, tentei sempre aprimorar o texto. Seu auxílio, Professor Maurício, também precedeu em muito às suas arguições na banca de qualificação e a elas se seguiu em outras conversas que tivemos, conversas estas tão francas quanto agradáveis e – para mim – frutíferas.

Ambos, Professores Gustavo e Maurício, precisam saber disto: eu me sinto realmente envaidecido por ter tido o orientador que tive e, além dele, a figura sempre

presente não de um coorientador formal, mas de outro mestre com quem pude dividir, não poucas vezes, as angústias do processo penal e particularmente da paridade de armas.

A propósito da qualificação, agradeço também ao Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, que teceu importantes considerações para o rumo que o trabalho veio a tomar.

Durante o curso de Pós-Graduação, pude contar com as geniais e agradáveis companhias de vários amigos. Entre tantos, o Décio ‘Turanza’ Gomes e a Danyele Galvão sempre estiveram (felizmente para mim e espero que para eles também) mais próximos e muito me ajudaram. Tantos outros colegas foram importantes, mas vocês fizeram grande diferença. Muito obrigado.

Agradeço aos meus colegas e amigos de escritório. Não bastasse terem de conviver com minhas rabugices diárias, meus maus humores e minhas – vá lá – ansiedades, contei sempre com a inteligência privilegiada de Fernando Gardinali Caetano Dias e José Roberto Coelho Akutsu. De ambos desfrutei também, nas tardes em que tive de me ausentar do escritório para escrever a dissertação, de toda a perspicácia, a dedicação e o companheirismo no exercício da advocacia que só quem é mais do que parceiro, mas amigo, pode dar. Mais do que os excelentes advogados que vocês dois são, eu os tenho no meu coração como carinhosos amigos. Das agruras da advocacia às risadas, muito obrigado pelos momentos que passamos juntos e também pelos que passamos separados, pois vocês realmente foram e são uma importante retaguarda.

Por falar em amigo, de novo, Andre, de novo... Você, que a cada dia me mostra quão claro um raciocínio deve ser, que tem um bom senso quase infinito, foi quem mais me ajudou. Valeu, sócio! Valeu pelas dicas, valeu pela tranquilidade que só mesmo você poderia me proporcionar. Um dia você me falou que é muito bom me ter como sócio e que melhor ainda é me ter como amigo. Verdade, cara. Muito bom ter você como sócio, mas muito melhor mesmo é tê-lo como amigo. Obrigado.

Elisa, minha revisora querida: muito obrigado pelo seu capricho e, particularmente, pela paciência que só você sendo quem é poderia ter comigo.

O Tucherman, a Carina, o Andre (com seus sempre tão precisos comentários) e o Fernando (com suas tradicionais e imprescindíveis glosas telhadianas), leram a seu tempo, da maneira e na extensão em que foi possível, o trabalho. Eu lhes agradeço pela disponibilidade de terem me ajudado a cometer menos erros do que eu teria cometido.

Cris, eu lhe devo, além do agradecimento, um enorme pedido de desculpas. Essas horas, todas elas, que passamos separados não voltam. Senti imensamente cada segundo

das madrugadas em que estive longe de você, *escondido* aqui no meu cantinho. Mas, meu amor, mais do que dizer que “sofro calado, pra não lhe dizer a cada segundo o que é um segundo sem você”, quero que saiba da minha gratidão. Ninguém teria me entendido tão bem, ninguém teria jamais imaginado as minhas necessidades, ninguém teria percebido e respeitado nada disso. Só você, com seu amor infinito, pode perceber tudo em mim. Absolutamente tudo. Eu te amo, também, por isso.

Antonio, meu filho, minha *razãozinha*. Você ainda não entende por que é que o papai lhe *agradece*. Mas como você nasceu com este trabalho, filho, posso já lhe dizer: porque você já nasceu meu companheiro e meu amigo. Você já divide o tempo comigo, de certa forma, e faz com que meu tempo seja prazerosamente também seu (inclusive nas madrugadas). Depois que você nasceu, Tom, passei a entender o que o Milton (aquele...) dizia com “Quero a felicidade nos olhos de um pai”. Te amo, filho, já há um tempão e um montão.

RESUMO

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. 2013. 311 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

O presente trabalho trata da paridade de armas no processo penal brasileiro, tomando como pano de fundo da incidência dessa norma o princípio constitucional da igualdade. Inicialmente, abordou-se tal princípio em suas diversas facetas históricas e jurídicas para, em seguida, analisá-lo a partir da teoria dos direitos fundamentais, que separa a incidência das normas em regras e princípios. Cuidou-se do tratamento dado ao tema nos sucessivos Códigos de Processo Penal brasileiros, inclusive no direito processual penal projetado, sempre com vistas à participação das partes. Tratou-se, ainda, da incidência da igualdade no processo penal a partir do estudo dos sistemas consagrados de direito processual penal. Com base nessas análises e em subsídios de direito processual penal comparado, chegou-se a um conceito específico de paridade de armas no processo penal. Por fim, mediante o conceito desenvolvido, foi possível tratar da incidência do princípio da paridade de armas no direito processual penal brasileiro. Importa ressaltar que, ao longo do trabalho, não se assumiu o ponto de vista segundo o qual o princípio simplesmente não existe no Brasil, mas tentou-se abordar os momentos em que ele se manifesta e nos quais há possível violação.

Palavras-chave: Processo penal; Acusado; Igualdade; Devido processo legal.

ABSTRACT

VIEIRA, Renato Stanziola. *Equality of arms in criminal procedure: from the concept to the application in Brazilian criminal procedure*. 2013. 311 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The present work deals with the equality of arms in Brazilian criminal procedure by considering the constitutional principle of equality as the backdrop of that norm incidence. Firstly, the mentioned principle was explored on its historical and legal aspects and then analyzed based on the theory of fundamental rights, which separates the incidence of norms into rules and principles. The treatment given to the theme in the subsequent Brazilian Procedural Penal Codes, including the projected criminal procedural law, was explored with the focus on the participation of parties. Furthermore, the incidence of equality in the penal procedure was broached through the study of renowned criminal procedural law systems. Based on this analysis and on subsidies of compared criminal procedural law, the work reached a specific concept of equality of arms that can be applied to criminal proceedings. Eventually, from the developed concept, it was possible to discuss about the incidence of equality of arms principle in Brazilian criminal procedural law. It is important to emphasize that the study did not follow the point of view according to which the principle simply does not exist in Brazil, since the aim was to examine the moments when it manifests itself and in which there is possible violation.

Keywords: Criminal procedure; Accused; Equality; Due process of law.

SUMÁRIO

1. DA IGUALDADE: DOS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	13
1.1. A paridade de armas sob o pano de fundo do direito constitucional	13
1.1.1. Igualdade ligada às ideias de justiça e participação política	16
1.1.2. A igualdade a partir da Declaração da Virgínia, de 1776	20
1.1.3. O desenvolvimento da igualdade na história constitucional brasileira, de 1824 a 1969	22
1.1.4. Constituição de 1988: da igualdade formal à igualdade material	26
1.2. Igualdade como direito fundamental: aspectos da incidência normativa e consequências práticas	29
1.2.1. Os princípios e as regras na teoria dos direitos fundamentais	31
1.2.2. Igualdade como princípio: os contornos do suporte fático amplo	35
1.2.3. Igualdade como princípio: hipóteses de restrição da aplicação da norma e o problema dos limites e do conteúdo essencial	39
1.2.4. Igualdade como princípio: hipóteses de conflitos normativos	42
2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE AO PROCESSO PENAL	44
2.1. Igualdade no Código de Processo Criminal do Império de 1832	44
2.2. Igualdade em Códigos de Processo Criminal da Primeira República até o projeto Vicente Ráo	48
2.3. Igualdade no Código de Processo Penal de 1941	56
2.4. Igualdade no Projeto Hélio Tornaghi	57
2.5. Igualdade no Projeto José Frederico Marques (PL nº 633/1975) e no Anteprojeto de 1981, convertido no PL nº 1.655/1983	59
2.6. Igualdade no Código de Processo Penal de 1941 e as alterações legislativas até a Lei nº 12.403/2011	63
2.7. Igualdade no Projeto de Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010)	67
3. DAS PARTES NO PROCESSO PENAL	71
3.1. O processo penal: da relação jurídica à situação jurídica	73
3.2. A parte e o terceiro em processo civil	82
3.3. O conceito de parte em processo penal	86
3.4. O acusador	91
3.4.1. O acusador público: Ministério Público e sua atuação bifronte no processo penal	97
3.4.2. O acusador particular: o ofendido na ação penal de iniciativa privativa em sentido estrito e na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública	103
3.5. O acusado	104
3.5.1. Acusado (sentido estrito) e imputado (sentido lato)	105

3.6. Intervenção de terceiro no processo penal: o assistente da acusação	109
4. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: A PARIDADE DE ARMAS E O SISTEMA ADVERSARIAL	116
4.1. Dois sistemas processuais penais: inquisitivo e acusatório	118
4.2. Sistema adversarial: o paradigma do processo penal de partes	121
4.3. O sistema processual penal adversarial: características	124
4.4. Críticas ao sistema adversarial	129
4.5. A contribuição do sistema adversarial à paridade de armas no processo penal	132
5. O CONCEITO DE PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL	135
5.1. Retomada dos pontos de partida e metodologia do trabalho	135
5.2. Enfoques gerais a partir dos julgados do TEDH	141
5.2.1. Julgados do TEDH: momento da incidência do princípio	147
5.2.2. Julgados do TEDH: casos de incidência e catalogação doutrinária	150
5.3. Contribuições conceituais trazidas pelo ICTY e pelo ICTR	153
5.4. Contribuições conceituais do CDHONU	158
5.5. Contribuições conceituais da CIDH	162
5.6. Distinção entre paridade de armas e <i>par condicio</i> no processo penal	166
5.6.1. A <i>par condicio</i> e sua ligação com a doutrina da relação processual e com o contraditório	166
5.6.2. A paridade de armas, sua separação da doutrina da relação processual e sua decorrência da igualdade	168
5.7. Distinção entre paridade de armas e presunção de inocência	174
5.7.1. <i>Favor rei</i> e <i>in dubio pro reo</i> em processo penal: distinções	175
5.7.2. O conceito amplo de presunção de inocência	177
5.7.3. A distinção entre a paridade de armas e a presunção de inocência	178
5.8. O <i>legal aid</i> e a igualdade substancial	180
5.9. A utilidade da teoria dos princípios na conceituação da paridade de armas	181
5.10. O conceito de paridade de armas no processo penal	184
5.10.1. A relatividade do conceito	184
5.10.2. Decomposição da síntese conceitual do TEDH	185
5.10.2.1. A <i>arma</i> como <i>oportunidade</i>	185
5.10.2.2. O que é <i>razoável</i> no conceito de paridade de armas	186
5.10.2.3. O que é <i>parte</i> no conceito de paridade de armas	187
5.10.2.4. A <i>apresentação do caso</i> no conceito de paridade de armas	188
5.10.2.5. A <i>prova</i> para o conceito de paridade de armas	188
5.10.2.6. A <i>substancial desvantagem</i>	188
5.10.2.7. O <i>oponente</i> integrante do conceito	189
5.11. Nosso conceito de paridade de armas para o processo penal	189

6. PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	191
6.1. Delimitação do objeto do capítulo	191
6.2. Paridade de armas na investigação preliminar: conhecimento ativo e passivo	192
6.2.1. Conhecimento passivo: atos instrutórios e atos de investigação	196
6.2.1.1. Conhecimento passivo: dois exemplos de limite ao sigilo interno da investigação preliminar	198
6.2.2. Conhecimento ativo: a investigação defensiva	205
6.2.2.1. Conhecimento ativo: a investigação defensiva no PL nº 8.045/2010	208
6.3. Paridade de armas na fase processual: ação penal, até sentença	213
6.3.1. Paridade de armas em transação penal e aplicação imediata de pena (art. 283, PL nº 8.045/2010)	214
6.3.2. Resposta à acusação	218
6.3.2.1. A resposta efetiva: acesso aos autos, contato entre advogado e acusado, prazo razoável	220
6.3.2.2. A questão da abertura de vistas à acusação após a resposta defensiva	224
6.3.2.2.1. Situações específicas: a abrangência do artigo 409 do Código de Processo Penal e a separação entre resposta à acusação e exceções processuais	224
6.3.2.2.2. A indevida réplica no processo penal: ofensa à paridade de armas	228
6.3.3. Paridade de armas na colheita das provas e sua exploração em juízo	230
6.3.3.1. A instrução processual e o tratamento conferido aos pedidos das partes	231
6.3.3.2. Paridade de armas em pedidos de medidas cautelares pessoais	234
6.3.3.3. A distribuição de espaços nas salas de audiência	236
6.4. Paridade de armas em situações recursais e ações de impugnação	243
6.4.1. Parecer do Ministério Público	245
6.4.1.1. Parecer em recursos decorrentes de ação penal de iniciativa pública	245
6.4.1.2. Parecer em ações de impugnação	251
6.4.1.2.1. Parecer do Ministério Público em revisão criminal	251
6.4.2. Intervenção oral do Ministério Público	267
6.4.2.1. Ordem de sustentações orais nos tribunais em situações recursais	268
6.4.2.2. Sustentação oral do Ministério Público em ações autônomas de impugnação	271
6.5. Paridade de armas em execução penal	274
6.5.1. Paridade de armas na execução penal: exemplos de incidência e um ponto crítico	279
7. ASPECTOS CONCLUSIVOS	282
REFERÊNCIAS	288

*The principle of equality of arms between the prosecutor and accused
in a criminal trial goes to the heart of the fair trial guarantee.*

(ICTY, *Prosecutor v. Tadic*. Appeals Chamber. 15 jul. 1999, § 44)

1. DA IGUALDADE: DOS CONTORNOS CONSTITUCIONAIS À APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1. A paridade de armas sob o pano de fundo do direito constitucional

A igualdade é conceito operativo fundamental aos sistemas jurídicos democráticos¹ e por isso, a fim de se chegar ao seu tratamento no processo penal, deve ser considerada a partir do pano de fundo filosófico-constitucional.

O percurso de tentar apreender suas principais características no plano da abstração para depois verificar de que modo ela tem sido tratada no campo escolhido como tema deste trabalho é inevitável. Afinal, se no sentido mais abstrato e antigo impunha-se considerar o princípio como decorrência da igualdade entre todos os cidadãos – e esta não é ocasião própria para retomar a distinção de Aristóteles entre os escravos e os cidadãos, ou mesmo as razões então vistas para distinguir uma categoria da outra² –, na escolha que aqui se fará há um viés de atuação específica no processo penal.

Da igualdade embasada na natureza de todos (observada na Antiguidade a distinção entre Platão e Aristóteles e com a passagem pela história cristã³ culminando em lições de

---

¹ “A igualdade constitui o signo fundamental da democracia”, diz José Afonso da Silva (*Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70). Da ligação umbilical entre democracia e igualdade trata Augusto Cerri (*L'eguaglianza*. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 49-50). Ver também: CERRI, Augusto. Uguaglianza (principio costituzionale di). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 2007, p. 1; FERREIRA, Pinto. Igualdade (direito constitucional). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 42. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 157. Sobre ela ainda discorreu Antonio Carlos de Araújo Cintra, que a definiu como “um dos pilares do chamado regime democrático” (O princípio da igualdade processual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, dez. 1981/dez. 1982, p. 39).

² Elegante crítica ao estagirita foi feita por Giorgio del Vecchio (*Igualdade e desigualdade perante a justiça*. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXI, fasc. 1. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais” S. A., 1966, p. 26). Del Vecchio indica que Aristóteles teria superado a lição de Pitágoras (segundo quem a justiça corresponderia à noção de igualdade na troca de bens, *i.e.*, igualdade em sentido comutativo) para tratar da igualdade também no aspecto distributivo, que deve considerar a dignidade, isto é, o mérito de cada pessoa. A crítica de Del Vecchio quanto ao aspecto da igualdade distributiva reside na seguinte constatação: “deve-se notar que Aristóteles deixou indeterminado o critério para a avaliação da ‘dignidade’ e do mérito pessoal. Faltou-lhe o conceito do valor essencial da pessoa humana, cujo reconhecimento deve constituir o primeiro postulado da justiça; e essa falta resulta evidente na justificação da escravidão”.

³ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7. Há uma passagem bíblica reproduzida no opúsculo de Augusto Cerri (*L'eguaglianza*, cit., p. 10) que evidencia o enfoque do cristianismo quando se fala da igualdade: “si ricorda, sovente, um passo dell'epistola di Paolo di Tarso ai Galati: ‘non c'è Giudeo né Greco, non c'è schiavo né libero, non c'è maschio e femmina: tutti voi infatti siete uno solo in Cristo Gesù.’(Gal 3, 26-28)”.

autores como Ronald Dworkin⁴) chega-se à igualdade *no processo*, não sem antes passar pelas declarações de direitos do século XVIII e pelas Constituições e atuais declarações de direitos mundo ocidental afora. Tendo em vista que no processo não se cuida de *bens*, mas de tratamento perante sujeito imparcial, transpõe-se para tal contexto um ideal não necessariamente distributivo, mas de igualdade, por parte do juiz, no tratamento dos envolvidos. Particularmente no processo *penal*, sua configuração é a igualdade de armas.

Assim, como em qualquer abordagem que tenha em mira o sistema do direito positivo, assume-se aqui que é do plano constitucional que se inaugura a análise,⁵ descendo em hierarquia – mas aumentando em concretude – ao objeto específico do estudo. Além disso, uma vez que falar em igualdade de armas remete à cogitação entre igualdades e desigualdades e às suas razoáveis justificativas de *discrímen*,⁶ quer-se colocar em questão o entendimento difundido segundo o qual, mesmo que se legitime o processo penal com base na igualdade de todos perante a lei, ele “não oferece às partes a igualdade de posições”.⁷

A presente proposta consiste em, a partir das premissas constitucionais, investigar se, no direito positivo brasileiro, a paridade de armas tem eco no processo penal e também se, a depender da primeira resposta que se atinja, ao menos sua cogitação tem pertinência. Com isso, a ideia é instigar a discussão quanto ao tratamento dos sujeitos do processo penal a partir da igualdade processual. Tanto uma crítica (constitucionalidade) quanto a outra (previsão infraconstitucional) equivalem, em boa medida, a questionar o *mainstream* doutrinário e jurisprudencial brasileiro que nega, ora aprioristicamente,⁸ ora em sua

⁴ Em *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* (Trad. Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 199), Dworkin ensina que o “mais abstrato princípio igualitário” é que “a comunidade trate todos os membros com igual consideração”.

⁵ Paulino Jacques, em 1947, disse que é “nos textos das Constituições que o jurista deve buscar os elementos integrativos do conceito de igualdade jurídica, porque, fora dêles, se embrenhará numa floresta inextrincável de indagações, quase sempre, infrutíferas” (*Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 89).

⁶ Felix Oppenheim menciona: “Podemos dizer que os seres humanos só são iguais ou desiguais em relação a determinadas características que devem ser especificadas. Não tem sentido afirmar que ‘todos os homens são iguais’. Alguns podem ser quanto a uma característica particular; outros, não. [...] A e B são tratados de maneira igual, não porque ambos sejam alvos da mesma concessão, mas porque a regra lhes é aplicada de modo imparcial. [...] Igualdade e justiça possuem, na realidade, uma importante característica comum: ambas só podem ser sustentadas por regras que determinam como certos benefícios ou gravames hão de ser distribuídos entre as pessoas” (In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. v. 1, 5. ed. São Paulo: Editora UNB; Imprensa Oficial, 2004, p. 598).

⁷ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 10.

⁸ Paula Bajer Martins da Costa considera “melhor admitir, portanto, que a paridade de armas está ausente no processo penal” (*Igualdade no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 97).

potencialidade maior,⁹ o cabimento do conceito de paridade de armas em nosso sistema processual penal.

O que fundamenta a análise da paridade de armas, pois, antes de um juízo de técnica processual que será tratado no decorrer do texto, é uma perspectiva de igualdade puramente constitucional. Afinal, se no limite a igualdade no processo poderia adquirir a leitura simples segundo a qual “o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico”¹⁰ ou, em conhecida concepção de teoria geral do processo, “as partes e procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”,¹¹ propõe-se a reflexão primeiro sobre o aspecto constitucional e depois sobre o técnico-processual.

A paridade de armas no processo penal brasileiro é, sobretudo, um problema de direito constitucional, até porque a própria desigualdade no processo há de atender, antes de mais nada, a imperativos e justificativas constitucionais.¹² É inegável, a propósito, a razão de Antonio Carlos de Araújo Cintra ao expor, a partir do extrato constitucional, o chamado *método processual*. Diz o professor:

o método processual exige a igualdade das partes, independentemente da adoção de uma posição política ou ideológica semelhante àquela que inspirou o preceito constitucional da isonomia. É que o método processual se caracteriza pela colaboração das partes¹³ na formação do provimento judicial de que serão destinatárias, e essa colaboração se faz no plano racional e ético da formulação de pedidos e da apresentação de alegações e provas. Ora, o elemento de racionalidade inerente ao processo e manifestado de forma especial na motivação das decisões judiciais, reclama a forma dialógica (ou dialética) daquela colaboração

---

⁹ Há pouquíssimos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre paridade de armas. Neles se pode ver que a maior parte da discussão se resume a prazos para manifestações. A esse respeito, ver: Ag. Reg. Em RE 213.121, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 06.03.2009; HC n° 86.816, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 14.09.2007; HC n° 87.567, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 17.08.2007; HC n° 84.159, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 06.08.2004; HC n° 83.917, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 25.06.2004; HC n° 83.255, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 12.03.2004.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

¹² Nas palavras de Bandeira de Mello em texto de referência no tema: “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional” (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42). Esse foi, aliás, um dos motivos pelos quais o órgão plenário do Supremo Tribunal Federal denegou a ordem de *habeas corpus* do HC n° 106.212, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em julgamento realizado em 24 de março de 2011, que discutia a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha (Lei n° 10.340/2006).

¹³ Será visto no texto, contudo, que o aspecto cooperatório do processo – civil ou penal – não é infenso a críticas.

das partes, colocando-se os “dialogantes” em pé de igualdade, a fim de que, racionalmente, seus argumentos e suas provas sejam avaliados pelo seu próprio valor e não em vista de quem os apresente. O método processual, pois, iguala as partes ou pressupõe a sua igualdade.¹⁴

É depois de passar pelo plano constitucional que a paridade se torna problema de técnica específica do processo e particularmente do processo penal, no qual importa tratar das partes, dos sistemas processuais e da possibilidade de aplicação – em medidas e fases específicas – da persecução penal.

1.1.1. Igualdade ligada às ideias de justiça e participação política

Nunca foi tarefa simples separar o igual do desigual. Também nunca foi e não é fácil justificar a distribuição do quinhão de um bem a cada um, segundo as respectivas desigualdades. A igualdade e a desigualdade, como irmãs gêmeas, só assim convivem: com tal dificuldade e impulso perene. Afinal, só se vendo o que é desigual é que se atinge a igualdade nos objetos. Como disse Fábio Konder Comparato, “a igualdade é medida de comparação. Não há como conceber a igualdade de um só”.¹⁵

Só quando se compara, valora-se e coteja-se, enfim, o que é igual e o que é desigual é que, na balança, separa-se o desigual. E é só mediante tal valoração que se pode cogitar da distribuição da porção igual a cada um na medida da igualdade e, por outro lado, da porção desigual conforme a desigualdade proporcional.¹⁶

Essa primeira lógica – de justiça distributiva guiada por critério de proporcionalidade a partir da comparação natural entre o igual e o desigual – remonta a uma concepção filosófica de justiça absoluta, típica do modelo aristotélico que, conforme a lição de Maria da Glória Ferreira Pinto Garcia, perdurou até o surgimento do

---

¹⁴ O princípio da igualdade processual, cit., p. 41.

¹⁵ Precisações sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 750, abr. 1998, p. 18. Alessandro Pizzorusso distingue a igualdade (tida como sinônimo de paridade) da identidade dizendo que a última equivale a uma “igualdade total”, o que possibilita a conclusão de que, segundo aquele autor, quando se fala em igualdade na política ou na jurisprudência, “entende-se quase sempre uma igualdade relativa, referida a particulares pontos de vista” (*Che cos’è l’eguaglianza: il principio ético e la norma giuridica nella vita reale*. Roma: Editori Riuniti, 1983, p. 12-13).

¹⁶ Disse Pontes de Miranda que, “porque os homens não são aritmeticamente iguais e, além disso, a igualdade é coisa a realizar-se, e não realizada, o conceito de ‘igualdade’ é sempre relativo” (*Comentários à Constituição de 1946*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 282). A lição é repetida por Pizzorusso: “in questo senso infatti l’eguaglianza è una meta, un traguardo sempre difficile da raggiungere, non è calcolabile con il metro o con qualsiasi altra unità di misura” (*Che cos’è l’eguaglianza...*, cit., p. 9).

racionalismo.¹⁷ Tal modo de tratar a igualdade, lembra a referida autora, é tão emblemático que, no contexto grego antigo, à palavra *íson*, que significa justamente o *igual*, associava-se o direito. Na esteira do que pregou Michel Villey, o *igual* significava “o justo lugar entre um excesso e um defeito”. Não é à toa que, tanto na mitologia grega quanto na romana, o direito remonta à ideia de uma balança em que os pratos estão no mesmo nível. Tratava-se de um tempo, portanto, em que se tomava a igualdade como sinônima da justiça.

Naquele contexto filosófico, a noção de igualdade prescindia da positivação nos textos legais e dimanava do conceito natural de justiça: todos os homens, sendo iguais, deveriam ser tratados como tal e, entre eles (como gênero humano, isto é, como indivíduos), os bens deveriam ser distribuídos quer conforme a igualdade numérica, quer conforme a proporção de bens e homens que deles necessitassem mais ou menos, quer, ainda, conforme o merecimento de cada um.¹⁸

Pode-se dizer existir aí a noção ampla e abstrata do princípio da igualdade: não se é igual porque a lei assim o diz, mas, bem antes, porque a igualdade é o critério de justiça. Giorgio Del Vecchio, aliás, lembra que, para o primeiro filósofo a se debruçar sobre o tema, Pitágoras, a justiça se definia exatamente como a igualdade.¹⁹ É desse pressuposto que se parte: da igualdade absoluta, natural, entre os homens. Por partir de tal critério amplo e absoluto, Maria da Glória Ferreira Pinto Garcia afirma que a igualdade se apresentava “como elemento estrutural da própria justiça e que importa não confundir com o conceito estrito ou jurídico, de igual tratamento dos cidadãos pelo poder público”.²⁰

Como síntese dessa concepção, Martim de Albuquerque lembra os seguintes aspectos:

- a) todos os homens são naturalmente iguais;
- b) a igualdade é a essência da Justiça;
- c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis;
- d) a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, mas desigualmente o desigual;
- e) a igualdade é a base da democracia;

---

¹⁷ *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32.

¹⁸ Eis, em síntese, o que Felix Oppenheim (In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfanco. *Dicionário de política*, cit.) nomeou de “critérios tradicionais de igualitarismo” em sua abordagem sobre o verbete *igualdade*.

¹⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. *Igualdade e desigualdade perante a justiça*, cit., p. 26.

²⁰ *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 33-34. Nesse sentido, ver: CERRI, Augusto. *L'eguaglianza*, cit., p. 11.

- f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo), em certos casos, ser geométrica;
- g) a igualdade contém uma componente de adequação às situações e aos fins;
- h) a igualdade implica a participação das oportunidades.²¹

Depois, com o racionalismo e o individualismo dos séculos XVII e XVIII, passa-se a sustentar a igualdade entre todos não porque a noção signifique justiça, mas por se considerar os indivíduos como qualitativamente desiguais entre si. O homem não é mais visto como representativo de uma igualdade geométrica ou proporcional entre ele e os bens disponíveis, mas entre ele e o contexto no qual se situa. Eis que se passa a repensar, então, a ideal repartição dos bens na comunidade.

Destacadamente no que diz respeito às relações entre cidadãos e poder público, a noção de igualdade, uma vez mais conforme Maria da Glória Ferreira Pinto Garcia, adquire “uma força nova e reivindicativa”.²² O tratamento do que é igual ou desigual, agora, não é mais pautado pela ideia de justiça natural, mas sim pela ideia de uma justiça a se atingir, de uma igualdade a se alcançar numa sociedade fática e juridicamente desigual.²³

Tal contexto do tratamento da igualdade é o de fim de privilégios que não se justificam, mesmo que se saiba das desigualdades fáticas entre uma classe social e outra. Não era mais a hora do tratamento da igualdade no sentido estático visto na origem greco-romana, mas, já então, no lado dinâmico, tratava-se de *igualização* dos homens na sociedade. Nesse cenário, a igualdade fez-se protegida pela lei. Aliás, Jean-Jacques Rousseau dizia, naquele tempo, que “é exatamente porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade que a força da legislação deve sempre propender a mantê-la”.²⁴

Era preciso dizer que *todos são iguais perante a lei*, como se, com isso, os que ainda não o eram, dadas as distinções fáticas (leia-se: socioeconômicas), passassem a sê-lo. Inaugurava-se ali a *igualdade civil* amparada na lei, a chamada *igualdade formal*, que

---

²¹ *Da igualdade*: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 15-16.

²² *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 34.

²³ Basta lembrar os exemplos tormentosos das revoluções dos séculos XVII (sobretudo na Inglaterra) e principalmente XVIII (Independência Americana, em 1776; Revolução Francesa, em 1789; Declaração dos Direitos do Homem, do mesmo ano; Constituição da França, de 1791; e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793).

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. Revisão de Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63.

consistia no primeiro passo para que se conseguisse – pelo que hoje se vê nas teorias constitucionais e nos sistemas de direito positivo – chegar a pensar na igualdade material.

Era tempo do contratualismo de Rousseau, que apregoeou, entre outras ideias então revolucionárias, que o pacto fundamental que dá razão de ser ao contrato social troca a igualdade natural por uma “igualdade moral e legítima”, que substitui “aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, e, podendo ser desiguais em força ou em talento, todos se tornam iguais por convenção e de direito”.²⁵ É também de Rousseau a tentativa de convencer os pares de sua época da ideia segundo a qual

o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos que todos eles se comprometem sob as mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de sorte que o soberano conhece somente o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que a compõem.²⁶

Nesse novo contexto, cenário tanto do pacto social inaugurado a partir das desigualdades (mas com o fito de preservar as igualdades morais de cada um), quanto da luta histórica e social pelo fim dos privilégios, a igualdade civil equivale a uma igualdade “contra o Estado”.²⁷

A noção de igualdade civil, portanto, no movimento do constitucionalismo, é tipicamente liberal. Aponta nesse sentido a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, ao dizer que

os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Por isso se considera que esta igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria *liberdade* individual.²⁸

No período liberal, como já se pôde ver e tal como adiante será mais bem entendido, a noção de igualdade esgota-se em sua estatuição formal nas Constituições e

---

²⁵ *O contrato social*, cit., p. 29-30.

²⁶ *O contrato social*, cit., p. 41.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 26.

²⁸ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426. Na Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1974, a proteção da igualdade está prevista no artigo 13: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual”.

declarações de direitos. É tempo da chamada igualdade *negativa*, quando a lei ampara a igualdade para que o Estado não invada seu âmbito. Desconfia-se do Estado porque se acredita que a melhor medida da igualdade se garante *sem* sua intervenção, e que as leis visam exatamente proteger tal esfera de intangibilidade.

1.1.2. A igualdade a partir da Declaração da Virgínia, de 1776

Os documentos que melhor espelham a noção de igualdade civil (ou formal) são, primeiro, a Declaração de Independência da Virgínia, de 1776, e, depois, a francesa Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.²⁹ A esses se seguiu uma plêiade de textos normativos dos mais variados países ocidentais, seja na forma de declarações ou de Constituições.

Mesmo que muitas vezes suas proclamações não passem de solenes folhas de papel, até porque – e esse pode ser um problema que acompanha a relevância e a dificuldade do conceito ao longo de toda a história – *igualdade* tem sido uma palavra também notabilizada por seu amoldamento ao viés ideológico de cada comunidade,³⁰ o conceito é hoje uma unanimidade constitucional.

Quanto às declarações de direito que a proclamaram, a Declaração da Virgínia, de 12 de junho de 1776, determinou, pela primeira vez no Ocidente, que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes”.³¹ Em

---

²⁹ RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. Uguaglianza (principio di). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIX. Turim: UTET, 1973, p. 1088.

³⁰ A prova de tal amoldamento ou ductibilidade do conceito para abrigar os desiguais e tentar igualá-los é vista não só em exemplos dos limites de distinção entre os sexos – por que o serviço militar é endereçado preferencialmente aos homens? – e de distinção de estágios de aproveitamento dos direitos civis em razão de idade – por que a idade da imputabilidade penal não é a mesma da eleitoral? –, mas, como lembrou Del Vecchio, inclusive na Organização das Nações Unidas, que se notabiliza, entre outras características, por conceder “privilégios importantes a cinco Estados (*original members*), colocando os outros em condições de grave e permanente inferioridade”, e também por, segundo ele, abrigar, com direito igualitário de voto em assembleia geral, Estados “faltos de organização que garanta os direitos fundamentais” (*Igualdade e desigualdade perante a justiça*, cit., p. 34-35).

³¹ Tradução livre de: “all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”. Entende Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, contudo, que “é na revolução francesa que se formaliza a ideia jurídica de igualdade, inserta no art. 1º da declaração dos direitos e do cidadão, de 1789” (*Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33). Paulo Lucena de Menezes lembra que, além dessa previsão, no delineamento da configuração da liberdade formal daquela declaração, foram importantes seus artigos 4º (que vedava a concessão de proventos especiais e privilégios e a transmissão hereditária desses e de cargos especificados), 5º e 6º (que asseguravam a igualdade de participação política) (In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, 2007, p. 175).

seguida, elaborou-se a Constituição do Estado de Massachusetts, de 2 de março de 1780, segundo a qual:

todos os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais e inalienáveis, dentre os quais devem ser considerados os de gozar e defender a vida e a liberdade, o de adquirir, possuir e proteger a propriedade, e, enfim, o de perseguir e obter sua segurança e felicidade.³²

Depois, a notícia que se tem é a da Declaração dos Direitos do Homem, promulgada na França em 26 de agosto de 1789, que trouxe novamente à tona o tratamento da igualdade formal ao mencionar que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.³³ No que tange à formação da vontade geral, o texto estabelece, em seu artigo 6º, a igualdade de tratamento entre os homens em sua formação.³⁴

Na sequência de tais documentos, e não sem notar, na esteira de Georg Jellinek, que as declarações francesas podem ter-se abeberado das congêneres norte-americanas,³⁵ a Constituição da França, de 1791, foi a primeira a tratar do princípio da igualdade e o fez, na leitura de Martim de Albuquerque, para que deixasse de

existir nobreza, pariatos, distinções hereditárias, distinções de ordem, nem regime feudal, ou justiças patrimoniais, nem títulos, denominações e prerrogativas delas provenientes, nem ordem alguma de cavalaria, corporação ou condecorações daquelas para que antes se exigiam provas de nobreza, ou que suponham distinções de nascimento, nem alguma superioridade se não a dos funcionários públicos quanto ao exercício de suas funções.³⁶

A partir daí, a proteção formal da igualdade espalhou-se mundo afora a ponto de hoje³⁷ ser difícil citar uma Constituição que não preveja a cláusula, até porque ainda não

³² Tradução livre de: “All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their Lives and Liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness” (ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade...*, cit., p. 91).

³³ Tradução livre de: “les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits” (art. 1º).

³⁴ “La loi est l’expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir, personnellement ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

³⁵ Uma comparação entre elas é feita por Martim de Albuquerque (*Da igualdade...*, cit., p. 47 e ss.). Sobre o posicionamento de Jellinek, ver: GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto. *Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 31, rodapé n. 6.

³⁶ *Da igualdade...*, cit., p. 49.

³⁷ A respeito da ductibilidade do conceito, é emblemático que, nos Estados Unidos, a cláusula da igualdade – *equal protection clause* – apenas tenha tido guarida constitucional com a 14ª Emenda, de 1868. Mesmo após sua adoção, a doutrina do *separate, but equal* perdurou a partir do famoso caso Dred Scott, considerado um

havia compromisso algum com o respeito à igualdade – e às desigualdades – *na* lei.³⁸ Contentava-se com a proclamação do princípio da igualdade *da* lei, independentemente de a própria lei ser patrocinadora de desigualdades (em casos de situações iguais) ou arbitrariedades (em caso de situações desiguais que merecem tratamento em tal medida proporcional). Tal é o caso lembrado por Carlos Maximiliano: a igualdade absoluta é, de fato, o *paradoxo da igualdade*.³⁹

A noção liberal foi recebida no Brasil pela Constituição Imperial de 1824.

1.1.3. O desenvolvimento da igualdade na história constitucional brasileira, de 1824 a 1969

Não deixa de ser contraditório que em pleno regime monárquico se tenha dito que a Carta de 1824 tivesse um espírito *liberal*, pois amparada nos ventos que aqui chegaram quer do Norte (Declaração da Virgínia), quer do Atlântico (declaração francesa).⁴⁰ O tom

dos mais infames da história de toda a jurisdição constitucional até a revisão do precedente em 1954, com *Brown v. Board of Education*. No verbete *equal protection* constante do *Black's Law Dictionary*, nota-se a distinção em conceito apenas formal da igualdade e, atualmente, um conceito mais atento ao conteúdo das desigualdades. Dali se vê: “The 14th Amendment guarantees that the government must treat a person or class of persons the same as it treats other persons or classes in like circumstances. In today's constitutional jurisprudence, equal protection means that legislation that discriminates must have a rational basis for doing so. And if the legislation affects a fundamental right (such as the right to vote) or involves a suspect classification (such as race), it is unconstitutional unless it can withstand strict scrutiny” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Group, 2009, p. 616).

³⁸ Para ficarmos nos casos mais conhecidos e em um curioso: o curioso é a previsão da igualdade formal na Constituição da República da África do Sul, adotada em 8 de maio de 1996, que logo no preâmbulo reconhece a união na diversidade dos africanos que vivem naquele país e afirma que todos os cidadãos são igualmente protegidos pela lei. Em seu texto, enquanto no artigo 1º, “a”, reconhece-se a necessidade de se atingir a igualdade, no artigo 3º, 2, prevê-se que todos os cidadãos são igualmente titulares de direitos, privilégios e benefícios da cidadania, e igualmente submetidos às tarefas e responsabilidades concernentes à cidadania. A Constituição da Itália, de 7 de dezembro de 1947, logo no artigo 3º, prevê que os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais. Seu texto afirma, ainda, que é dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país. Na Alemanha, no artigo 3º da Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, previu-se tanto a igualdade formal de todos perante a lei, quanto a igualdade entre homens e mulheres – daí a promoção de igualdade entre ambos para eliminar diferenças existentes, como também a vedação de favorecimento ou tratamento prejudicial em razão de sexo, parentesco, raça, língua, domicílio ou origem, crença ou opiniões religiosas ou políticas. Tal artigo determinou, ainda, que ninguém pode ser prejudicado em razão de incapacidade. Já na Constituição espanhola de 31 de outubro de 1978, em seu artigo 14, lê-se que os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

³⁹ *Comentários à Constituição Brasileira*. v. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1948, p. 36.

⁴⁰ Luis Roberto Barroso lembra passagem de Raymundo Faoro, segundo quem “o liberalismo não foi, na sua origem, democrático, senão burguês, e, em muitos resíduos, aristocrático” (Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 78, abr./jun 1986, p. 67). A contradição em se pretender imitar os ideais burgueses franceses e norte-americanos reside exatamente no fato de que a maturidade que guiou a

liberal do tratamento da igualdade ressoa da previsão do artigo 179 daquela Constituição, segundo o qual, em seu inciso XIII, “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Como disse Pandiá Calógeras, atento ao ideal que se propagandeava na época, nesse ponto a Constituição de 1824 era um “monumento de liberalismo”.⁴¹ E Paulino Jacques, tendo em vista a redação do inciso aqui transcrito ser quase a tradução do que continha o artigo 3º da declaração francesa adotada pela Convenção Nacional em 29 de maio de 1793, entendeu que “fonte mais liberal não podia o preceito da Carta monárquica ter encontrado”.⁴²

A essência dessa afirmação e sua correção são perceptíveis também porque, em outros quatro incisos (XIV a XVII), as previsões constitucionais não passavam ora de mera disciplina para admissão a cargos públicos amparada em “talentos e virtudes” (art. 179, XIV), ora de adequação entre a “proporção dos haveres” e a “contribuição para as despesas do Estado” (art. 179, XV), ora de reminiscência de privilégios desde que atrelados a cargos e que tenham suposta utilidade pública (art. 179, XVI), ora, ainda, de inexistência de foro privilegiado (art. 179, XVII).

Se não escapou da lição de Anacleto de Faria a vedação da “intervenção estatal no sentido de diminuir eventuais desigualdades de fato” (o que já reforçava o tom liberal do conceito de igualdade),⁴³ foi o mesmo autor que trouxe à tona outras contradições: a permanência do estrito critério de renda para a participação política na vida do país (arts. 94 e 95 da Constituição) e a manutenção dos *privilégios reais* (distribuição de honrarias que remanesca nas mãos do Imperador).

Começávamos o século XIX, pois, com uma quimera de igualdade, até porque o Estado sequer era laico e – como se verá particularmente com o processo penal – o regime de escravidão vigente impedia que se rotulassem as tais previsões constitucionais de *liberais*.

proclamação igualitária naqueles países veio de carona com a luta contra o regime monárquico (França com sua revolução e Estados Unidos com sua independência da metrópole inglesa), sendo que, nos dois países, a igualdade prestava-se a diminuir as diferenças entre as classes com representação política devido ao fortalecimento da burguesia. No Brasil, não se pensava em nada disso.

⁴¹ apud FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*, cit., p. 64. A passagem de Pandiá Calógeras está em sua obra intitulada *Formação histórica do Brasil* (2. ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1935, p. 112).

⁴² *Da igualdade perante a lei...*, cit., p. 97.

⁴³ *Do princípio da igualdade jurídica*, cit., p. 65.

Com a República avançou-se um pouco, porque se passou a inadmitir “privilégio de nascimento, foros de nobreza e ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho” (art. 72, § 2º, 2ª parte), e se acolheu o sufrágio universal – se bem que o voto feminino só veio a ser constitucionalizado em 1934.

No tratamento do cerne da igualdade, contudo, mantinha-se já na República a cartilha liberal de que, pura e simplesmente, “todos são iguais perante a lei” (art. 72, § 2º). A esse respeito, tem razão Anacleto de Oliveira Faria quando fala que “a igualdade preconizada pela referida Carta continuava sendo a de caráter formal, negativa e abstrata, prevista pela Constituição de 1824 e oriunda das ideias individualistas então vigentes”.⁴⁴ A síntese da afirmação da igualdade formal pode ser retirada do comentário de João Barbalho, que resume o artigo 72, § 2º, daquela Constituição nestes termos:

não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patrícios nem plebeos, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivella o direito. Não existem privilegios de raça, casta ou classe, nem distincções quanto ás vantagens e onus instituídos pelo regimen constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não têm que influir nas relações entre o individuo e a autoridade publica em qualquer de seos ramos. A lei, a administração, a justiça serão eguaes para todos.⁴⁵

Com a Constituição de 1934, a igualdade passa a ser tratada no primeiro dos incisos previstos aos direitos e garantias individuais. Assim, no artigo 113, I, lê-se: “todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

Conquanto se possa notar a continuidade de se acatar a cartilha liberal-individualista no tratamento do tema, Anacleto de Oliveira Faria lembra, conforme a interpretação feita do artigo 115 daquela Carta (condicionamento da liberdade econômica ao oferecimento a “todos” de uma “existência digna”), que se ensaiou caminhar da mera igualdade formal para uma “tentativa de igualdade social e econômica”.⁴⁶ Poder-se-ia, em sequência, tratar do continuísmo individualista e liberal da previsão da igualdade na Carta

---

⁴⁴ *Do princípio da igualdade jurídica*, cit., p. 68.

⁴⁵ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*: comentada. Brasília: Senado Federal, 2002, Edição fac-similar, p. 303.

⁴⁶ *Do princípio da igualdade jurídica*, cit., p. 71.

outorgada de 1937⁴⁷ (art. 122, 1: “todos são iguais perante a lei”), mas se prefere lembrar que a Constituição de 1937 sequer juridicamente existiu.

É esclarecedora a passagem de entrevista de Francisco Campos, seu artífice, ao *Correio da Manhã*, em 3 de março de 1945:

Acontece, porém, o que é mais grave, que a Constituição de 1937 não tem mais vigência. É um documento de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico, por não haver adquirido ou haver perdido a sua vigência.⁴⁸

Viria resgatado, na Carta de 1946, pura e simplesmente o princípio da igualdade formal no § 1º do artigo 141 – “todos são iguais perante a lei” –, não fossem os temperamentos do imperativo de “justiça social” como critério de organização da ordem econômica (art. 145), o condicionamento do “bem-estar social” no uso da propriedade (art. 147) e, por fim, a distribuição da própria propriedade “com igual oportunidade para todos” (art. 141, § 16).

Por tais temperamentos, malgrado a regra geral no tratamento da igualdade continuasse a ser pura e simplesmente a igualdade *perante* a lei, autores como Themístocles Brandão Cavalcanti⁴⁹ e Carlos Maximiliano⁵⁰ já enfocavam o princípio à luz de sua superação de tratamento individualista. E por isso foi que Anacleto de Oliveira Faria lembrou que tal Constituição, “paralelamente ao princípio da isonomia, estatui regras relativas à transposição para o nível substancial desse princípio e o estabelecimento de maiores possibilidades de acesso a um mínimo de bens materiais, de parte de todos os cidadãos”.⁵¹

---

⁴⁷ Importante destaque merece Araújo Castro, que, em seus comentários, seguiu a trilha de João Mangabeira e postulou por uma “proteção que o Estado deve aos fracos”, afirmando com isso que “consiste a igualdade, sobretudo, em considerar desigualmente condições desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes” (*A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 267).

⁴⁸ A íntegra da entrevista encontra-se transcrita em PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. v. IV. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 39-52. A propósito, disse Afonso Arinos de Melo Franco: “não há necessidade de prestar muita atenção a um texto que não foi aplicado, e que havia sido redigido conscientemente para não se aplicar (*Direito constitucional: teoria da Constituição*; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 170).

⁴⁹ *A Constituição Federal comentada*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1952, p. 77.

⁵⁰ *Comentários à Constituição brasileira*, cit., p. 36. O autor repetia, ainda, lição segundo a qual “o direito de igualdade unicamente se pode admitir no sentido de uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições” (p. 37).

⁵¹ *Do princípio da igualdade jurídica*, cit., p. 76.

Com a Constituição de 1967, depois repaginada apenas na forma de acordo com os moldes da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, mantém-se nos artigos 150 (da Carta de 1967) e 153 (nos termos da citada emenda constitucional) a igualdade formal, no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”. Nesse particular, se por um lado se notou certo otimismo no comentário de Anacleto de Oliveira Faria a partir do artigo 168 da Carta de 1967 (igualdade de oportunidades ao ter estabelecido a educação como direito de todos), não se observou semelhante otimismo nos comentários de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, que enfaticamente tratou do princípio como se de mera igualdade formal fosse.⁵²

1.1.4. Constituição de 1988: da igualdade formal à igualdade material

Se por um lado José Afonso da Silva tece críticas à constatação de, no dístico igualdade-liberdade, haver mais estudos que tocam a última em detrimento dos dirigidos à primeira,⁵³ por outro importa, à luz da Carta de 1988, tratar da justificativa de se somar à igualdade *perante* a lei aquela outra, a *da* lei ou, como quer Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, construída *pela* lei.⁵⁴

A Constituição vigente, ao ter previsto logo no caput de seu artigo 5º que todos “são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, manteve-se fiel à cartilha liberal de que a igualdade se constrói nos ditames da lei. A partir disso, repete-se que eventual cogitação de desigualdade não poderia estar *na própria* lei, mas no tratamento que os operadores de direito dessem aos fatos.

Como a razão do *discrímen* pode estar *na própria* lei, a Constituição vigente dá pistas da superação da mera consagração formal do princípio da igualdade, isto é, dá pistas de que a interpretação que há de prevalecer quanto à igualdade extrapola a noção *negativa* e formal, agregando a ela a noção *positiva* e substancial. É que são objetivos da República brasileira a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, e “a erradicação da

---

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 699.

⁵³ *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de 20 dez. 2001). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210.

⁵⁴ *Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004, p. 28.

pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I e III).

Tal distinção entre a igualdade negativa ou *formal* e a positiva ou *material* foi tracejada, no Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº 58, de relatoria do Min. Celso de Mello, nestes termos:

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no momento de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.⁵⁵

A partir da distinção feita e na esteira da lição de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, reconhece-se a existência de um

vácuo no que tange à questão da igualdade material ou real, como se a coincidência do sentido jurídico do princípio com o conceito de igualdade formal fosse suficiente para satisfazer as colocações e anseios doutrinários, relegando a outros campos e áreas do conhecimento a problemática da desigualdade social.⁵⁶

Não se faz coro aqui ao silêncio de setor doutrinário de que a Constituição de 1988 ter-se-ia contentado meramente com seu aspecto formal.⁵⁷ Nas palavras de José Afonso da Silva, aqui endossadas, “a compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita”.⁵⁸ A lei, ela mesma, é vista como veículo de superação das desigualdades existentes, e não apenas como meio de se declarar formalmente quem é igual e em que medida isso se dá.

Não houve, no ideário da Constituição vigente, uma postura de Pôncio Pilatos, até porque (e isso importa ao tema da paridade de armas no processo penal) não há como se

---

⁵⁵ STF, MI 58, Pleno, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 19.04.1991.

⁵⁶ *Princípio constitucional da igualdade*, cit., p. 52.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

⁵⁸ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 213.

atingir a tal sociedade livre, justa e solidária, tampouco será possível erradicar a pobreza e a marginalização se, (na Constituição e) no processo penal, não se reequilibrarem as forças em jogo, dando aos sujeitos que usam as respectivas *armas* o instrumental necessário para que, no processo, a igualdade seja feita. É claro que os temperamentos de tal distribuição de *armas* ou o (re)equilíbrio das forças é matéria a ser tratada adiante (a partir do vislumbre da igualdade como direito fundamental e a partir das aceitações de sua manifestação no processo penal). Ainda assim, a premissa deve ser afirmada com vigor: a lei não só declara quem é igual e quem não é; ela é canal de superação, na medida do fática e juridicamente possível, das desigualdades.

A Constituição também dá outros indicativos bastante evidentes de que a igualdade almejada não é a formal, mas a substancial, material, ao prever, por exemplo, a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), o condicionamento do exercício da livre iniciativa (art. 170, *caput* e incisos) e a valorização do trabalho (art. 7º). Particularmente relevante é o estabelecimento das defensorias públicas dos Estados e da União, atribuindo-lhes a característica de instituição “essencial à função jurisdicional do Estado” e impondo-lhes a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV” (art. 134, CF).

A lembrança das defensorias públicas foi notada por José Afonso da Silva, uma vez mais no ponto referente à igualdade material:

a realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a ideia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador.⁵⁹

A Constituição de 1988 não ignorou as *diferenças* para tentar extirpar as *desigualdades*. É impossível não se ver que, a não ser dessa forma, não se cumpre nem mesmo a promessa constitucional dos dois incisos do artigo 3º da Carta Republicana. Não há, pois, espaço jurídico no Brasil para se fechar os olhos às desigualdades, sobretudo as econômicas, que se espriam sensivelmente ao plano jurídico. Percebidas as desigualdades, há de se tentar superá-las a fim de construir uma sociedade menos injusta. Imaginar que

---

⁵⁹ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 219.

hodiernamente se cumpre a Constituição com o raciocínio de que basta a igualdade *formal* – perante a lei, portanto – significa desconsiderar a evolução já havida no direito constitucional e no processo penal, sem falar na evolução jurídica prevista em sucessivos tratados internacionais de direitos humanos.

Destaquem-se, ainda, a abrangência da jurisdição constitucional, sua legitimidade no controle da *razoabilidade interna* das leis e a constatação de que igualdade formal absoluta permite desigualdade absoluta.⁶⁰ Nesse sentido, a igualdade no tratamento fora do processo é um ponto de chegada, e não mais um ponto de partida. Daí ser preciso, às vezes, discriminar para igualar. Nas palavras de Luis Roberto Barroso, “é pela existência mesmo de desigualdades – naturais ou não – que se aspira à igualdade”.⁶¹

No campo do processo penal, provoca-se a refletir sobre a crônica dissonância entre a Constituição e cada um de nossos Códigos de Processo, desde o primeiro, até o vigente e, quiçá, o projetado. É o que se fará na sequência, a partir do enfoque especificamente da igualdade processual. No desenvolvimento ainda expositivo a ser feito em seguida, será adotada a divisão bipartida de José Afonso da Silva, segundo quem

o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.⁶²

1.2. Igualdade como direito fundamental: aspectos da incidência normativa e consequências práticas

O enfoque que possibilita atingir a concretização da igualdade no processo penal não se esgota na abordagem histórica de seu tratamento do ponto de vista do direito

---

⁶⁰ Dentre a vasta doutrina que já chegou a essa conclusão, Maria da Glória Garcia lembra, sem citar a obra de referência, que Pablo Lucas Verdú teria tomado a igualdade formal como uma “evidente hipocrisia” (*Estudos sobre o princípio da igualdade*, cit., p. 12). De sua sorte, Canotilho ressalta que o mero princípio abstrato da igualdade formal “permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de ‘raça negra’ devem ser tratados ‘igualmente’ em ‘escolas’ separadas das escolas reservadas a brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 427). Na doutrina processual, foi Ada Pellegrini Grinover quem disse que a “absoluta igualdade jurídica gerou a desigualdade econômica: e do primitivo conceito de igualdade, formal e negativo, clamou-se pela passagem para a igualdade real, em seu aspecto positivo” (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, cit., p. 27).

⁶¹ Igualdade perante a lei, cit., p. 70.

⁶² *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 217.

constitucional. Afinal, se o que se cuida é de introjeção no processo penal da previsão constitucional, não é possível tratar da paridade de armas no processo penal sem falar da igualdade como direito constitucional fundamental.

Por ser assim é que a evolução deste estudo pressupõe que se discorra sobre o enfoque da igualdade no âmbito da teoria dos princípios, tal qual tratada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, e seguida no Brasil, no âmbito do direito constitucional, sobretudo por Virgílio Afonso da Silva,⁶³

Afinal, se até aqui se viu que a igualdade *na* lei não basta ao cumprimento da promessa de uma sociedade igualitária (o que por si só já é um problema teórico importante, mas escapa da abordagem deste trabalho⁶⁴), é necessário ponderar, com Alexy, se a igualdade é princípio que, “*prima facie*, exige um tratamento igual e somente permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”.⁶⁵

A abordagem feita a partir da chamada *teoria dos princípios* parece oportuna não só porque a interpretação constitucional que nela se baseia possibilita soluções constitucionalmente adequadas para casos difíceis – daí ser importante ferramenta de aplicação prática⁶⁶ –, como também porque se pode notar que a teoria do processo penal tem-se mostrado atenta a isso.⁶⁷

⁶³ No artigo *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, o autor brasileiro indicou a importância dos estrangeiros e disse que, para ambos, a distinção entre princípios e regras, no âmbito das normas, é de “caráter lógico” (*Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003, p. 609). Há outros autores que também se mostraram atentos à incidência das normas principiológicas de direito constitucional. Dentre eles: Raquel Denize Stumm (*Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995), Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006), Humberto Bergmann Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), Ingo Wolfgang Sarlet (*Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009), Daniel Sarmento (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003) e Denílson Feitoza Pacheco (*O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

⁶⁴ Pois não se vai aqui tratar da distinção, no âmbito das normas jurídicas, entre *políticas* (*policies*) e *regras* (*rules*), nos moldes em que apregoa Ronald Dworkin. E tampouco este é o local adequado para se discutir – com o foco na palavra *igualdade* que consta do preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 – a distinção entre *regras*, *princípios* e *valores*.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 398.

⁶⁶ Tal como entende Cristina Queiroz (*Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 138).

⁶⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 263-330; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 491-516 (trabalho inédito, gentilmente cedido pelo autor).

Para este trabalho, assumida a abordagem que se fará a partir da referida teoria, definir se a igualdade no processo penal é *regra* ou *princípio* e, a partir daí, tratar de sua incidência nas situações práticas⁶⁸ mostra-se relevante não só pelo diagnóstico a ser feito acerca da aplicação da *paridade de armas no processo penal*, como inclusive pela formulação de críticas a possíveis cenários de reformas legislativas.

Se, tal como a igualdade no plano constitucional, a paridade de armas for tomada como tendo o aspecto normativo de uma regra no processo penal, as consequências práticas serão distintas daquelas a que se chegará se, como aqui se antecipa, tomar-se a igualdade e a paridade de armas como princípios. Veja-se por quê.

1.2.1. Os princípios e as regras na teoria dos direitos fundamentais

Os princípios jurídicos tiveram longa caminhada dogmática até que atingissem a concepção de norma jurídica, o que se deu, com nuances, a partir de estudos de dois autores: Ronald Dworkin⁶⁹ e Robert Alexy.⁷⁰ Se hoje é certo que, dentre aqueles que se debruçam sobre os direitos fundamentais a partir do viés da teoria dos princípios, separam-se, no âmbito das normas, as chamadas *regras* dos *princípios*, cabe aqui uma breve digressão, qual seja: o que importa no tratamento que a teoria dos princípios lhes dá não decorre de sua *fundamentalidade*, mas sim de sua estrutura de mandamento de otimização.⁷¹

Assim, não é sem propósito lembrar que, antes que se concebessem as abordagens de Dworkin e, sobretudo, as de Alexy, os *princípios* eram, com variações semânticas das mais diversas, assemelhados ao que hoje ainda se conhece por princípios gerais do direito. Em sequência histórico-jurídica que ultrapassa os limites deste trabalho, cabe dizer, da resenha feita por Paulo Bonavides, que uma primeira abordagem importante no tratamento dos princípios era aquela que os tomava como “princípios gerais do direito” (e assim se reproduziam como tais no artigo 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42), para depois, no plano constitucional, serem alçados a

---

⁶⁸ Isto é: falar do *âmbito de proteção da norma, seu chamado suporte fático e de suas hipóteses de restrição, limitação e colisão*.

⁶⁹ *Taking rights seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

⁷⁰ *Teoria de los derechos fundamentales*, cit.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

“princípios fundamentais”.⁷² De posição subsidiária, os princípios atingiram, em evolução teórica, o cume do direito positivo.

Em tal evolução, não se poderia abordar a temática dos *princípios* sem menção ao estudo de Josef Esser, que, em 1956, foi apontado como um dos responsáveis pelo novo tratamento teórico que lhes era dado.⁷³

Essa superação da roupagem privatística que se dava aos princípios, ocorrida a partir do segundo pós-guerra e das previsões das Constituições alemã, portuguesa e espanhola, particularmente, ainda não possibilitava que se atingisse o viés que a teoria dos princípios viria a lhes consagrar mais tarde.

Os autores que enfocaram os princípios sob o ponto de vista de sua evolução dos chamados *princípios gerais* do direito aos *princípios fundamentais* do direito constitucional apegam-se, cada um com alguma variação na abordagem, a sínteses baseadas na *fundamentalidade* do princípio ao sistema (do que é exemplo, no Brasil, a doutrina de Bonavides e também, em certa medida, a de Luis Roberto Barroso⁷⁴), na *generalidade*⁷⁵ inata aos princípios, ou, enfim, no ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello segundo o qual o princípio é o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁷⁶

---

⁷² *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, cap. 8. De modo mais resumido, o panorama é traçado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Bonet Blanco (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23 e ss.).

⁷³ *Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch Editores, 1961. Pudemos tratar desse enfoque em artigo escrito com Flávia Piovesan: A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 18.

⁷⁴ Em *Interpretação e aplicação da Constituição* (2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141), pontua ele que os princípios constitucionais “são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”. Por outro lado, em *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203 e ss.), o professor resenha as vertentes que no direito constitucional debruçam-se sobre o termo *princípio* e se detém com mais vagar na teoria dos princípios. Em Portugal: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 67-93. O professor Gomes Canotilho, aliás, em *Direito constitucional e teoria da Constituição* (cit., p. 1159 e ss.), expõe não só a teoria de Alexy, como apresenta resenha da já aqui tratada tipologia dos princípios.

⁷⁵ Sobre o que discorreram, sem prejuízo de outros aspectos, Walter Claudius Rothenburg (*Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999) e André Ramos Tavares (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87).

⁷⁶ *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545. Quando ainda não era tão detidamente estudada no Brasil a teoria dos princípios, chegou-se a publicar uma obra importante, do ponto de vista da *catalogação* doutrinária dos princípios: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios*

Tal abordagem, privilegiadora dos princípios a partir do lado de sua fundamentalidade – até porque foi importante a evolução teórica de lhes tirar a roupagem privatista e colocá-la no âmbito constitucional, e daí não é possível diminuir a importância que o enfoque teve, como se resume na doutrina do próprio Canotilho⁷⁷ –, não é a seguida pela teoria dos princípios de Alexy.

Tampouco é, dentre a doutrina que passou a se preocupar com a forma de incidência da *norma* que o princípio é, a aqui acatada.⁷⁸ A escolha feita não decorre de desmerecimento da tipologia dos princípios ou de análise que os pretenda setorializar (princípios gerais especiais, *mais* ou *menos* fundamentais uns que outros). A razão é outra: importa, para a pesquisa, a forma da incidência da norma. De acordo com Virgílio Afonso da Silva e sua leitura de Alexy, o conceito de princípio é “axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de Constituição”.⁷⁹

Não se trata do princípio como norma a partir de sua generalidade, ou a partir de sua fundamentalidade, mas sim a partir de sua forma de incidência. Como diz Virgílio Afonso da Silva,

uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras.⁸⁰

---

constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Em tempos mais recentes, há ora repetições de abordagens que primam pela classificação dos princípios quanto à sua generalidade e abstração, ora outras que primam pelo acatamento da teoria dos princípios. A respeito disso, ver: LEITE, Georges Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁷ “O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o Direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios” (A “principialização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, 2000, p. 84).

⁷⁸ Há autores, como Virgílio Afonso da Silva, que dizem ser uma concepção *débil* a que distingue princípios de regras apenas pelo critério de grau ou generalidade, e seguem a chamada concepção *forte* da distinção, que é a apregoada pela teoria dos princípios, do que aqui se tratará (A *constitucionalização do direito...*, cit., p. 31 e rodapé n. 8).

⁷⁹ Princípios e regras..., cit., p. 615.

⁸⁰ A *constitucionalização do direito...*, cit., p. 36. A partir desse recorte, no plano da teoria dos princípios, a legalidade em direito penal não é um princípio, mas uma regra. E é também uma regra, em matéria de direito penal, a vedação à dupla persecução pelo mesmo fato e outras tantas que, no plano da *abstração e fundamentalidade*, são tradicionalmente vistas como princípios.

O que a teoria dos princípios apregoa é que os princípios, diferentemente das regras, são *mandamentos de otimização*. Para tal teoria, e aqui se nota uma imbricação entre Alexy e Dworkin que nos parece ser didática, a norma (*norm*) traz como espécies as regras (*rules*) e os princípios (*principles*). A partir dessa distinção, já podemos dizer que a regra segue o sistema do *tudo-ou-nada* (*all or nothing fashion*), sendo que sua incidência ou não a cada caso concreto liga-se puramente a uma questão de vigência. Com isso, a incidência de uma dada regra ao caso concreto, por si, exclui a de outras que não se amoldam perfeitamente àquela situação. Com os princípios, por outro lado, normas que são, a dimensão é já de valor, de peso, donde a incidência de um deles não necessariamente afasta a incidência de outro.⁸¹

Daí a convivência de regras ser antinômica e a de princípios ser conflitual. Afinal, enquanto as regras autoexcluem-se, os princípios coexistem; enquanto no modelo estrito das regras há relação de exclusão total de uma em face da incidência de outra, com os princípios ocorre algo diverso, pois se configura um balanceamento, uma harmonização entre ambos, um juízo de ponderação.

Nas palavras de Alexy, a solução entre uma antinomia de regras sempre se resolve por uma “cláusula de exceção”,⁸² ao passo que no conflito de princípios socorre-se de um critério de “precedência condicionada” dependente de peso, importância maior ou menor de cada um dos princípios em cotejo.⁸³ A propósito,

a norma-regra é aplicada como está prevista, ou não é aplicada, é a forma “tudo ou nada” (“*all or nothing*”) de aplicação. Não poderá ser em parte afastada e em parte aplicada. Os direitos-deveres garantidos mediante

---

⁸¹ A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais..., cit., p. 359. Sobre o processo penal, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*..., cit., p. 495. Ver também: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*..., cit., p. 271.

⁸² E as tais cláusulas de exceção são as conhecidas regras de superação de antinomias no direito positivo, como especialidade, anterioridade e superioridade. Eco dessa doutrina, no campo processual penal, pode-se ver em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal*..., cit., p. 495; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*..., cit., p. 271.

⁸³ *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 92. No Brasil, Ana Paula de Barcellos apregoa que tal relação de precedência condicionada está atrelada à “fundamentalidade social” dos princípios em questão (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 86). A propósito, Virgílio Afonso da Silva afirma que, “segundo Alexy, *princípios* são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos desta forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas sempre por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito que colida com aquele exigido pelo primeiro” (*A constitucionalização do direito*..., cit., p. 32).

regras, diferente do que ocorre com os princípios, não são suscetíveis de ponderação com outras normas a fim de que sejam, em determinados casos, afastados em parte e em outra parte produzam efeitos jurídicos. As regras não são restringíveis, os princípios são.⁸⁴

Como apregoa Virgílio Afonso da Silva,

o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.⁸⁵

Outra vez se nota a influência da teoria dos princípios no campo processual penal:

No caso de colisão entre princípios a solução deverá ser dada por ponderação ou sopesamento. Mas, mesmo após a solução do conflito entre princípios, ambos continuarão “tão válidos quanto antes”, e não se poderá dizer que entre eles consistirá exceção ao outro, já que “às vezes prevalece um, às vezes o outro”, dependendo das condições concretas de cada caso em questão.⁸⁶

1.2.2. Igualdade como princípio: os contornos do suporte fático amplo

Exposta a complexidade que circunda a abordagem da teoria dos princípios acerca dos direitos fundamentais e fixada a premissa metodológica dessa teoria, no que tange aos princípios e às regras, pode-se agora descer um degrau.

Já se viu, a partir das passagens atinentes ao tratamento da igualdade no cenário da história (a igualdade e a desigualdade são os dois lados de uma mesma moeda, até porque ambas são *valorativas* e decorrentes de *características* inatas dos destinatários das normas, e também porque é só se *desigualando* que se identificam as *igualdades*), que a igualdade não é noção jurídica presa à regra do tudo-ou-nada. No campo da teoria dos princípios, Alexy pontua que o princípio da igualdade é aquele que, “*prima facie*, exige um tratamento

---

⁸⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal...*, cit., p. 271. Na lição de Cristina Queiroz, “o ponto principal da distinção entre regras e princípios aponta para uma diferente qualidade, não uma diferente natureza entre esses dois tipos de normas jurídicas. As regras, ao contrário dos princípios, possuem o carácter de mandatos definitivos. Aqui não se verifica a necessidade de uma ponderação. A forma característica da sua aplicação não é a ponderação, mas a subsunção” (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 134).

⁸⁵ *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 496.

igual e somente permite um tratamento desigual se pode ser justificado com razões opostas”.⁸⁷

Em concordância com Alexy e também tendo em vista o que já se abordou até aqui, não há como formular uma *regra* apriorística (*tudo-ou-nada*) da igualdade, muito menos uma regra universal. Os exemplos do autor alemão são elucidativos: não se concebe inflexibilidade da igualdade a ponto de se imaginar serviço militar para crianças, penas para todos os cidadãos independentemente da idade e da imputação, ou mesmo que todo eleitor seja apto a ser eleito e que os subordinados sejam também os próprios chefes. No limite, e ainda no campo dos exemplos de Alexy, nem a máxima de se tratar a todos como iguais e os desiguais como desiguais escapa a essa lógica, dado que tal raciocínio justificaria, inclusive, a perseguição aos judeus.⁸⁸

Não se pode negar, ainda, que a noção da *igualdade* como direito liga-se ao *razoável*, ao teste do *justificável*, ao oposto do *arbitrário*, todas estas noções semânticas que indicam tratar-se de norma com aspecto de princípio. Afinal, é indiscutível que uma das maneiras de se aquilatar da obediência ou não ao princípio da igualdade é investigar se a desequiparação decorre de arbitrariedade, isto é, de distinções injustificáveis. A igualdade como direito fundamental tem o aspecto lógico de um princípio: incide *prima facie*, como norma garantidora de direito, a depender da situação fática que a permita, observadas as limitações do direito positivo.

É preciso, então, tratar do chamado suporte fático da norma do direito fundamental, visto que ele é o “conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência”.⁸⁹ A teoria dos princípios toma tal conceito como determinante na garantia do direito fundamental, pois, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,

a forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões ente direitos

---

⁸⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 396.

⁸⁸ “Si el principio general de igualdad se limitara a una práctica universalista de decisión, el legislador podría llevar a cabo cualquier discriminación sin violarlo, siempre que lo presentara bajo la forma de normas universales, algo que siempre es posible. Bajo esta interpretación, la legislación nacionalsocialista contra los judíos no violaría la fórmula ‘Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’” (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 386).

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 68.

fundamentais depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.⁹⁰

Tal como diz o mencionado autor em doutrina que outra vez ecoa no processo penal, aqui importa considerar as respostas a quatro perguntas: O que é protegido? Contra o que se dá a proteção? Qual é a consequência jurídica que pode ocorrer? O que é necessário acontecer para que a consequência ocorra?⁹¹

O exemplo da necessidade de se analisar a estrutura da norma principiológica do direito fundamental a partir de seu suporte fático é pertinente à igualdade. A propósito, diz Virgílio Afonso da Silva:

quando se fala, portanto, que “todos são iguais perante a lei”, não é a definição do que é protegido – a igualdade – suficiente para se definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte – com certeza, a mais importante do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de *âmbito de proteção* do direito fundamental. Mas para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento – e aqui entra a parte contra-intuitiva: a *intervenção estatal*. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.⁹²

Até esse ponto poder-se-ia dizer que o suporte fático do direito fundamental (da igualdade) é a somatória do *âmbito de proteção* (O que se protege, afinal? Qual é o bem relevante que motiva a existência da norma?⁹³) e da *intervenção estatal* (Qual é o ato que, ocorrido, aciona a proteção jurídica, isto é, a consequência e o reconhecimento de sua inconstitucionalidade?). Eis aí a denominada “composição dual do suporte fático”.⁹⁴

---

⁹⁰ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 68. Maurício Zanoide de Moraes, a propósito, pontua: “o suporte fático é formado pelo fato, ato ou situação jurídica inseridos no âmbito de proteção da norma” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 274).

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 70. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 275.

⁹² *Direitos fundamentais...*, cit., p. 71.

⁹³ “A definição do âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 72). A distinção entre âmbito de proteção amplo e restrito é importante na medida em que, pelo primeiro, abrange-se maior gama de bens protegidos pela norma, e pelo segundo, não. Exemplificativamente, com a presunção de inocência, ao se prever que *ninguém* pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, Maurício Zanoide de Moraes defende o âmbito de proteção da norma em sentido amplo (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 282-283).

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 72. No processo penal, abordaram-na Gustavo Badaró (*A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 500) e Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 275).

Há notícia, contudo, de um chamado *modelo alternativo*, que é o proposto por Virgílio Afonso da Silva⁹⁵ e seguido, no campo processual penal brasileiro, por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁹⁶ e Maurício Zanoide de Moraes.⁹⁷ Tal modelo agrega à dualidade de *âmbito de proteção e intervenção estatal* um terceiro elemento para fazer incidir a norma de direito fundamental: a ausência de justificação constitucional da própria intervenção.

Assim, caso se note uma fundamentação constitucional para a intervenção, não incide a proteção do direito fundamental, uma vez que não haveria propriamente uma violação a tal direito, mas sim uma restrição (constitucionalmente legítima) de seu exercício. A pertinência ao processo penal desse modelo alternativo é assim tratada por Maurício Zanoide de Moraes:

há duas formas de intervenção: uma legítima, denominada restrição, e que integrará o suporte fático a fim de reduzir o âmbito de proteção da norma constitucional; outra ilegítima, denominada violação, e que se ocorrente provocará a consequência jurídica prevista na norma.⁹⁸

Problema não menos importante é a amplitude do suporte fático, isto é, a extensão dos fatos que, *prima facie*, podem, a ocorrer, fazer incidir a norma de direito fundamental (da igualdade e, como se verá, da paridade de armas). É que, se por um lado há quem sustenta que o suporte fático é noção *restrita*, outros⁹⁹ advogam por um suporte fático *amplo*. E é essa a tomada de posição aqui empreendida.

A opção por um conceito restrito de suporte fático delimita, de antemão, a incidência da norma protetiva de direito fundamental. Assim, aprioristicamente se excluem da proteção situações fáticas, o que no limite justifica, também de antemão, a intervenção estatal. Para a teoria restritiva, diz Maurício Zanoide de Moraes, “o que se determina legislativamente já é o que está ‘definitivamente protegido pela norma’”.¹⁰⁰ Vejamos um exemplo retirado de direito constitucional com aplicação no processo penal: o sigilo

---

⁹⁵ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 74.

⁹⁶ *A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 500.

⁹⁷ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 276.

⁹⁸ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 277.

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 75 e ss.; ZANOIDE DE MORAES. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 278 e ss.

¹⁰⁰ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 280.

epistolar não acobertaria práticas ilícitas,¹⁰¹ isto é, tais práticas não fariam parte do suporte fático da proteção do direito fundamental da liberdade de comunicação.

É importante perceber que a teoria restritiva, segundo parece, pode até equivaler a caminhar na contramão da teoria dos princípios, na medida em que não patrocina uma incidência *prima facie* das normas protetivas, mas sua definitividade, limitando-a em função de escolhas já feitas legislativamente, pois as exclusões da incidência da norma são realizadas de modo abstrato e definitivo. De outro lado, a teoria ampla do suporte fático, ainda na conformação da norma de direito fundamental, rejeita a premissa de “exclusões *a priori* de condutas ou situações do âmbito da proteção dos direitos fundamentais”. Com isso, se pela teoria restritiva do suporte fático o que é protegido é só o que é *definitivamente* protegido, na ampliativa,

definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção ainda dependerão de um sopesamento em situações concretas antes de se chegar a falar em proteção definitiva. Daí a distinção entre o que é protegido *prima facie* e o que é protegido definitivamente.¹⁰²

A teoria do suporte fático amplo, então, quer por não excluir aprioristicamente da incidência da norma de direito fundamental sua consequência, quer por trabalhar com a ideia de juízo *prima facie* e não *definitivo* do que ela pode tutelar, cuida melhor dos direitos fundamentais. Não restringe a proteção normativa, enfim, pela mera existência de fatores externos àqueles que, do ponto de vista do tema debatido, fariam incidir a proteção. Isso conduz a outra indagação, a saber: a das restrições dos direitos fundamentais.

1.2.3. Igualdade como princípio: hipóteses de restrição da aplicação da norma e o problema dos limites e do conteúdo essencial

A constatação de que o direito fundamental é restringível redundava em nova dificuldade, na medida em que o debate que se estabelece é sobre a própria conformação essencial do direito e, além disso, sobre os limites de sua restrição. Se em jogo estão as

---

¹⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 79. A propósito, Maurício Zanoide de Moraes assevera (o exemplo mencionado neste texto, que não é dele, é até pertinente ao que ele expõe): “essa exclusão *a priori* – e esse ponto é o que permanece irresponsável por seus adeptos – faz-se muitas vezes de modo intuitivo e em significativos espaços dos bens da vida”. O autor apresenta outro exemplo: a proibição de liberdade provisória a acusados da prática de crimes hediondos e assemelhados (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 279-280).

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 125.

restrições ao exercício dos direitos fundamentais, importa perguntar: o que *define* o direito para, a partir disso, qualificar a intervenção estatal como legítima (com o que se diz ser uma mera restrição) ou ilegítima (com o que se passa ao campo da violação)? Além disso, *definido o conteúdo do direito*, como chegar ao limite da própria intervenção, sempre tendo em conta a restrição ou a violação?

No que tange à primeira pergunta (restrição *vs.* violação), teoricamente se conhecem duas posições: as chamadas teorias *interna* e *externa* dos direitos fundamentais. Pela primeira, o “processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele”,¹⁰³ isto é, internamente o direito fundamental traz em si mesmo seu conteúdo completo, inclusive seus chamados limites imanescentes.¹⁰⁴ De acordo com essa linha, então, em razão de a conformação do direito não estar *fora* dele, não se cogita de definição de sua restrição a partir do critério de sopesamento. Daí que nesse caso, conforme as palavras de Badaró, “sequer há que se cogitar de aplicação da regra da proporcionalidade, que exige o sopesamento ou balanceamento, em concreto, do direito fundamental com outro direito fundamental.”¹⁰⁵

O principal problema dessa linha de argumentação teórica está na constatação de que, ao se definir o conteúdo do direito fundamental apriorística e internamente, a ele se dá o aspecto de *regra*, e não de *princípio*. De fato, ao se tratar em conjunto do conteúdo e de seu limite, excluem-se as hipóteses de ponderação e deixa-se de considerar o direito fundamental como um mandamento de otimização.¹⁰⁶

Oposta à teoria *interna*, a teoria *externa* conforma o direito fundamental – isto é, seu núcleo e por isso a divisão entre restrição e violação –, não a partir de *dentro*, mas de *fora*. Definem-se as restrições ou violações exatamente a partir do conflito entre os direitos fundamentais, com o que se volta à ideia da teoria dos princípios de que eles (os princípios) são mandamentos de otimização na medida em que não definem o conteúdo

---

¹⁰³ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 128.

¹⁰⁴ Na doutrina brasileira, novamente, é Virgílio Afonso da Silva quem mais agudamente discorre sobre isso, e ele o faz, pelo que se pesquisou, sem tratar a teoria dos limites imanescentes como uma decorrência, ou subdivisão, da teoria externa, no que parece ter razão (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 128). Conquanto o autor não tenha afirmado expressamente no texto, a partir das entrelinhas de sua obra pode-se até arriscar a dizer: limites *imanescentes* casam-se mesmo à teoria *interna* na medida em que, por conta de tal teoria inadmitir critérios externos ao direito fundamental para dar-lhe seus contornos, os tais limites só poderiam ser *imanescentes*.

¹⁰⁵ *A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 502. Segundo Maurício Zanoide de Moraes, “para essa teoria, na norma-princípio constitucional a noção de restrição é substituída pela de limite, o qual já vem ínsito ao ‘direito definitivo’: são os denominados ‘limites imanescentes’” (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 285).

¹⁰⁶ Por isso é que Virgílio Afonso da Silva aponta: “a figura dos limites imanescentes e o conceito de sopesamento são mutuamente exclusivos” (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 133).

dos direitos definitivamente, mas sim *prima facie*. Há uma separação entre o direito e suas restrições.¹⁰⁷

Seguir a teoria externa da restrição dos direitos fundamentais, portanto, é privilegiar a conformação do direito a partir não de si mesmo, mas a partir de fora, a partir das colisões. Numa palavra: trata-se de resgatar a noção de princípio como proteção *prima facie* de bem constitucionalmente relevante. A propósito, e com reflexos no processo penal:

se o direito é pré-formado de modo definitivo e sem possibilidade de restrição, em face das condições fático-jurídicas do caso concreto, é um erro falar que este direito possa passar por ponderação ou pelo crivo da proporcionalidade quando se analisa o caso concreto. Na medida em que se empreenderiam limites ao direito de modo a já concebê-lo, de início, em sua forma definitiva (teoria interna), não há mais espaço normativo para restrição, logo, não cabe mais reduzi-lo por força da ponderação (proporcionalidade *stricto sensu*) ou do princípio da proporcionalidade *lato sensu* (necessidade e adequação).¹⁰⁸

Uma vez adotada a teoria externa, o próximo passo deve cuidar dos limites da restrição do direito fundamental, sob pena de aniquilar seu *núcleo essencial*. Novamente o que se impõe é a distinção entre restrição e violação, mas já agora não mais no plano abstrato (o que faz parte e o que não faz parte do conteúdo do direito fundamental), e sim no concreto (até que ponto o direito suporta a colisão).

Aqui, outra vez se esgrimam duas teorias: as chamadas *relativas* e as *absolutas*. Enquanto as últimas se preocupam, na linguagem de Gilmar Ferreira Mendes, em estabelecer os “limites dos limites” para a intervenção judicial como aceitável, com o que trabalham com a ideia de barreiras preestabelecidas, as teorias relativas indicam que o conteúdo essencial do direito fundamental é de ser diagnosticado apenas e tão somente a partir do conflito com outro direito, mediante critério de ponderação para defini-lo.¹⁰⁹

O problema, pois, agora a partir do prisma da essencialidade do direito fundamental como limite da intervenção, continua sendo ou, de um lado, adoção de medida preestabelecida e fixa (teoria absoluta), ou, de outro, flexibilização do núcleo, a depender do sopesamento. No Brasil, conquanto Gilmar Ferreira Mendes e outros tenham entendido

---

¹⁰⁷ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 138; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 502-503; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 286.

¹⁰⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 287.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 306-307.

que a Constituição Federal adotou modelo que tende à absolutização do núcleo essencial em razão do “modelo garantístico utilizado pelo constituinte”,¹¹⁰ conhece-se posicionamento diverso, de Virgílio Afonso da Silva, encampado pelos autores de processo penal que mais detidamente se debruçaram sobre o tema.

Na esteira das lições do referido autor, embora contraintuitiva, a teoria relativa melhor tutela direitos fundamentais na medida em que não fixa de antemão o conteúdo essencial e, ao assim fazê-lo, cobra exatamente a melhor densidade argumentativa – leia-se: fundamentação constitucional – para justificar a escolha de um deles. Nesse sentido, “o conteúdo essencial de um direito fundamental não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”.¹¹¹

No âmbito do processo penal, Maurício Zanoide de Moraes percebeu a necessidade do enfoque relativista ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não sem reconhecer que a teoria absoluta é “definição doutrinariamente sedutora” para asserir que

aparenta ser mais seguro ao direito fundamental que uma parte de seu conteúdo seja considerada irrestringível, porém, ao não se definir qual é essa parte por uma argumentação clara e segura, nada resta, na prática forense, da promessa feita. Não há doutrinador que tenha conseguido delimitar com critérios seguros e fixos qual é a porção de qualquer direito fundamental com estrutura de princípio que seja *a priori* e sempre insuscetível de restrição.¹¹²

1.2.4. Igualdade como princípio: hipóteses de conflitos normativos

Dentre as complexidades e sutilezas aqui resenhadas, aspecto fundamental, embora talvez “o menos explorado da teoria dos princípios”,¹¹³ é a colisão normativa. A dificuldade particular dessa abordagem reside na distinção dos aspectos normativos entre regras e princípios. Isso porque, se no plano do conflito entre regras não se imaginam dificuldades na solução de problemas práticos e se, por outro lado, no plano da colisão entre princípios o sopesamento delimita a incidência de um deles para aquele caso, sem

¹¹⁰ *Curso de direito constitucional*, cit., p. 309.

¹¹¹ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 196.

¹¹² *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 333. Gustavo Badaró caminha no mesmo sentido: “O posicionamento adotado pela teoria restritiva pode parecer ser menos protetivo dos direitos fundamentais, quando comparado com as teorias absolutas. Todavia, embora em sua aparência acarretem um menor nível de proteção para os direitos fundamentais, em verdade, as teorias relativas os fortalecem, por exigirem uma justificação argumentativa da restrição com base nas circunstâncias do caso” (*A garantia do juiz natural no processo penal...*, cit., p. 504). Também assim se posiciona Daniel Sarmento (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 113).

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 51.

com isso negar a validade do que se lhe opõe, a oposição entre um princípio e uma regra é ponto de acesos debates doutrinários. Afinal, imaginar sopesar uma regra quando colidente com um princípio é impensável, pois a regra tem definitividade e essa característica não integra a estrutura do princípio.

A solução alvitrada por Alexy e criticada por seu fiel seguidor no Brasil, Virgílio Afonso da Silva,¹¹⁴ é a de um sopesamento indireto. Indireto pois não se dá entre um princípio e uma regra (por ser isso impedido à luz da própria teoria, como se viu), mas entre aquele e o outro princípio do qual a regra emana. A crítica a essa solução reside na constatação de que ela

dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica.¹¹⁵

A solução proposta por Virgílio Afonso da Silva é distinta da de Alexy porque não concebe o sopesamento, nem mesmo indireto, entre uma regra e um princípio. De acordo com a lição do autor brasileiro, aplica-se a norma jurídica por mera subsunção. O raciocínio para tanto é o seguinte: em se dando o caso de antinomia entre um princípio e uma regra, socorre-se da pressuposição de que o legislador já sopesou, já pesou os interesses em jogo, tanto que editou a regra. Nesse sentido, a regra funciona como decorrência lógica da obediência a um princípio, e, portanto, não se vai até o princípio para encontrar a solução do problema afeto à antinomia do princípio que lhe seja contraposto. Aplica-se a regra. Diz, a propósito, Virgílio Afonso da Silva: “a relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção*”.¹¹⁶

Feita essa breve digressão sobre a teoria dos princípios, no decorrer do trabalho, notadamente no que concerne ao âmbito do processo penal brasileiro vigente e projetado, tentar-se-á testar sua aplicação com vistas ao enfoque específico do princípio da *paridade de armas*.

---

¹¹⁴ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 51.

¹¹⁵ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 52.

¹¹⁶ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 52.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE AO PROCESSO PENAL

2.1. Igualdade no Código de Processo Criminal do Império de 1832

Há duas cautelas fundamentais na aproximação do tema da igualdade processual quando alguém se depara com a sucessão dos Códigos de Processo Penal do Brasil.

A primeira delas é que sempre se deve observar a realidade histórica de cada período, com suas complexidades e seu entorno jurídico e sociológico, para que, em juízos que agora se pretende fazer, não se incorra em erro metodológico que inviabilize a credibilidade do texto. Se não se considera o detalhamento do período em que veio a lume o Código de 1832, passa-se ao largo de todos os repetidos dizeres de autores brasileiros¹¹⁷ que, sempre do cotejo com nosso primeiro Código de Processo Penal com as Ordenações Filipinas (destacadamente o Livro V), viam-no como liberal e zeloso no trato com os investigados e acusados.

A segunda, não menos importante, está na resposta à seguinte pergunta: de que igualdade se quer tratar? De que conceito, de que tipo de igualdade: igualdade (processual) formal, igualdade (processual) material? Se é da última, e é essa a escolha que se faz,¹¹⁸ cogita-se de igualdade entre acusado e acusador para a partir daí estabelecer-se viés que pretenda ora justificar, ora criticar o tratamento que lhes é dado pela lei e pelo juiz.

A repartição de oportunidades para exposição das teses dos envolvidos que levam as causas ao judiciário é o que move as próximas linhas. E é aí que a evolução histórica de cada Código de Processo Penal brasileiro, inclusive e particularmente menções a Códigos estaduais no período da Primeira República, auxilia na aproximação do tema da paridade de armas.

Na vigência da Constituição de 1824, conquanto se possam notar ventos liberais na aparência, a concretização da bela promessa não tinha como acontecer. Se então no Brasil

---

¹¹⁷ Um resumo das opiniões que comparavam o novo Código às Ordenações Filipinas é apresentado por Frederico Marques: “Com a fundação do Império, abre-se, para o nosso processo penal, um período de reação às leis opressoras e monstruosas da monarquia portuguesa, e do qual o Código de Processo Criminal, de 1832, constitui o diploma legal culminante e mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação” (*Elementos de direito processual penal*. v. I, 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000, p. 102).

¹¹⁸ Pois a premissa constitucional da igualdade material não pode ser esquecida nas conformações do princípio da igualdade em cada lei infraconstitucional que deve ser compatível com a Carta de 1988.

se dizia que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais”¹¹⁹ e que “os tramites do processo penal não são nada menos do que o complemento da lei fundamental dos Estados livres”,¹²⁰ no Estado em que o Poder Moderador era o centro das atenções e o centro gravitacional da distribuição do poder,¹²¹ não havia o desenvolvimento da noção de igualdade processual, mesmo que a abstração do princípio estivesse prevista no artigo 179, inciso XIII, da Constituição.

Como exemplo da não consagração do princípio constitucional da igualdade no âmbito do processo penal, veja-se que, na Lei de 29 de novembro de 1832, que veio a se tornar o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, sequer havia a separação sistemática das *partes no processo penal*. Esse vício contaminou nossa evolução histórica processual penal.

No antigo Código, confundiam-se as atribuições dos juízes municipais (até porque a noção de Federação foi aqui tardiamente conquistada) com as dos juízes de direito, e aos últimos se previa a acumulação até mesmo de funções policiais.¹²² A primeira – e uma das poucas que há – menção ao termo *partes* naquele ordenamento se via no artigo 46, § 5º, que previa como competência do juiz de direito “regular o debate das partes, dos Advogados e testemunhas até que o Conselho de Sentença se dê por satisfeito”.

Mais do que isso, e fiel à tônica da ligação entre Constituição e Processo Penal, a doutrina brasileira lembra, em uníssono, que o turbulento período que mediou a decadência do Império e a proclamação da República motivou alterações no Código de Processo.¹²³ Algumas delas, que importam para o tema da igualdade no processo penal, têm a ver não

¹¹⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, p. 5.

¹²⁰ PIMENTA BUENO, José Antonio (Marquês de São Vicente). *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 4. ed. anotada pelo Dr. Vicente Ferrer de Barros W. Araujo. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira & Cia., 1910, p. 8.

¹²¹ Não foi à toa a cópia da fórmula de Benjamin Constant trazida para o artigo 98 daquela Constituição, segundo o qual: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política”.

¹²² Marta Saad sintetiza: “O chefe de polícia era também um juiz de direito” (*O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30). Na lei, art. 35: “O Juiz Municipal tem as seguintes atribuições: 1º. Substituir no Termo ao Juiz de Direito nos seus impedimentos, ou faltas. 2º. Executar dentro do Termo as sentenças e mandados dos Juízes de Direito, ou Tribunaes. 3º. Exercitar cumulativamente a jurisdição policial”. Essa disposição perdurou até 1871, quando, com o advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro (art. 1º, § 4º), complementada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano (art. 6º, § 1º, n. 3, e art. 7º), separaram-se as funções jurisdicionais e as da polícia judiciária.

¹²³ Da tal “reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera da organização judiciária e policial” trataram Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 104), Galdino Siqueira (*Curso de processo criminal*. 2. ed. rev.e aumentada. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1917, p. 13) e Joaquim Canuto Mendes de Almeida (*Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 64).

só com o “crescimento do Ministério Público no início do Segundo Império”,¹²⁴ mas também com a instituição da persecução penal ex-officio, o que veio a ser implementado primeiro com o próprio Código (arts. 138, 141 e 206) e depois com o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842 (arts. 256, 262 e ss.).

A respeito disso, José Antonio Pimenta Bueno antecipava crítica que hoje se mostra contundente, sobretudo à luz da noção cara ao processo acusatório: não se admite condenação sem acusação. Naquela época, dizia o autor, “a boa administração da justiça criminal exige que haja formal separação, não só entre a auctoridade criminal e a policia judiciária ou ministério publico, mas até entre este e a própria policia judiciária”. E ele afirmava ainda, a respeito do comportamento do juiz nessa delicada questão:

O que faz o juiz, quando procede ex-officio? Constitue-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquente; dá a denuncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que elle creou, e pronuncia, ou não, como entende! Há nisto garantia alguma? O juiz não deve ser senão juiz, arbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa accumulção facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espírito do julgador. Em verdade, quando elle é obrigado a crear em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o auctor do crime, em vez de sómente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O ammor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradicções ou razões oppostas, a que faça triumphar sua penetração: elle julgará antes de ser tempo de julgar.¹²⁵

No período conturbado que foi aquele do Código de 1832 – quer porque teve início que se viu como alvissareiro para a época, quer porque se rendeu às tentações policialescas¹²⁶ que geraram a edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento nº 120, de 1842,¹²⁷ quer porque a guinada conservadora acabou sendo

---

¹²⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2. ed. São Paulo: Thomsom IOB, 2004, p. 136. O autor lembra que o Decreto nº 1.723, de 16 de fevereiro de 1856, foi o primeiro a prever a necessidade de manifestações do Ministério Público em segundo grau e que nascia daí, nas palavras do autor, “em legislação genuinamente nacional” uma similitude entre o órgão do Ministério Público e a Magistratura (p. 141-142).

¹²⁵ PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, cit., p. 165-166.

¹²⁶ “Obra de cunho monárquico-conservador, apresentava conteúdo autoritário e centralizador”, como adverte Marta Saad (*O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 40).

¹²⁷ E trouxe consigo o acréscimo numérico de promotores em cada instância, promotores estes, aliás, nomeados diretamente pelo Imperador e demissíveis *ad nutum*. Assim, o artigo 217 do Regulamento nº 210 determina: “Os promotores serão nomeados pelo Imperador no Município da Côrte, e pelos Presidentes nas Províncias, por tempo indefinido; e servirão enquanto convier a sua conservação ao serviço publico, sendo no caso contrário, indistinctamente demittidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias nas mesmas Províncias”.

superada, décadas depois, pela Lei nº 2.033 e pelo Decreto nº 4.824, de 1871¹²⁸ – deve-se lembrar que não se admitia denúncia formulada por “escravo contra o senhor” (art. 76, § 2º do Código de Processo Criminal).

No âmbito recursal, conforme disposto no artigo 80 da Lei nº 261, de 1841,¹²⁹ não cabia qualquer dos recursos previstos em lei se o caso passado em sentença fosse atinente às previsões da Lei de 10 de junho de 1835, que tratava exatamente dos “escravos, que matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.”.¹³⁰

Emblemático: se por um lado se concedia ao réu, na medida do possível, o direito de confrontar-se com as testemunhas porventura ouvidas em sua ausência (art. 97 do Código de Processo Criminal), por outro, e exatamente por se ter no ato do interrogatório um ato de instrução – ou até “uma simples formalidade e nada mais”, como disse o Conselheiro Vicente Alves de Paula Pessoa¹³¹ –, dizia-se que, “no interrogatório, não intervem o Advogado, cumprindo que o réu, responda às perguntas, que lhe são feitas, sem que venha uma artificiosa e antecipada defeza perturbar as diligencias empregadas, pelo Juiz, no intento de descobrir a verdade”.¹³²

No Código do Império, a desigualdade alheia às normas do processo nele se espelhavam. Aquele Código de Processo Penal foi um espírito de seu tempo e não houve espaço para tratar de cogitações de igualdade entre acusador e acusado, que se dirá de conferência de oportunidades para o convencimento de cada tese com vistas ao proferimento das sentenças.

¹²⁸ Há quem diga, como Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, que no Regulamento 4.824, em seu artigo 42, § 7º, “se afirma que as diligências do inquérito serão feitas com assistência do indiciado, se preso, que podia impugnar os depoimentos das testemunhas” (Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 19, jul./set. 1997, p. 173).

¹²⁹ Depois recolocado no artigo 501 do Regulamento nº 120, de 1842.

¹³⁰ Puniam-se com pena de morte “os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas mulheres, que com elles viverem” (art. 1º), e com açoites, se as ofensas fossem de lesão corporal.

¹³¹ PAULA PESSOA, Conselheiro Vicente Alves de. *Código de Processo Criminal de Primeira Instancia do Brazil com a lei de 3 de dezembro de 1841, n. 261 e regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1899, p. 159.

¹³² *Código de Processo Criminal de Primeira Instancia do Brazil com a lei de 3 de dezembro de 1841...*, cit., p. 160, rodapé n. 845. É interessante como a mesma previsão legal permite leituras distintas. Pimenta Bueno via no interrogatório um ato de defesa do réu. E, parece, entendia razoável o ato se realizar sem a presença do advogado, porque o réu, “elle é próprio advogado de si mesmo, é a natureza que pugna pela conservação de sua liberdade e vida, que falla perante juízes que observan seus gestos e suas emoções” (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, cit., p. 248).

2.2. Igualdade em Códigos de Processo Criminal da Primeira República até o projeto Vicente Ráo

O advento da República (Decreto Provisório nº 1, de 15 de novembro de 1889) e a Constituição que a ele se seguiu (promulgada em 24 de fevereiro de 1891) significaram, nas palavras de José Frederico Marques, um “golpe dado na unidade processual”.¹³³

A nova Carta previa, na Federação então inaugurada, que, no campo das competências legislativas, à União cabia (art. 34) legislar “sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e processual da justiça federal” (§ 23). Na discutida perspectiva da repartição de competências entre o que é *residual* e o que é *próprio*,¹³⁴ disse João Barbalho Cavalcanti:

estas palavras são uma restricção à competência que ficou á União de legislar sobre o direito: Ella tem o poder de regular tudo o que concerne ao direito civil, commercial e criminal, menos quanto ao direito processual (salvo sobre o da justiça federal e da justiça local do districto federal, art. 34, ns. 23 e 30 e art. 67). Aos Estados ficou, pois, reservada a competencia (art. 65, n. 2º) para as leis de processo e organização judiciária em materia civil, commercial e criminal que não incumba ás justiças da União.¹³⁵

Nesse contexto, avultaram manifestações estaduais, ainda que, por um lado, nem todos tenham decidido implementar seu próprio Código e que, por outro, a União tenha legislado em matéria processual penal.¹³⁶ Numa linha do tempo e pela relevância do tratamento que foi dispensado à igualdade no processo penal em Códigos de Processo Penal estaduais, a matéria pode ser vista sob dois grandes pontos: a produção da prova e o regime jurídico do interrogatório dos réus.

---

¹³³ *Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 108.

¹³⁴ Numa perspectiva simples: a competência legislativa da União em matéria que lhe pertine é *residual* ou *privativa*? De acordo com a lição de João Barbalho, seria residual. Sob outro viés, a atribuição constitucional da competência legislativa para o processo penal foi vista, por José Henrique Pierangeli, apenas como implícita (*Processo penal...*, cit., p. 150), e nem existia, na opinião de Galdino Siqueira (*Curso de processo criminal*, cit., p. 14).

¹³⁵ *Constituição Federal Brasileira (1891)*..., cit., p. 128. Em passagem do texto, aparece discurso do parlamentar Gonçalves Chaves, segundo quem “as leis de processo consideram-se como fazendo parte do que se chama organização judiciária. As instituições judiciárias devem pertencer aos poderes políticos dos Estados”.

¹³⁶ Para Pierangeli, os Estados de Alagoas, Mato Grosso e Goiás não tiveram códigos de processo penal próprios. Conforme o mesmo autor, leis de cunho processual editadas pela União, como o Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, e o Decreto nº 167, de 5 de janeiro de 1938, foram aplicadas em âmbito estadual (*Processo penal...*, cit., p. 150). É verdade que, no último exemplo citado, ante a nova ordem Constitucional, já se impunha a competência da União para legislar em matéria processual.

Daí importa primeiro lembrar o Código do Processo Criminal do Rio Grande do Sul, instituído pela Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898, e posteriormente reformado nos termos da Lei nº 141, de 2 de julho de 1912. Conquanto ainda não se pudesse notar tratamento sistemático das partes no processo penal, havia, como novidade daquele Código, na chamada formação da culpa do processo ordinário, a previsão de dois tipos de procedimentos: o secreto e o público. Além disso, havia também a fase propriamente de diligência investigativa, com as atribuições típicas de polícia judiciária, que tinha as seguintes características: “o processo de indagação policial é secreto e summarissimo. Durante elle não se admite defeza nem a intervenção de pessoas estranhas” (art. 85).¹³⁷ Ali, como lembra Marta Saad, suprimia-se o inquérito policial.¹³⁸

Sobre as fases do processo ordinário, na primeira (secreta) vedava-se a defesa do investigado.¹³⁹ Já chamava a atenção a desigualdade no tratamento dos envolvidos no processo porque, conquanto a defesa não pudesse nem mesmo presenciar inquirição de testemunhas ou assistir a qualquer diligência, “o promotor público, todavia, póde examinar o processo sempre que entender, e requerer as diligências que considerar oportunas” (art. 344). Iniciava-se possibilidade defensiva ao acusado tão somente quando o processo se encontrasse em sua fase pública, quando o primeiro ato a se realizar seria o interrogatório.¹⁴⁰ Esse ato, ao contrário da previsão do Código Imperial, era tomado na presença do defensor e do Ministério Público (art. 349), e também poderia ser realizado em nova data, a critério da parte ou por determinação de ofício do juiz (art. 287).

---

¹³⁷ A exposição de motivos do Código, assinada pelo Presidente do Estado, Júlio de Castilhos, tratava da tal fase policial, chamada de *processo preparatório*, nos seguintes termos: “assim é denominado o conjunto das diligencias policiaes que devem preceder ou servir de base ao processo repressivo. A indagação policial é um processo meramente administrativo, que não está adistrito ás formulas do processo em geral; tem existência á parte, assim como está a cargo de funcionarios especiaes. A lei de organização policial, abolindo o antigo inquérito na sua fôrma escripta, delineou a traços largos a marcha a seguir-se no curso da indagação policial. Na prática, porém, não tem ella recebido interpretação exacta e uniforme, donde a necessidade de precisar regras para sua boa intelligencia e applicação” (CODIGO do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul. Edição official. Porto Alegre: Officinas typographicas da “Livreria Central”; Oswaldo Vieira & Cia., 1913, p. 232).

¹³⁸ CODIGO do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul, cit., p. 59.

¹³⁹ A tal fase secreta findava-se nos termos do artigo 347 do Código do Processo Criminal e, na fase ordinária da formação da culpa (tida como a primeira fase do processo acusatório hoje assemelhado ao processo penal do júri – formação da culpa propriamente dita), previa-se que “no processo ordinário commum a defeza só é permittida após o encerramento da instrucção secreta”.

¹⁴⁰ É válido lembrar que “o réo que se obstina em não responder ou o faz por modo desconnexo, é advertido sobre as consequencias de seu acto, que só redundo em prejuízo de sua própria defeza” (art. 286).

Se na fase secreta do processo ordinário não havia limites propostos de testemunhas pelos envolvidos (art. 341¹⁴¹), na fase pública da formação da culpa se estabelecia o limite de cinco testemunhas a serem propostas de parte a parte (art. 351), se bem que pudessem, nos termos do artigo 160 do Código, outras serem “mandadas chamar pelo juiz *ex officio*”.

Inovou aquele Código ao prever, pela primeira vez, a assistência judiciária ao réu que a requeresse (arts. 304 a 315) e ao intercalar, nas exposições de acusação e defesa no júri, a audiência de testemunhas de cada parte após as respectivas manifestações.¹⁴²

O Código de Processo Penal do Pará,¹⁴³ conquanto mantivesse a linha de permissão de persecução penal iniciada *ex officio* (art. 16), inovou no tratamento do interrogatório, dado que as perguntas ao réu na formação da culpa passaram a ser feitas depois de colhidos os testemunhos,¹⁴⁴ e manteve a publicidade como regra de toda a formação da culpa (art. 116).

No mais, além de não prever a indicação de testemunhas pelo próprio juiz, mas tão somente pelo “queixoso, representante do ministério público e pelo réo” (art. 436),¹⁴⁵ importante inovação foi trazida, na esteira do embrião do Código do Império, do que hoje

¹⁴¹ Podendo o juiz, então, “reduzir o rol ao número que considerar sufficiente, deixando ás partes a escolha das que devem ser excluídas. Si as partes a omitem ou retardam, a escolha é feita pelo próprio juiz. Esse pode excluir de todo as testemunhas que depõem sobre circumstancias supérfluas ou não pertinentes à causa”. A esse respeito, Gonçalo Marinho afirmava: “Essa faculdade de reduzir o rol das testemunhas, offerecidas pelo Ministerio Público na petição de denuncia, ou pelo queixoso na petição de queixa, deve ser usada pelo juiz, a nosso ver, com muito critério, e não simplesmente porque se espante elle deante do crescido numero de testemunhas arroladas, ou porque tenha pouca vontade de inquiril-as todas. Casos há, em que das testemunhas arroladas umas depõem com minuciosidade sobre o facto criminoso, e outras, não depondo do mesmo modo, fornecem entretanto esclarecimentos importantes, com a referencia feita a factos ou circumstancias, que se prendem áquelle, cuja verdade se procura apurar” (*Consultor criminal*. Pelotas: [s.n.], 1917, p. 179-180).

¹⁴² Após a sustentação do libelo acusatório eram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, e só após isso a defesa expunha seus argumentos aos jurados, ao que se seguiam os depoimentos defensivos e, depois, réplica e tréplica, além de, se necessário, novas oitivas das testemunhas (arts. 422 e ss). Tratava-se também dos direitos do assistente no processo penal do mesmo modo que se outorgavam os poderes de atuação ao ministério público (art. 7º) e, na previsão de desaforamento, em sendo a motivação da chamada “grave perturbação de ordem pública”, só se atribuía a legitimidade para o pedido ao Ministério Público, não ao investigado ou acusado (art. 82).

¹⁴³ O Decreto nº 1.352, de 21 de janeiro de 1905, dá regulamento processual criminal à Lei nº 930, de 25 de outubro de 1905. Pierangeli diminui a importância desse Código, tomando-o como mera modificação posterior implementada no Código do Império (*Processo penal...*, cit., p. 153).

¹⁴⁴ Art. 108, parágrafo único: “Findas a inquirição das testemunhas e as diligencias acima referidas, o juiz fará o interrogatorio do réo, mandando juntar aos autos os documentos, justificações e defeza que elle produzir. Pode ser concedido ao réo ou a seu procurador o prazo de 3 dias para juntar sua defeza em cartório”. Tal sequência, com o interrogatório em juízo sendo realizado posteriormente à colheita dos testemunhos, havia também no Código de Processo Penal do Maranhão (Lei nº 507, de 22 de março de 1909, art. 149).

¹⁴⁵ O que diversamente se percebeu em Minas Gerais, pois, conforme a *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares referentes à organização da justiça e processo criminal do Estado de Minas Gerais*, aprovada pelo Decreto nº 1.937, de 29 de agosto de 1906 (Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1906), admitido processo *ex officio* (art. 716), as testemunhas poderiam ser “mandadas chamar ex-officio” (art. 838).

se conhece como direito ao confronto. É que, conforme o artigo 458 daquele Código, “quando o réo, levado á presença da auctoridade, requerer que as testemunhas inquiridas em sua ausência sejam reperguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível”.¹⁴⁶

De sua sorte, no Distrito Federal, o Código de Processo Criminal de 1924 (Decreto nº 16.751 teria sido inspirado no Decreto nº 8.259, de 29 de setembro de 1910, que naquele mesmo ano de 1910 teve a execução suspensa por determinação do Ministro Rivadavia Correa.¹⁴⁷ Da ideia germinada em 1910,¹⁴⁸ destacavam-se previsões segundo as quais, antes de mais nada, se no interrogatório o denunciado ou querelado “se recusar a responder, o juiz deve fazer-lhe ver que o facto de não responder acerca de cousas que elle deve saber póde mais tarde ser interpretado como indício de que é culpado” (art. 139, § 10), e, em caso de corréus, não se permitia que um ouvisse o interrogatório do outro (art. 139, § 12). A amplitude da exploração da prova oral distribuída entre as partes configurava característica importante na medida em que a regra era não recusar as perguntas feitas por cada parte às testemunhas (art. 152).¹⁴⁹

Depois, com o Código de 1924, notou-se a modificação da sistemática da investigação, com a supressão do inquérito policial e a divisão mais específica entre os chamados *atos de investigação* e *atos de inquirição*.

Na Bahia, as disposições do processo criminal estavam confinadas ao livro terceiro de seu Código do Processo,¹⁵⁰ destacando-se, além da regras atinentes ao inquérito policial (arts. 1.725 e ss.),¹⁵¹ a inexistência de prevenção durante a tramitação do inquérito que

¹⁴⁶ O modelo foi seguido pelo Código mineiro, cujo artigo 846 previa que, “quando o réo, levado á presença do juiz, requerer que as testemunhas inquiridas em sua ausência sejam reperguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível”.

¹⁴⁷ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 62-63, rodapé n. 124.

¹⁴⁸ CÓDIGO do Processo Criminal do Districto Federal aprovado pelo Decreto n. 8.259, de 29 de setembro de 1910. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

¹⁴⁹ Notava-se o pagamento de multa – caso se tratasse de contravenção ou crime apenado apenas com multa – como causa extintiva de punibilidade, se à multa se somassem as despesas das custas do processo, antes mesmo de se chegar ao fim da instrução (art. 180). Previa-se a hipótese do recurso chamado de “protesto por novo julgamento”, de manejo exclusivo da defesa, em hipóteses em que a pena aplicada fosse de prisão igual ou superior a 24 anos e decorresse de julgamento não unânime quanto à prova do crime e à responsabilidade do acusado (art. 276).

¹⁵⁰ Lei nº 1.121 de 21 de agosto de 1915 (CÓDIGO do Processo do Estado da Bahia. Annotado por Eduardo Espínola. Bahia: Typ. Bahiana, de Cincinnato Melchiades, 1916).

¹⁵¹ No sistema do inquérito definido por aquele código, previa-se ao “réo” “impugnar os depoimentos das testemunhas” (art. 1.735), enquanto ao Ministério Público era lícito “requerer à autoridade policial as diligencias que lhe parecerem convenientes” (art. 1.739), o que se observa identicamente no Código de Processo Penal do Maranhão (Lei nº 1.318, de 11 de abril de 1928, art. 49). Ainda no âmbito do inquérito, previa-se que, “nos crimes em que não cabe acção publica, o inquérito, feito a requerimento da parte

tenha motivado requisição judicial a qualquer título (art. 1.744).¹⁵² Na produção da prova, além da indicação das testemunhas pelas partes, facultava-se a indicação de ofício pelo juiz (art. 1.822), sendo certo que se permitia às partes substituírem suas testemunhas indicadas, “comtando que disso não resulte prejuízo ao andamento do processo” (art. 1.842).¹⁵³

No sistema baiano, enquanto na formação da culpa o interrogatório era o último ato do processo, levado a cabo após a colheita da prova oral (art. 1.853), no julgamento do grande júri ele era o primeiro (art. 1.920),¹⁵⁴ ao que se seguiam os debates de acusação e defesa (intercalados, também, pelas respectivas testemunhas – arts. 1.921 e ss.).

Em Sergipe, no Código do Processo Criminal instituído pela Lei nº 753, de 7 de setembro de 1918, notava-se a novidade de, no inquérito, as diligências serem feitas com a assistência do investigado, se preso, dando-lhe inclusive a possibilidade de impugnar os depoimentos de testemunhas (art. 21).

No Rio de Janeiro, o livro II de seu Código Judiciário (Lei nº 1.580, de 20 de janeiro de 1919)¹⁵⁵ tampouco previa sistematicamente a separação das partes no processo penal. Além do privilégio da existência de inquérito policial como fase preliminar da formação da culpa (arts. 529 e ss.), chamava a atenção a particular previsão quanto às distintas formas de colheita de prova testemunhal.¹⁵⁶ Na fase da formação da culpa, num primeiro momento, o sistema era o presidencialista, com perguntas feitas por intermédio do juiz (art. 634), sendo que as reperguntas eram apresentadas diretamente pelas partes (art. 638) e que, na fase da instrução perante o júri, a regra era a forma direta da inquirição pelas partes (art. 635). O tratamento ao acusado tinha uma curiosidade: seu interrogatório era

interessada, e reduzido a instrumento, ser-lhe-á entregue para o uzo que entender, independente de traslado” (art. 1.745).

¹⁵² Além de no sistema baiano também se permitir ação penal *ex officio* (arts. 1.772, 1.779, 1.788 e seguintes), abria-se à “parte offendida ou seu representante legal” a possibilidade de intervir como assistente do Ministério Público (art. 1.792).

¹⁵³ Como já visto em outros códigos estaduais que lhe antecederam, havia previsão específica ao que hoje na doutrina se convencionou chamar direito ao confronto. No artigo 1.843, previa-se que, “estando o delinquente preso ou afiançado, ou residindo no districto, de modo que possa ser conduzido á presença do juiz, assistirá a inquirição das testemunhas, em cujo acto poderá contestal-as, e requerer lhes sejam dirigidas perguntas”. No artigo 1.845, previa-se que, “si o réo comparecer em juízo depois de iniciada a formação da culpa, ser-lhe-áo lidas todas as peças do processo a que é submettido, e reperguntadas em sua presença as testemunhas, si assim o requerer”.

¹⁵⁴ Na Bahia, havia-se instituído a separação entre *grande júri* e *pequeno júri*, afeta à natureza dos delitos, sendo que o *pequeno júri*, previsto para delitos específicos e de menor gravidade previa procedimento mais célere, nomeado de “summarissimo” (art. 1.960).

¹⁵⁵ CÓDIGO Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 1.580, de 20 de janeiro de 1919. Índices alfabético, remissivo e geral e rectificação da Lei e da tabela “A” por José Tavares Bastos. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1919.

¹⁵⁶ O juiz zelaria para que a testemunha não soubesse, nem mesmo, as perguntas de autor e réu, feitas à outra (art. 632).

previsto como ato posterior à colheita de toda a prova oral, como regravava o artigo 701, § 3º: “finda a inquirição das testemunhas, proceder-se-há ao interrogatório do réo, acto exclusivamente pessoal, prescindível nos casos em que o réo póde deixar de comparecer, fazendo-se representar por procurador”.¹⁵⁷

Diversamente, o Código do Processo Criminal do Estado do Paraná¹⁵⁸ admitia a acção penal *ex-officio* (art. 6º¹⁵⁹) e colocava o ministério público na posição de “parte integrante do juízo criminal”, motivo pelo qual se deveria ouvi-lo “em todos os termos de qualquer acção intentada pela parte offendida, ou pelo juiz ou tribunal, *ex-officio*” (art. 12). Como também se disciplinava no sistema a previsão da fase de inquérito policial (arts. 41 e ss.), naquele Código,

ao indiciado é permitido, em qualquer termo do inquérito, acompanhar, reperguntar e contestar as testemunhas, apresentar as provas que tiver de sua inocência, e requerer, mesmo, as diligencias, ou averiguações, a respeito de factos verosímeis. Parágrafo único. O indiciado poderá fazer-se acompanhar de procurador ou ser por este representado, não estando foragido. (art. 48)

No que tange à igualdade processual, cogitava-se – ao menos na parte da prova testemunhal, literal ou documental – da aplicação de regras do Código de Processo Civil (art. 294).

A confissão também tinha tratamento específico no Código. Em primeiro lugar, era requisito de eficácia (“prova o delito” – art. 298) ser feita em juízo competente de forma livre espontânea e se concorde com as demais circunstâncias investigadas; em segundo, vedava-se aos juízes ou às partes “empregar meios astuciosos para obter do réo a confissão do crime” (art. 299).

A sistemática do interrogatório era precedida de advertência que indica o tratamento da parte: “O interrogado nunca será obrigado a responder precipitadamente, devendo a autoridade conceder-lhe o tempo que lhe parecer razoável para recuperar a

---

¹⁵⁷ A exceção corria por conta das previsões da instrução em plenário de júri, no qual, além de as testemunhas arroladas pelas partes intercalarem-se nos debates (após a acusação sustentar o libelo, suas testemunhas eram ouvidas, e, depois de a defesa deduzir a defesa oral, era a vez de suas serem ouvidas), o primeiro, e não o último ato, era o interrogatório do réu (arts. 800 a 804).

¹⁵⁸ CÓDIGO do Processo Criminal do Estado do Paraná. Lei n. 1.916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2.012, de 21 de março de 1921. Curitiba: Typ D’A Republica, 1924.

¹⁵⁹ Art. 72: “A acção criminal relativa a crime inafiançável, no caso do art. 6º deste Código será iniciada por ordem escripta do juiz ou tribunal, na qual expor-se-ão os factos com as suas circumstancias” (aqui, cabe lembrar que, na sistemática do Código gaúcho, além de se vedar a acção penal de officio, previa-se a regra que, do conhecimento de fatos que demandem persecução penal, cobrava-se comunicação ao Ministério Público para agir – art. 110).

serenidade que tenha perdido da narração dos factos ou circunstancias particulares ou de tempos mais remotos” (art. 328).¹⁶⁰ Já as previsões de apresentação de testemunhas arroladas por acusação e defesa no júri, com interrupção do fluxo de debates, seguiam a mesma ideia do Código do Rio Grande do Sul (arts. 501 e ss.).¹⁶¹

Em Minas Gerais, como dá conta João de Oliveira Filho,¹⁶² malgrado grassasse ainda a perseguição *ex officio* (arts. 1º e 5º), cuidava-se da confissão com maior exigência de fidedignidade aos fatos investigados (art. 230). No que tange às testemunhas, era permitido não só que fossem arroladas pelas partes, mas também pelo juiz (art. 240). E, tal como se viu ocorrer no Rio de Janeiro, se durante a formação da culpa a regra era seguir o sistema presidencialista de colheita dos testemunhos, no plenário do júri privilegiava-se a forma direta de inquirição pelas partes (art. 248). Quanto ao interrogatório, reservava-se sua realização para a fase posterior à colheita da prova testemunhal, considerando-o como “meio de defesa, não de acusação”.¹⁶³

Em nenhum desses ordenamentos regionais notou-se tratamento sistemático das partes no processo.¹⁶⁴

Se, na multifacetada disciplina dos Códigos estaduais, não se via uniformidade na igualdade das partes no processo, o quadro começaria a mudar com a Constituição de 1934, que dispôs em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “a”, que a competência legislativa no campo do direito processual passava a ser exclusiva da União. No artigo 11 das

¹⁶⁰ Assim como a novidade paraense aqui já tratada, aquele Código previa o direito ao confronto. Dispunha o artigo 347: “o réo preso assistirá sempre a todos os actos do processo, sob pena de nullidade; e, se for preso depois de iniciado o processo e antes de terminada a formação da culpa, terá direito de requerer a re-inquirição de testemunhas inquiridas em sua ausência, não pagando as respectivas custas em caso de miserabilidade”.

¹⁶¹ Houve a inovação, ainda – que também tem nítida relevância na igualdade do tratamento que se dá às partes no processo, de revisão criminal: Art. 686: “Os processos findos poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo supremo tribunal federal, para reformar ou confirmar a sentença (art. 81 da Const. Fede.)”.

¹⁶² A edição consultada é a alusiva ao Decreto nº 7.259, de 15 de junho de 1926, o qual – na sequência lembrada por Pierangeli –, após editado pelo então Presidente do Estado Fernando Mello Viana, veio a ser reeditado em 23 de agosto de 1933 (*Processo penal...*, cit., p. 153). A versão utilizada do Código de Processo Penal mineiro foi a seguinte: OLIVEIRA FILHO, João de. *Código do Processo Penal de Minas Gerais*: notas. São Paulo: Casa Duprat e Casa Mayença Reunidas, 1927.

¹⁶³ OLIVEIRA FILHO, João de. *Código do Processo Penal de Minas Gerais*: notas. São Paulo: Casa Duprat e Casa Mayença Reunidas, 1927, p. 243.

¹⁶⁴ Como se viu nos Códigos aos quais se pôde ter acesso, os pontos que ligavam um ao outro eram poucos e havia muitas diferenças entre eles. O Estado de São Paulo não tinha um Código de Processo Criminal próprio. A esse respeito, vale ver o esforço feito por Junio Soares Caiuby, que ora recolhe leis estaduais esparsas sobre assuntos diversos do processo penal, ora, a título de enxergar uniformidade no cumprimento das leis do processo penal em São Paulo, socorre-se das previsões ainda vigentes e gerais do Código de Processo Criminal do Império, de 1832 (*Novas linhas sobre o processo criminal*. São Paulo: C. Teixeira & Cia., 1927).

Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecia-se a necessidade de uma comissão para “elaborar um projeto de Código de Processo Penal”.

Surgia daí o conhecido Projeto Vicente Ráo, dado ser aquele jurista Ministro da Justiça da época e elaborador da exposição de motivos, pórtico do projeto escrito pela comissão composta por Bento de Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira. De acordo com o projeto, a modificação que o sistema merecia, além da retomada da unidade processual, era a instituição do juizado de instrução. E isso porque à época se dizia, com críticas, que a polícia judiciária,

fórma o conteúdo do processo e, antecipando-se ás autoridades judiciárias, pratica actos inequivocamente processuaes, taes, por exemplo, as declarações do accusado e o depoimento das testemunhas, que toma por escripto. É o que se chama “inquerito”, ou seja, a peça donde o Ministério Publico, raramente collaborador de sua feitura, extrahe os elementos para a denuncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de accusação e colhe a indicação das demais inicialmente constituídas, todas ellas, pelo espírito obliterado, que a pratica do officio determina da autoridade policial respectiva.¹⁶⁵

A principal ideia do diploma que não chegou a ser sancionado era a instituição do juizado de instrução que iria, antes de encerrada a primeira fase da persecução penal, retirar da polícia judiciária os atos instrutórios, remanescendo apenas os investigativos, tipicamente. Nos termos da exposição de motivos do projeto,

retira-se á polícia, por essa fórma, a função, que não é sua, de interrogar o accusado, tomar o depoimento de testemunhas, emfim, colher provas sem valor legal; conserva-se-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inherente, posta em harmonia e legalizada pela co-participação do juiz, sem o que o resultado das diligencias não podem nem devem ter valor probatório.¹⁶⁶

Malgrado se tivesse previsto o interrogatório, já instaurada a relação processual, como o primeiro ato do processo (arts. 112 e 113), ao que se seguiam os pedidos de diligências e provas da defesa (art. 127), em regra geral, a ideia que mais motivou os estudos que sobre o projeto se fizeram foi mesmo a da criação do juizado de instrução.

Por fim, castrada foi sua tramitação com o golpe do Estado Novo de 10 de novembro de 1937.

---

¹⁶⁵ RÁO, Vicente. Código de Processo Penal (exposição de motivos). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 65, 1935, p. 8.

¹⁶⁶ Código de Processo Penal (exposição de motivos), cit., p. 9.

2.3. Igualdade no Código de Processo Penal de 1941

O tom ditatorial do diploma que na República inaugurou o período de uniformização do direito processual penal brasileiro é indisfarçável. Logo na exposição de motivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, introduziu-se a crítica ao que então se chamava de “tão extenso catálogo de garantias e favores” e se assumiu quase que um compromisso com a abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”. Foi por isso, como ficava claro ainda da exposição de motivos que bem confessava os propósitos do diploma que a ela se seguia, que se restringia a “aplicação do *in dubio pro reo*”.

No plano da atuação das partes no processo, era a mesma exposição de motivos que previa que “nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor”. Vedou-se o que se nomeou de “insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa” e o procedimento penal de ofício, na medida em que – conforme a exposição de motivos – “reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal”.

Ao pórto se seguia o Código vigente ainda nos dias que correm, com o prestígio secular do inquérito policial (arts. 4º e ss.), procedimento investigatório que já abria ao investigado (*rectius*: “indiciado”) requerer “qualquer diligência” a ser realizada ao alvedrio da autoridade policial, conforme os termos do artigo 14. No âmbito da ação penal, a prova pericial era tratada nos moldes do artigo 159 do Código de Processo Penal.¹⁶⁷

A sistemática do interrogatório foi completamente refeita mais de uma vez, desde o advento do novo e já antigo Código de Processo Penal vigente. Primeiro, porque até o advento da Lei nº 10.792/2003, a antiga previsão do artigo 186 do Código de Processo Penal ainda permitia a observância do juiz ao réu de que, “embora não esteja obrigado a

---

¹⁶⁷ “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão em regra feitos por peritos oficiais. § 1º Não havendo peritos oficiais, o exame será feito por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.”

responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.¹⁶⁸

No que tange à colheita da prova testemunhal, o artigo 217 do Código de Processo Penal, em sua originária redação, previa simplesmente que:

Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

No tratamento sistemático que se deu às partes no processo penal brasileiro, particularmente no que se refere ao Ministério Público, a redação originária do Código dizia, no artigo 257, que “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a aplicação da lei”. Quanto ao acusado, conquanto se tenha previsto que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”,¹⁶⁹ admite-se sua condução coercitiva à audiência que dependa de sua presença para se realizar, o que afronta a vedação à utilização do réu como objeto de produção de provas no processo (art. 260).

A respeito do plano da igualdade processual, na redação originária do Código, a regra era o pronto recebimento da denúncia ou queixa sem a possibilidade de reação defensiva aos termos da própria denúncia com vistas a evitar o início da ação penal (art. 394, CPP¹⁷⁰).

Como àquela redação originária do Código de Processo Penal se seguiram tanto possíveis reformas globais – Projeto Hélio Tornaghi e Projeto Frederico Marques –, quanto alterações pontuais que modificaram em muitos aspectos a estrutura do direito posto, é sobre isso que discorrem os tópicos seguintes.

2.4. Igualdade no Projeto Hélio Tornaghi

O anteprojeto de Código de Processo Penal apresentado pelo professor Hélio Tornaghi ao então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, João Mangabeira, continha

---

¹⁶⁸ Só em 2003, com o advento da Lei nº 10.792/2003, é que se resguardou, no mesmo artigo 186, o “direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. Conforme parágrafo único do artigo, “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

¹⁶⁹ Art. 261 do Código de Processo Penal.

¹⁷⁰ E mais: a defesa preliminar de então era, nos termos do artigo 395 do Código, protocolizada *depois* do interrogatório. A praxe forense consagrou que a tal peça era meramente protocolar, justamente para que a defesa, no dealbar da instrução, não exibisse suas... armas!

precisões terminológicas e sistemáticas no que tange à igualdade dos direitos dos envolvidos no processo.¹⁷¹

Se logo na tramitação do inquérito policial vedavam-se “atos de acusação ou de defesa”, abria-se ali mesmo (art. 11) a previsão de atendimento de pedidos, por parte da autoridade policial, que visassem “à apuração objetiva, do fato ou da autoria”.¹⁷² Depois, na chamada relação processual, o anteprojeto previa que ela unia “cada uma das partes e o Estado, por seu órgão judiciário” (art. 43). O documento também tratava da réplica no processo penal, feita necessariamente antes da aceitação ou rejeição da acusação pelo juiz (art. 549).¹⁷³

Tal evolução no tratamento dos sujeitos do processo refletia-se em capítulo do anteprojeto específico para as partes. Ali se definia, na primeira seção, o Ministério Público como o “acusador”, sendo certo que, como “órgão da acusação”, ele era “parte principal” na ação penal pública e “parte secundária” na assim chamada ação penal privada (art. 67, I, “a” e “b”).¹⁷⁴

No que pertine ao acusado e aos defensores (tratados em conjunto na seção II do mesmo capítulo atinente às partes), havia equiparação entre o primeiro (“aquele a quem é imputada a prática de infração penal em denúncia ou queixa aceitas”, *ex vi* do art. 77) e o “quase-acusado”. Este era o chamado o acusado por equiparação, dado que, conquanto não

---

¹⁷¹ ANTEPROJETO de Código do Processo Penal. Apresentado ao Exmo. Sr. João Mangabeira, Ministro da Justiça Negócios Interiores, pelo Professor Hélio Tornaghi. Rio de Janeiro, 1963.

¹⁷² Marta Saad lembra a lição de João de Deus Cardoso de Mello, segundo quem, no inquérito, “é vedada, terminantemente, a prática de atos de acusação ou de defesa. Proscree-se a intervenção direta no inquérito de qualquer interessado, seja do ofendido, seja do indiciado, seja do Ministério Público. Os promotores não poderão mais interferir na atividade da polícia judiciária, assistindo declarações, reperguntando testemunhas, orientando diligências. Revogadas ficam, portanto, todas as normas de organização judiciária ou do Ministério Público, que permitem essa intervenção anômala da parte acusadora no processo policial. É certo que a parte final do artigo em questão faculta ao delegado atender pedidos que visem à apuração objetiva do fato ou da autoria. Será permitido sugerir diligências ou indicar testemunhas: mas o atendimento de tais pedidos não autoriza, de modo algum, a presença dos requerentes no ato de produção da prova, uma vez que o inquérito é sigiloso” (*O inquérito policial em face do Anteprojeto. Ciclo de conferências sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal Brasileiro de autoria do Prof. Hélio Tornaghi*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1966, p. 43, apud SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 79, rodapé n. 156).

¹⁷³ “Ao lhe ser apresentada a denúncia ou a queixa e antes de se pronunciar sobre sua aceitação ou rejeição, o juiz mandará citar o acusado para que replique à acusação em três dias.”

¹⁷⁴ Notava-se hipertrofia – que acarreta deturpação funcional – nas atribuições ao Ministério Público, pois, no anteprojeto (art. 67, II), competia ao Ministério Público “funcionar como órgão de defesa dos réus que, por serem pobres, não possam constituir advogados”.

alvo de oferecimento de denúncia ou queixa aceitas, sofre atos de coerção, “real ou pessoal, antes da denúncia ou da queixa” (art. 78).¹⁷⁵

Nota-se, no parâmetro da apreciação probatória do juízo, com destaque ao contraditório, que se vedava ao juiz “fundar sua convicção em provas que não hajam passado pelo crivo do contraditório ou que tenham sido infirmadas pela prova contrária colhida em juízo” (art. 247). Ainda no campo probatório, cuidava o anteprojeto do interrogatório, situando-o *antes* da tomada dos depoimentos das testemunhas (art. 248), sendo que o ato era eminentemente judicial – salvo questões de ordem que poderiam ser levantadas pelas partes, defensores ou curadores, após o encerramento (art. 249, § 2º). Imperava, ainda, a regra de que o silêncio poderia ser interpretado em desfavor daqueles que dele fizessem uso (art 251).¹⁷⁶ De todo forma, vedava-se ao juiz a formulação de “perguntas vagas, obscuras, equívocas ou insidiosas”¹⁷⁷ e tampouco se permitia a “promessa de recompensa de qualquer natureza”.¹⁷⁸

Na colheita da prova testemunhal, a regra era o seguimento do sistema presidencialista, em que as partes formulavam perguntas ao juiz, que as endereçava à testemunha. Via de regra, vedava-se o indeferimento de perguntas, “salvo se não tiverem relação com o caso ou importarem repetição de outra já respondida” (art. 287), sendo certo que se facultava às partes a desistência das testemunhas indicadas (art. 561).

2.5. Igualdade no Projeto José Frederico Marques (PL nº 633/1975) e no Anteprojeto de 1981, convertido no PL nº 1.655/1983

No plano da evolução de clareza sistemática com que a matéria se expõe, no Projeto nº 633, de 1975,¹⁷⁹ de autoria do Professor José Frederico Marques, nota-se importante tratamento dado à igualdade no processo.

---

¹⁷⁵ No anteprojeto não havia distinção quanto ao acusado ser ou não revel ou foragido, para fins de vedação de processamento e julgamento sem defensor (art. 80). No que pertine aos tais atos de coerção, pelo texto do anteprojeto, eram causa de prevenção (art. 100).

¹⁷⁶ Prevalecia ainda a regra de que “o silêncio do acusado, a fuga, a ocultação, a revelia ou qualquer outro fato semelhante pode constituir elemento para a convicção do juiz, mas não acarreta confissão ficta” (art. 264).

¹⁷⁷ No artigo 253, além de se exigir que as perguntas fluíssem “uma das outras em ordem natural”, evitava-se “a feitura de perguntas em que se tomem como já admitidos fatos que ainda não o tenham sido ou que indiquem pelo nome ou qualquer outro meio os partícipes procurados”.

¹⁷⁸ De acordo com o disposto no artigo 254, era proibido o uso de ameaças, de “meios coativos ou de processos de enfraquecimento da vontade do acusado”.

¹⁷⁹ O projeto de lei só foi apresentado à Câmara naquele ano, pela mensagem presidencial 15.975, mas o labor de José Frederico Marques dava-se desde 1967, quando já compunha a então constituída Comissão de

A concepção imaginada pelo professor paulista e utilizada como modelo ao anteprojeto de 1981¹⁸⁰ foi em grande parte mantida. Como noticia o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, subscritor de sua apresentação ao Presidente da República pela Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983, coube ao próprio José Frederico Marques a revisão técnico-jurídica dos trabalhos realizados pela Comissão e suas modificações foram incorporadas ao texto (Exposição de Motivos, item 7).

Por isso aqui se trata em conjunto dos dois projetos: o mais antigo, no texto principal; o que lhe seguiu, apresentado como anteprojeto em 1981 e convertido em projeto de lei em 1983, com remissões em rodapé ao longo da presente exposição.

O primeiro dever judicial imaginado no projeto foi o de dirigir o processo “de modo que assegure o respeito ao princípio do contraditório e da igualdade de partes” (art. 66).¹⁸¹ A passagem do texto que então se imaginava ver publicado é prenhe de significados, quer porque pressupõe a noção de *partes* no processo penal, quer porque, a partir disso, pressupõe e impõe ao juiz o respeito à *igualdade* entre elas.

Coordenação e Revisão de Códigos, a qual deveria sugerir as alterações de reformas em prazo de 3 anos. Em março de 1970, pela Portaria nº 32, o Ministro da Justiça Alfredo Buzaid nomeava Frederico Marques, Benjamim de Moraes Filho e José Salgado Martins para a Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal – anteprojeto aquele projetado por José Frederico Marques. Publicado o anteprojeto em 29 de 1970, passou por nova revisão, em 1974, dessa vez com substituição de Salgado Martins (falecido) por Hélio Tornaghi, e os trabalhos eram, então, presididos por José Carlos Moreira Alves. Assim informa Edilenice Passos (*Código de Processo Penal*: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal; Secretaria de Informação e Documentação, [s.d.], p. 4-5).

¹⁸⁰ Reexaminado pela Comissão composta pelo Professor Rogério Lauria Tucci, pelo então Sub-Procurador Geral da República Francisco de Assis Toledo e pelo consultor do Ministério da Justiça Hélio da Fonseca, na qual colaboraram, ainda, os professores Manoel Pedro Pimentel, Miguel Reale Júnior, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Ricardo Antunes Andreucci, além de José Paulo Sepúlveda Pertence (pela Ordem dos Advogados do Brasil), Roberto Joacir Grassi (Ministério Público), Antonio Acyr Breda, Fernando Newton Bittencourt Fowler (UFPR) e outras entidades.

¹⁸¹ A previsão gerou críticas das mais diversas, como se viu em ciclo de palestras promovido em 1971 pela Associação dos Advogados de São Paulo (*Ciclo de palestras sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Unidas Ltda., 1971). O primeiro a criticar o importante ponto foi o Desembargador Dinio de Santis Garcia, que assemelhou ao sistema acusatório o que chamou de “paridade absoluta de direitos e de poderes, entre acusador e réu” para, na sequência, dizer que, “quanto à paridade absoluta entre as partes, no concernente a direitos e poderes, é de todo inexistente no Anteprojeto” (p. 16-17). Mas o expositor que gerou exposições teóricas mais aprofundadas de parte a parte foi Canuto Mendes de Almeida. O professor, presente na ocasião em que se discutia o anteprojeto de Frederico Marques, entre tantas passagens que espelham não só a complexidade técnica do tema, como sua centralidade no processo penal, disse que “o contraditório é indispositivo no processo penal, embora seja dispositivo e deva ser dispositivo no processo civil, porque no processo civil as partes são interessadas na relação de direito privado, e interessadas pessoalmente, e o interesse é delas e, portanto, o processo é delas. Mas, no direito penal, as partes não são partes, são relação de direito penal. Portanto, não existem as partes, senão o réu, de certo modo, e o particular ofendido por causa do caráter cível da sentença penal, e nada mais” (p. 50). O texto do anteprojeto de 1981 foi além do imaginado no primeiro projeto, ao dispor, em seu artigo 61, que o juiz dirigirá o processo de modo a: “I – assegurar respeito ao contraditório, à igualdade das partes e à possibilidade de ampla defesa do acusado”.

Da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.655/1983, aliás, não apenas se nota o tratamento ao próprio Ministério Público como “parte” (item 41), mas também se imaginam cautelas para que não se quebre “o equilíbrio entre a acusação e a defesa, pressuposto básico de realização da justiça criminal” (item 43).

O avanço sistemático, portanto, e a aproximação ao tema aqui desenvolvido são notáveis, como também notável foi estruturação de todo um título no Código projetado para se tratar das “partes” no processo penal (Título III). Naquele título, dividiram-se, conforme os capítulos, o Ministério Público, o réu e o ofendido. Dali se pode traçar uma linha de possível igualdade entre as partes¹⁸² da perempção a partir da proposta de pagamento de multa feita pelo Ministério Público ao réu, cuja aceitação implicaria a extinção da punibilidade (arts. 90 e 230 do anteprojeto).¹⁸³

Ao tratar do início da ação penal, previa aquele anteprojeto que, em defesa prévia, o ali nomeado de réu oferecesse sua resposta à acusação em dez dias (art. 277¹⁸⁴). Tal peça abria, segundo a linguagem de Rogério Lauria Tucci, a possibilidade para o “julgamento conforme o estado do processo”, assim como se deu no processo civil inovado com o novo Código de 1973. De acordo com o autor, essa possibilidade, que decorria de uma autêntica contestação penal, abriria uma de três alternativas ao juiz – espalhadas entre os artigos 289 a 294 do projeto –: “julgamento segundo o estado dos autos, equivalente à extinção do processo sem resolução do mérito; b) julgamento antecipado da lide penal; e c) saneamento do processo”.¹⁸⁵

Por outro lado, persistiu o anteprojeto em rumo de desigualdade processual, na medida em que impunha ao réu o dever de, sob pena de revelia e como meio de “colaborar com a Justiça para a descoberta da verdade” (art. 299, *caput* e § 2º),¹⁸⁶ submeter-se a perícias ou exames julgados necessários. Uma possível leitura que separasse as atitudes passivas e ativas do réu, nesse pormenor, poderia justificar a previsão aqui tratada e sua

---

¹⁸² No que tange ao Ministério Público, o anteprojeto o tomava rigorosamente como *parte*, salvo quando, pelo aspecto linguístico de previsões específicas, tratava-o como fiscal da lei – nomeadamente em caso de processos por crimes de ação penal privada (arts. 88, II, e 92; no projeto 1.655/83, art. 81, II) –, fiscal de execução da pena (art. 88, III; no projeto 1.655/83, art. 81, III). No anteprojeto de 1981, a divisão tripartite das partes no processo penal é a mesma e as alusões ao Ministério Público quando não exercer o papel de parte encontram-se nos artigos 82, II e III, e 86.

¹⁸³ O tema é da ordem do dia, como adiante se falará ao abordar o PL nº 8.045/2010. No anteprojeto de 1981, as disposições estão no artigo 85 e parágrafos, bem como no artigo 264. Tais previsões não foram repetidas no projeto 1.655/83.

¹⁸⁴ No anteprojeto de 1981, art. 251.

¹⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria. “*Habeas Corpus*”, *ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 162-164. As previsões, no anteprojeto de 1981, encontram-se nos artigos 263 a 266.

¹⁸⁶ No anteprojeto de 1981, art. 270. No projeto de 1983, art. 260.

convivência com a do artigo 300, que dispunha ser prerrogativa do réu deixar de “apresentar prova que o incrimine”.¹⁸⁷

Ainda no pormenor da indefinição conceitual do *nemo tenetur se detegere*, e no que isso tem de pertinente ao tratamento do réu como parte processual, o artigo 307¹⁸⁸ previa interpretação desfavorável ao réu caso optasse pelo silêncio no interrogatório; na sequência, o artigo 315¹⁸⁹ tratava de outras situações processuais que poderiam pesar em seu desfavor.¹⁹⁰ No que tange ao prisma da igualdade processual, tratou o anteprojeto da proibição da *reformatio in pejus* decorrente de recurso defensivo (art. 583)¹⁹¹ e, ineditamente, de uma revisão criminal especial para aqueles imputados que tivessem sido condenados à revelia (arts. 748 e ss.),¹⁹² além de incidente específico de arguição de falsidade na citação de réu condenado à revelia (art. 751 e ss.).¹⁹³

Apresentado à Câmara dos Deputados, após encaminhamento dado por seu presidente, Deputado Sérgio Murilo, o projeto foi aprovado e direcionado ao Senado, onde, contudo, nunca foi votado. A exposição de motivos do que acabou por se tornar, depois, o Projeto de Lei nº 1.655/83 apresenta as seguintes justificativas para a retirada do anteprojeto de Frederico Marques:

revogação do Código Penal de 1969, antes mesmo de sua entrada em vigor. Tornou-se, assim, inadequado o projeto em muitas de suas concepções, dada a sua relação com os postulados do Código Penal

---

¹⁸⁷ No texto do anteprojeto de 1981, art. 272, e no projeto de 1983, art. 262. Na perspectiva presente, já não se justifica a separação tacanha entre intervenção passiva ou ativa no exercício da atividade defensiva do imputado. Pode ser razoável, ainda, para que se atinja melhor resultado interpretativo, separar as imposições dos artigos indicados entre aquelas que se dirigem ao ofendido e as que pertinem ao réu, sendo que ao último não se imporia a submissão à perícia. Afinal, o dispositivo (art. 299 do Projeto de Lei nº 633/75, art. 270 do anteprojeto de 1981 e art. 260 do projeto de 1983) dirige-se ao “réu e ao ofendido”, nessa ordem. Na mesma ordem sequencial, trata do comparecimento em juízo sempre que ordenado e, depois, da submissão às perícias. Pode-se cogitar que a primeira parte se dirija ao réu e a segunda, ao ofendido. A alínea “c” dos dispositivos (299 num texto, 270 no outro e 260 no terceiro), essa sim, pode ser dirigida a ambos: “praticar o ato legal que lhe for determinado”.

¹⁸⁸ Art. 279 do anteprojeto de 1981. No projeto de 1983, limitou-se a legislação projetada a dizer que, “se o acusado negar-se a responder, o fato será consignado” (art. 267, § 3º).

¹⁸⁹ Art. 287 do anteprojeto de 1981. A previsão não foi repetida no projeto 1.655/1983.

¹⁹⁰ “O silêncio do acusado, a fuga, a ocultação, a revelia, ou qualquer outro fato semelhante, pode constituir elemento para a convicção do juiz, mas não acarreta confissão ficta.”

¹⁹¹ Art. 539, anteprojeto de 1981, e art. 501, § 2º, do projeto 1.655/83.

¹⁹² Não se pode deixar de lembrar as passagens de Dínio de Santi Garcia – com as quais não se concorda – para rememorar até mesmo a tensão dos debates nas tais palestras promovidas pela Associação dos Advogados de São Paulo: “deu o Anteprojeto ênfase desmedida à defesa do revel ausente. Mostrou-se, aliás, mais rigoroso com o réu que não repudia os vínculos da convivência social e permanece no distrito da culpa, do que com o réu foragido. Preocupação incompreensível desde que, na quase totalidade dos casos, o ausente ou será um marginal, cuja vida clandestina é necessário pressuposto da habitualidade criminoso, ou é pessoa que dispõe de meios para fugir à ação da Justiça e da Polícia” (*Ciclo de palestras sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal*, cit., p. 21). O dispositivo não foi repetido no anteprojeto de 1981.

¹⁹³ Arts. 688 e ss. do anteprojeto de 1981, e arts. 639 e ss. do projeto apresentado em 1983.

revogado. A incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara afetou-lhe a estrutura sistemática. Finalmente, repercutiram nele as modificações introduzidas no sistema de penas pela Lei n. 6.416, de 24-5-1977, imposta ao legislador pela crescente pressão dos índices de criminalidade.

De sua revisão, como já dito, nascia o anteprojeto de Código de Processo Penal, depois convertido no Projeto de Lei n.º 1.655/83, do qual aqui também se falou e que, contudo, foi retirado da tramitação – quando já se encontrava no Senado, autuado sob PL n.º 175/1984 – pelo Poder Executivo.¹⁹⁴

2.6. Igualdade no Código de Processo Penal de 1941 e as alterações legislativas até a Lei n.º 12.403/2011

No que tange à prova pericial, em 1994 alterou-se a redação do artigo 159 do Código de Processo Penal, com o que se retirou a válvula de escape da expressão *em regra* antes prevista para tornar imprescindível que a perícia fosse sempre realizada por peritos oficiais.¹⁹⁵

A partir do advento da Lei n.º 11.690, de 10 de junho de 2008, abriu-se ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado “a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico” (art. 159, § 3º, com redação conferida pela Lei n.º 11.690/2008). Com a nova redação do dispositivo, abriu-se *às partes* a oportunidade quer de requerer a oitiva dos peritos em audiência com a consequência de, eventualmente, provocar respostas escritas aos novos questionamentos, quer de indicar assistentes para apresentar pareceres, quer, ainda, de requerer a guarda do material que tenha servido de base à perícia para fins de exame pelos assistentes (art. 159, §§ 5º e 6º).¹⁹⁶ Por outro lado, e

---

¹⁹⁴ PASSOS, Edilenice. *Código de Processo Penal...*, cit., p. 6.

¹⁹⁵ A Súmula n.º 361 do STF, aprovada em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, previa que, “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.

¹⁹⁶ A Lei n.º 11.690 decorre de uma das propostas da Comissão Ada Pellegrini Grinover, instituída pelo Ministério da Justiça por meio da Portaria n.º 61, de 21 de janeiro de 2000, e presidida por aquela professora de Direito Processual e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que redundou, após discussões travadas entre seus membros, no envio de sete proposições legislativas de alterações tópicas no Código de Processo Penal. A aludida lei foi o resultado do processo legislativo decorrente da apresentação do PL n.º 4.205/2001. Tem razão Antonio Magalhães Gomes Filho quando, a respeito da legislação agora em vigor, aponta ser a “observância do contraditório” aquilo que chama de “traço mais significativo da reforma processual em relação à prova pericial” (Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no Código de Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 276).

com ineditismo, a Lei nº 11.690/2008 trouxe para o direito processual penal brasileiro a figura do *assistente técnico*, até então previsto exclusivamente para o campo do direito processual civil (art. 422, CPC).¹⁹⁷

A sistemática do interrogatório foi completamente refeita mais de uma vez, desde o advento do novo e já antigo Código de Processo Penal vigente. Primeiro, porque até o advento da Lei nº 10.792/2003, alterou-se drasticamente a redação do artigo 186 do Código de Processo Penal. Se antes o silêncio do acusado poderia ser interpretado em seu prejuízo, o parágrafo único inserido naquele artigo previu que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Aquela mesma lei ainda tratou pela primeira vez, ao alterar o artigo 188 do Código de Processo Penal, da possibilidade de o juiz, caso julgasse “pertinente e relevante”, formular, após o interrogatório, novas perguntas em razão de ter alguma parte entendido restar “algum fato para ser esclarecido”. Também se eliminou do critério antes exclusivo do juiz a tomada de novo interrogatório, abrindo-o para o livre requerimento das partes, o que se vê da alteração do artigo 196 do Código de Processo Penal.¹⁹⁸

Depois, com o advento da Lei nº 11.900/2008, remodelou-se no Brasil não só a forma do interrogatório do réu preso (art. 185, § 1º¹⁹⁹), mas a realização do interrogatório pelo uso do aparato da videoconferência “ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real” (art. 185, § 2º), prevendo-se os requisitos cumulativos para sua ocorrência.

No que tange à colheita da prova testemunhal, a reforma processual penal de 2008 alterou sensivelmente o Código de Processo Penal. Inaugurou-se, então, o chamado exame

---

¹⁹⁷ Nota-se certa incongruência no tratamento das partes do processo, dado que, na redação advinda da Lei nº 11.690, de 2008, enquanto o artigo 159, § 3º, prevê que não só o Ministério Público, o querelante e o acusado possam indicar assistente técnico, mas também o ofendido e o assistente da acusação, no inciso II do § 5º, lê-se que na fase judicial da persecução penal só as “partes” é que podem “indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres”. Ao se mencionar a palavra *partes*, não se fala nem em ofendido, nem em assistente de acusação. Afinal, se – ao contrário do que doutrina Antonio Magalhães Gomes Filho (Provas..., cit., p. 278) – pudesse se imaginar a assistência técnica na fase preliminar da acusação, ter-se-ia de admitir que número maior de legitimados poderia pleitear a intervenção do *expert* naquela fase, o que não se deu com a alteração legislativa.

¹⁹⁸ Na redação originária: “A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório”. Na redação dada pela Lei nº 10.792/2003: “a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

¹⁹⁹ A aludida lei de 2003 já tinha, inclusive, alterado a redação original do artigo 185 do Código de Processo Penal. De 2003 até 2008, portanto, a regra era que “§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal. § 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”.

direto das testemunhas (art. 212²⁰⁰), passando-se a prever a atividade inquiritória do juiz como supletiva, feita apenas se houver “pontos não esclarecidos” (art. 212, parágrafo único). A redação do artigo 217 foi também alterada com o advento da Lei nº 11.690/2008. A partir de tal alteração, a retirada do acusado da sala de audiências passou a ser a última das consequências previstas em caso de presença que cause humilhação, temor ou sério constrangimento à vítima ou ao ofendido.²⁰¹

No tratamento sistemático que se deu às partes no processo penal brasileiro, foi importante a modificação que se previu ao tratamento do Ministério Público. Isso porque se originariamente (art. 257 do Código de Processo Penal) o “Ministério Público promoverá e fiscalizará a aplicação da lei”, com o advento da Lei nº 1.719/2008,²⁰² dividiu-se a atribuição de forma a separar, na nova redação do mesmo artigo, a função de, por um lado, “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código” e, por outro, a de “fiscalizar a execução da lei”. Tal mudança torna ostensiva a atuação bifronte do Ministério Público no processo penal.²⁰³ Quanto ao acusado, a Lei nº 10.792/2003 acresceu o parágrafo único ao artigo 261 do Código de Processo Penal.²⁰⁴ De toda forma, definiu-se o interrogatório como meio de defesa, prevendo-o como último

---

²⁰⁰ Na redação da Lei nº 11.690/2008: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

²⁰¹ O que pressupõe, inclusive, a impossibilidade de a audiência se fazer por videoconferência com a testemunha fora da sala de audiências e seu acusado dentro dela.

²⁰² Também esta constante do conjunto de proposições legislativas da aludida Comissão Ada Pellegrini Grinover, instituída pelo Ministro José Carlos Dias quando esteve à frente da Pasta da Justiça. O projeto de lei que a originou foi o de número 4.207/2001.

²⁰³ Para Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, foi essa a alteração processual que deu concretude à previsão constitucional do artigo 129, I, do Texto Republicano. Mesmo que haja a análise dos autores quanto à atuação bifronte do Ministério Público, não se pode com eles concordar quando afirmam que a atuação parcial do MP tornaria “salutar e, antes, necessário mesmo, que o juiz possa discordar do pedido de arquivamento (invocando o art. 28 do CPP), ou condenar o réu em face de pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público (art. 385 do CPP)” (*Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 316). Não se concorda, aqui, que o sujeito imparcial (juiz) discorde da decisão da parte que decidiu *não acusar* e provoque a instância administrativa interna do órgão acusador para rever o posicionamento de quem pleiteou o arquivamento do inquérito. Não parece haver escapatória para tal posicionamento à luz da exigência de imparcialidade do magistrado e respeito, no plano processual, à regra segundo a qual quem *julga* não pode *acusar*. Por maior razão, se ao longo do arco processual o órgão acusador pleiteia absolvição, ao juiz não compete valorar tal pleito para se substituir a quem exclusivamente poderia pleitear condenação e com isso condenar o acusado. Nem se diga, se bem que os autores não tocaram no ponto, que o assistente do Ministério Público poderia comportar-se como litisconsorte, de sorte a, em discordância, assumir a frente de eventuais ações penais ou mesmo recursos. Disso se tratará adiante.

²⁰⁴ A inserção parece ser de questionável constitucionalidade, na medida em que parece partir de premissas de valorização qualitativa da efetiva defesa se praticada por advogados constituídos, por um lado, ou por defensores públicos ou advogados dativos, por outro.

ato a se realizar na chamada audiência de instrução e julgamento, o que ocorreu com a nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal, conforme a Lei nº 11.719/2008.

Se antes se imaginava que o acusado poderia ficar *no escuro* para responder aos termos da denúncia – isto é, antes mesmo de saber quais eram os detalhes da acusação e, nessa medida, em que prova oral ela se estribava –, ele começou a ser respeitado com a mudança legislativa de 2008 (Lei nº 11.719), pois passou a ser ouvido quando finda toda a colheita da prova, a qual, a se prestigiar a dicção legal, é realizada em ato único.²⁰⁵

No que concerne ao plano da igualdade processual, ainda cabe mencionar que, se na redação originária do Código, tal como indicado, a regra era o pronto recebimento da denúncia ou queixa sem a possibilidade de reação defensiva aos termos da própria denúncia com vistas a evitar o início da ação penal (art. 394, CPP²⁰⁶), a Lei nº 11.719/2008 trouxe sensíveis alterações a esse respeito. Como se disciplinou a partir dos artigos 396 e 396-A do Código de Processo Penal,²⁰⁷ passou-se a prestigiar a resposta formal do acusado à acusação²⁰⁸ como requisito de validade da ação penal (art. 396-A para o procedimento ordinário e sumário; art. 406 para o procedimento do júri).

Ainda em 2008, novidade importante foi trazida à sistemática do júri, pois, nos termos do artigo 474, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008, passou-se, de

²⁰⁵ Art. 400: “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”. Nos procedimentos específicos do júri, o prazo previsto para a realização da tal audiência é não de 60 dias, mas de 10 (arts. 410 e 411).

²⁰⁶ E mais: a defesa preliminar de então era, nos termos do artigo 395 do Código, protocolizada *depois* do interrogatório. A praxe forense consagrou que a tal peça era meramente protocolar, justamente para que a defesa, no dealbar da instrução, não exibisse suas... armas!

²⁰⁷ Art. 396: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. Art. 396-A: “Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”.

²⁰⁸ Conquanto esse ponto não seja central no trabalho desenvolvido, conhece-se a polêmica quanto ao *momento* do recebimento da denúncia, dada a confusão feita pelo legislador reformista (Lei nº 11.719/2008) nos artigos 396 (“se o juiz não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á” – antes da resposta escrita) e 399 (“recebida a denúncia ou queixa” – depois da resposta escrita), parece-nos ter razão Gustavo Badaró ao afirmar que “o momento do recebimento da denúncia, ou melhor, do juízo de admissibilidade da acusação, será o do art. 399 do CPP, e, portanto, depois da resposta do acusado, restará ao juiz, em tal oportunidade, três possibilidades: (a) rejeitar a denúncia, nos casos do art. 395 do CPP; (b) absolver sumariamente o acusado, nas hipóteses do art. 397 do CPP; (c) receber a denúncia e designar a audiência de instrução e julgamento” (Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 76, jan./fev. 2009, p. 152).

modo inédito, a vedar aprioristicamente o uso de algemas no acusado “durante o período em que permanecer no plenário do júri” (art. 474, § 3º).²⁰⁹ Passou-se, também pela primeira vez no cenário do direito processual penal brasileiro, a vedar as referências de cunho valorativo para o convencimento dos jurados, tais como:

decisão de pronúncia, decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; silêncio do acusado ou ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.²¹⁰

Recentemente, com publicação em 5 de maio de 2011 e vigência a partir de 4 de julho de 2011, no plano específico das medidas cautelares do processo penal, alterou-se todo o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal. Onde antes se previa apenas “prisão e liberdade provisória”, passou-se a tratar, pormenorizadamente, “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Assim, enquanto o artigo 282, vigente até julho de 2011, iniciava o tratamento das cautelares pessoais pela oposição entre prisão em flagrante e as demais, agora se trata, em gênero, das “medidas cautelares”, com destaque particular para o novo § 3º, atinente ao contraditório prévio à decretação das medidas cautelares, ressalvada a “urgência” ou o “perigo de ineficácia da medida”.²¹¹

2.7. Igualdade no Projeto de Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010)

Depois do Parecer nº 1.636 da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, de 7 de dezembro de 2010, que deu a redação final ao PLS nº

---

²⁰⁹ Chama a atenção que, mesmo diante da previsão vigente e mesmo também diante do conteúdo da Súmula Vinculante nº 11, do STF (“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”, conforme decidido na sessão plenária de 13 de agosto de 2008), vem a Suprema Corte, em julgamentos de reclamações, abrandando os rigores da vedação aqui lembrada. A esse respeito, dos recentes julgados, confira-se Rcl9468 AgR, pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 11.04.2011. É pertinente, nesse sentido, a passagem de voto repetida nos seguintes termos: “Não é possível admitir-se, em reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pelo magistrado para determinar o uso das algemas durante a realização das audiências” (Rcl 6.870, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática publicada em 6 de novembro de 2008).

²¹⁰ Art. 478, I e II, também nos termos da Lei nº 11.689/2008.

²¹¹ “§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

156/2009,²¹² o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados e lá se encontra em tramitação sob o nº 8.045/2010.²¹³

Logo de início adota-se a obediência ao que se denomina “devido processo legal constitucional” (art. 2º) no que pertine a todas as formas de intervenção penal para, na sequência, tratar-se do contraditório e da ampla defesa na garantia da “efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”, sendo certo que se vedou ao juiz a iniciativa investigativa e também sua substituição da atuação probatória ao órgão da acusação (art. 4º). No que tange aos direitos do investigado, resguardou-se, antes de mais nada, o acesso ao material produzido na investigação (art. 11)²¹⁴ e o direito de ser ouvido pela autoridade antes do término desta (art. 12).

Fundamental novidade, inspirada no Código de Processo Penal italiano, constitui-se na investigação defensiva. Trata-se de procedimento segundo o qual, pela lei brasileira projetada, faculta-se ao investigado, nos termos do artigo 13, “por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.²¹⁵ Também ineditamente, previu-se a ação penal exclusivamente pública, com ressalva única relativa à de iniciativa privada subsidiária, em caso de desídia por parte do órgão acusador (art. 45).

Outra importante inovação foi o tratamento dos “sujeitos do processo” (Título IV), que sistematizou a colocação do Ministério Público como órgão de acusação (“é o titular da ação penal”, *ex vi* do art. 57) e do acusado como merecedor da defesa técnica em “todos os atos do processo” (art. 60). A matéria foi abordada ainda com detalhamento inédito, porque, além das previsões específicas ao juiz, ao Ministério Público e ao acusado

²¹² O PLS nº 156/2009 trata do projeto de novo Código de Processo Penal brasileiro. Tal PL decorreu de trabalhos de comissão instituída pelo Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº 751 e 794, de 2008, de autoria do Senador Renato Casagrande, e designada pelos Atos nº 11, 17 e 18, de 2008, do Presidente do Senado José Sarney. A comissão era composta por Hamilton Carvalhido (coordenador), Eugenio Pacelli de Oliveira (relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Das críticas que podem ser feitas ao PLS nº 156/2009 e ao PL nº 8.045/2010, a mais contundente não se dirige aos trabalhos dos integrantes da Comissão de Juristas, mas às propostas de emendas feitas nas comissões instituídas pelo presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal. Algumas delas distorcem o propósito esclarecido pelos integrantes da Comissão de Juristas.

²¹³ O PL nº 8.045/2010 tem redação idêntica à do Parecer nº 1636, do Senado Federal. Por isso as menções aos artigos do Código de Processo Penal projetado valem para ambos.

²¹⁴ Na parte final daquele dispositivo se lê: “salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento”.

²¹⁵ Os parágrafos daquele artigo de lei explicitam a amplitude dos poderes e os compromissos deontológicos da chamada investigação defensiva.

(processo como *actum trium personarum*), tratou-se também da Defensoria Pública,²¹⁶ do assistente, da parte civil²¹⁷ e dos peritos e intérpretes.

Toda uma distinta seção para o interrogatório como ato de defesa (art. 64) foi incluída, valendo destacar a regra da vedação de sua realização sem a presença do defensor²¹⁸ e o respeito à capacidade de compreensão e discernimento do interrogando, com a proibição de métodos ou técnicas ilícitas, de qualquer forma de “coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar, sendo irrelevante, nesse caso, o consentimento da pessoa interrogada”. Proíbe-se também promessa de vantagens sem amparo na lei (art. 65, *caput* e § 1º). A realização do ato, aliás, é precedida de um rol de informações instrumentais das quais o interrogado deve ter ciência (art. 66).

Em audiência, além do exame direto, avançou-se para o exame cruzado, quer no interrogatório (art. 74), quer na colheita dos depoimentos (art. 179), sendo certo que a premissa na produção de toda e qualquer prova é a liberdade na iniciativa das partes (art. 165), tanto que, por exemplo, pode a parte desistir de sua testemunha independentemente da anuência da parte contrária (art. 184, parágrafo único). Há de se destacar, ainda, a exclusiva e anacrônica legitimidade que se conferiu, com exclusividade, ao Procurador-Geral da República para intentar o incidente de deslocamento de competência,²¹⁹ previsto no artigo 119 do diploma projetado.

Sem prejuízo de todas essas inovações, que nada mais são do que uma introdução ao tema da igualdade processual, o chamado *procedimento sumário* é eloquente exemplo em que a pressuposição de igualdade de posições das partes no processo chama a atenção.

Na tal previsão (art. 283), em poucas linhas, imagina-se o requerimento de aplicação imediata de pena em determinados crimes (aqueles que têm sanção máxima

²¹⁶ Art. 59: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. § 1º Com o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo penal, caberá à Defensoria Pública o patrocínio da defesa do acusado que, por qualquer motivo, não tenha constituído advogado, independentemente de sua situação econômica, ressalvado o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. § 2º O acusado que possuir condição econômica e não constituir advogado arcará com os honorários decorrentes da defesa técnica, cujos valores serão revertidos à Defensoria Pública, nos termos da lei”.

²¹⁷ A participação da última se dá “sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, [...] requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória” (art. 81).

²¹⁸ Motivo pelo qual se deve criticar a proposta constante do § 1º do artigo 64 do anteprojeto, que abre a possibilidade de, com o consentimento do preso em flagrante, tomar-se-lhe o interrogatório sem presença de defensor.

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 150, maio 2005, p. 8-9.

abstrata inferior ou igual a oito anos), após concordância nesse sentido entre acusado – por meio de seu defensor – e Ministério Público.²²⁰ A um tempo, a polêmica previsão diz da adversarialidade que se pode imprimir ao processo penal brasileiro e, a outro, induz a reflexão sobre a paridade de armas no processo penal.

Do que já se avançou até aqui, mostra-se importante tratar da noção de *partes*, fazendo-o primeiro no campo do direito processual civil para, depois e justamente devido às nuances do processo penal, abordar o conceito no âmbito de tal processo. É nisso que consistirá o próximo capítulo.

---

²²⁰ “§ 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código. § 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. § 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo. § 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo. § 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais. § 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo. § 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória. § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório. Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.”

3. DAS PARTES NO PROCESSO PENAL

O fato de a própria doutrina do processo civil estar atenta à constatação de que “o conceito de parte é um dos mais problemáticos do direito processual”²²¹ evidencia o cuidado necessário quando se cogita quem são as *partes* no direito processual penal.²²²

Para se tratar de *parte* no processo penal, o avanço científico do processo civil é de grande valia. O processo civil se encontra mais acostumado a tratar de partes antagônicas (é difundida em processo civil a noção de que a *dualidade das partes* é uma de suas características na medida em que não se admite que alguém litigue consigo mesmo). É possível tomar como princípio a senão igual, ao menos simétrica (obedecidas as regras inatas de desigualdade justificáveis) distribuição de chances²²³ processuais aos pretendentes da tutela jurisdicional. Fala-se a respeito de *igualdade de armas* no processo civil²²⁴ justamente em vista do pé de igualdade em que se encontram, via de regra, autor e réu.

Se no processo civil há distribuição de deveres, faculdades e sujeições processuais entre as partes a partir do pensamento de uma estrutura cooperatória atrelada à noção de relação processual²²⁵ (daí se falar em obrigações das partes como um dos elos da chamada *relação jurídica*²²⁶), tal divisão, ao menos dessa maneira, inexistente no processo penal. Neste, a desigualdade é inata ao nascimento da oposição de interesses, o que inclusive é reflexo de situação fática preexistente incomparável àquela que motiva o nascimento da demanda civil. Além disso, o início da demanda civil é distinto daquele que se vê em processo penal, no qual se nota persecução bifásica (procedimento prévio com vistas à formação da *opinio delicti* e, depois, início de ação penal).

---

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Curso de processo civil*, v. 2: processo de conhecimento. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

²²² A noção de *partes* aqui comparece em seu lado subjetivo, isto é, refere-se aos envolvidos a partir dos direitos *sub judice*, sob pena de não se incorrer na confusão entre *parte* e *todo* ou, noutros termos, *continente* e *conteúdo*.

²²³ Segue-se, a partir daqui, noção distinta da de processo como relação jurídica processual, que é consagrada pelos cultores da teoria geral do processo, dadas as peculiaridades do processo penal quando cotejado com o processo civil. O desenvolvimento mais a fundo e as explicações dessa tomada de posição – com o que nos aliamos às observações de autores, no Brasil, como Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner – serão explicitados adiante.

²²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 60, 89 e 320. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal...*, cit., p. 239-40.

²²⁵ Ou, em resumo, *riscos* e *chances* com vistas às perspectivas e expectativas de sentença judicial favorável, na lição de Goldschmidt e na doutrina da situação jurídica, do que a seguir se falará.

²²⁶ Relação esta inexistente conforme Goldschmidt, sobretudo por inexistirem obrigações das partes no processo.

No processo penal, atende-se a interesses distintos dos em jogo na seara processual civil, o que se percebe também no método distinto de recolhimento de elementos de informação para anteceder à judicialização dos conflitos e no modo como a posição processual de réu se apresenta no processo civil e no processo penal. No último, comumente se passou por procedimento de investigação, a cargo de órgão supervisionado pelo Ministério Público²²⁷ – parte acusadora –, em que a participação do então investigado é problemática,²²⁸ o que motiva algum temperamento, mesmo que em alguma medida se vá usar a doutrina processual civil para a construção do conceito de parte processual penal.

Há, como aqui se verá, com amplas explicações de cunho histórico e ideológico, plasmadas em normas de direito positivo, inclusive, prevalências em favor ora da parte acusadora, ora da acusada, o que torna a distribuição de *ônus* do direito processual civil ainda mais distante do cenário processual penal²²⁹ e faz com que sejam impertinentes – a partir da pressuposta igualdade inicial no processo de parte a parte na demanda civil e seu aspecto problemático no processo penal – as considerações de repartição de cargas probatórias no último.

Além disso, mostra-se necessária a menção aos estudiosos do conceito de parte no processo civil na medida em que, como se verá, de tal conceito se extrai a ligação com o contraditório e, por isso, o tratamento que se confere aos contendores envolvidos no processo. A partir daí se desenvolverá, aqui, a preocupação com o arco temporal em que a garantia do contraditório acompanhará, ou não, a aplicação do conceito de paridade de armas no processo penal.

Tal percurso argumentativo se justifica, ainda, porque, se no processo penal foi mais tormentosa do que no processo civil a problemática da própria existência de *partes* (ou, ao menos, de alguma outra além do acusado²³⁰), é impossível avançar para a paridade de armas se não se lograr fixar a premissa metodológica de que, a partir de um conceito processual penal de parte, passa-se a imaginar se o órgão da acusação (via de regra, o

---

²²⁷ A prescindibilidade do inquérito na formação da *opinio delicti* (art. 12, CPP) não infirma o raciocínio, mas apenas serve como regra geral, a comportar exceções.

²²⁸ Pois é prodrômica à sua consideração de *parte* no processo e tal procedimento de investigação tem a predisposição de determinar, ao futuro órgão acusador, se deverá aquele investigado vir a ser denunciado à justiça.

²²⁹ No Brasil, ver, por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²³⁰ Aury Lopes Júnior noticia a existência de doutrina que entendia que a única parte no processo penal não seria o acusado, mas o acusador, considerando que o acusado seria mero objeto do processo na medida em que, por se tratar – o processo penal – de desenvolvimento de função pública, parte só poderia ser o acusador, dada a imperiosidade de cumprimento do dever estatal de repressão penal e nada mais (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2).

Ministério Público, dada a prevalência adotada pela lei de iniciativa pública para a persecução penal em juízo) tem a posição de parte no processo penal. Daí se segue o estabelecimento do antagonismo de interesses necessário a determinar a aplicação e os limites da paridade de armas em processo penal, com destaques para a contraposição inicial de interesses entre acusador e acusado.

A fim de que se concatenem as ideias deste capítulo com as que a ele se seguirão, é preciso refletir sobre a natureza mesma do processo penal, dado que é o sistema adversarial que se amolda, dentre os modelos histórica e ideologicamente já consagrados de processo, com maior exatidão ao estudo da paridade de armas. Faz-se importante, pois, dizer por que se afasta da noção de processo como relação jurídica processual.

3.1. O processo penal: da relação jurídica à situação jurídica

Quer se imagine a decantada teoria geral do processo, quer se apegue às noções de direito processual civil, quer se enfoque a pesquisa no processo penal, é imprescindível, mesmo que não se vá ousar conceituar *o processo* (como relação jurídica, situação jurídica, instituição ou, modernamente, relação jurídica animada pelo contraditório), tratá-lo, ao menos, sob duas consagradas correntes: a da relação jurídica e a da situação jurídica. Isso se deve, metodologicamente, a duas razões.

A primeira delas é que, ainda que para que se possa construir a crítica, essas duas correntes foram responsáveis por edificar noções caras ao processo civil e ao processo penal. Cada uma das duas áreas jurídicas deve, hoje, muito aos estudos dos responsáveis pelas doutrinas da relação jurídica e da situação jurídica. A segunda razão é que já é tempo de, no Brasil, em assunção crítica ao espalhamento mercurial das lições da chamada *teoria geral do processo*,²³¹ abrirem-se os olhos às lições de autores que, privilegiando a doutrina de James Goldschmidt (situação jurídica), encaminham a análise do direito processual penal para ponto propício ao debate sobre a paridade de armas.

No plano do desenvolvimento das ideias, portanto, ainda sem o recorte específico do processo penal, deve-se a Oskar von Bülow, dentre tantas, a notável evolução na teoria geral do direito que concedeu ao processo a feição de uma relação jurídica. A importância

---

²³¹ Na primeira página da apresentação de *Persecução penal, prisão e liberdade* (São Paulo: Saraiva, 1980), Rogério Lauria Tucci considera o direito processual penal um “igualmente importante ramo da ciência processual, totalmente desarraigado de posicionamentos convencionais, adequados a uma *teoria geral do processo* que, com o tempo, para ele, fica sem razoável número de explicações plausíveis”.

das lições do autor, ditadas em 1868 na famosa obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* está no tratamento que, a partir dela, passou a ser dado às partes do processo.

Logo no início da conhecidíssima obra, dizia von Büllow:

Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*.²³²

O estudo do fenômeno processual (e é muito importante destacar a própria separação conceitual entre o *processo* e o *procedimento*) com base nos liames que unem seus sujeitos (entre si e perante o juiz) ganhou ares inéditos a partir da obra, que teve influência no moderno direito processual civil ocidental. O grande ponto de atenção, contudo, é que a tão difundida lição saltou do processo civil ao processo penal.

Com efeito, a partir da separação dos planos material e processual e da reflexão sobre a natureza dos vínculos a unir os sujeitos processuais (as *partes* e o *juiz*²³³), a teoria de von Büllow, além de edificar o desenvolvimento das ligações encadeadas entre os envolvidos na cena processual, foi, na linguagem de Aury Lopes Júnior, o “marco mais relevante para o estudo do conceito de partes”.²³⁴

De acordo com as palavras do professor gaúcho, foi por meio da teoria do processo (penal, inclusive) como relação jurídica que se passou a considerar o imputado não mais como mero objeto, mas como sujeito de direitos. Nos vínculos decorrentes da relação processual que mantinha com a parte acusadora, ele passou a poder pretender a tutela jurisdicional favorável. Com efeito, afirmar existir uma *relação jurídica* entre autor e réu no processo penal implica não mais tratar o último como objeto, mas sim como pretendente, ou seja, aspirante a uma tutela jurisdicional. Isso já foi um notável avanço.

A esse respeito, um confessado adepto de tal teoria – malgrado reconheça, na abordagem, ter sido ela imaginada para o campo do processo civil – lembra que,

---

²³² *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichstein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1.

²³³ Para aquele autor alemão, a tal relação jurídica é pública exatamente em função de o vínculo de reciprocidade não só unir as partes entre si, mas também garantir a cooperação das partes perante o Estado, vestido de juiz (*La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, cit., p. 2).

²³⁴ (Re)pensando o processo penal desde uma análise da sua natureza jurídica (ou quando finalmente vamos compreender a superação de Bülow por Goldschmidt). *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, jan./jun. 2008, p. 178.

ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas em que se vêem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um. Destarte, o acusado já não é mero objeto do processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricão do juiz.²³⁵

Segundo von Büllow, o processo poderia caracterizar-se como uma relação jurídica “progressiva que vai envolvendo as partes”²³⁶ desde a demanda até a obtenção da sentença final. Tal relação jurídica – que tem como premissa o “vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender alguma coisa, a que a outra é obrigada”²³⁷ – ampara-se na existência de obrigações e direitos recíprocos, no plano do processo.

Em passagem de conhecidos autores de teoria geral do processo, ensina-se:

é inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexó que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus.²³⁸

As mais profícuas contribuições ao conceito do processo (em sua acepção subjetiva) foram dadas pelos estudiosos do processo civil. Das linhas dos autores daquela área jurídica, a doutrina processual penal – e é provável que Vincenzo Manzini tenha sido seu precursor²³⁹ – acabou por encampá-las.

²³⁵ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 13.

²³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 45, rodapé n. 146. Do próprio Von Büllow, ver: *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichstein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 2-3.

²³⁷ *Ius et obligatio correlata sunt*, em lição atualizada por Del Vecchio e traduzida por Tucci (*Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159). Nas palavras de Tornaghi, “existe relação jurídica entre duas pessoas quando uma delas tem o direito de exigir algo da outra, a qual por sua vez tem o dever jurídico de fazer o exigido (ou quando alguém tem o poder de sujeitar outrem a sua vontade. [...] Os sujeitos da relação jurídica estão sempre em correlação: ao direito de um corresponde o dever do outro: ao poder de um, a sujeição do outro”. (*A relação processual penal*, cit., p. 52-53).

²³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 306. Na obra, uma página adiante, arrematam os autores que “a teoria dominante afirma a existência de obrigações e direitos subjetivos de natureza processual”.

²³⁹ Em passagem crítica, Ricardo Jacobsen Gloeckner, antecipando juízo de valor quanto à relação jurídica como impertinente ao processo penal porque propiciadora de autoritarismos, lembra que “não é à toa que Manzini a escolherá como a teoria que melhor explicará o processo penal. E aqui muito importante é a concepção que o processualista italiano detém do processo penal: trata-se, para ele, de um processo ‘a Parte unica’, que surge na relação entre Ministério Público e juiz, não produzindo efeitos alguns sobre o imputado”

Da perspectiva da divisão científica entre processo penal e processo civil, conquanto os influxos teóricos da última em muito sejam úteis àquela, é impossível deixar de mencionar Francesco Carnelutti. Em texto magistral, o autor comparou as áreas de direito penal, processo penal e processo civil a três irmãs que teriam como vínculo apenas a paternidade. Entre elas, o processo penal seria a *Cinderela*, e, se por um lado teria ligação de mesma coabitação com o direito penal (delito e pena são, nas palavras de Carnelutti, as duas faces da mesma moeda), por outro também sofreu notável influência do direito processual civil.²⁴⁰

Entre nós, dentre aqueles que criticaram a prevalência das lições de direito processual civil no processo penal como se isso significasse a construção da chamada *teoria geral do processo*, está Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Esse autor lembra que a teoria geral do processo civil,

a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais.²⁴¹

Dentre os processualistas civis que, em aberto cultivo à assim chamada teoria geral do processo, tratam do processo (continente) ligado à relação jurídica (conteúdo, seu lado subjetivo), está também Cândido Rangel Dinamarco, que, em *Instituições de direito processual civil*, decodifica os componentes estruturais do conceito. Assim, *relação* é vínculo, ligação entre dois elementos; ela é *jurídica*, por ser regida pelo direito e, portanto, implicar obrigatoriedade de condutas ou abstenções ou inevitabilidade de uma submissão; e *processual* porque se passa no processo. O conceito, conforme Dinamarco, une “*relação* (vínculo) *jurídica* (regida pelo direito) *processual* (que se passa no processo)” e, portanto, é o “sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo”.²⁴²

Como não é o propósito deste trabalho tratar dos pormenores da teoria de von Büllow, mas tão somente de sua difusão na seara processual penal, parece relevante

(*Uma nova teoria das nulidades...*, cit., p. 48). Tornaghi lembra que o autor peninsular chamou a teoria da relação processual transposta para o processo penal de *nossa teoria* (*A relação processual penal*, cit., p. 12). Pedro Aragonés Alonso sustenta que a adaptação da teoria da relação jurídica para o processo penal se deu pelas mãos de von Kries em 1892, seguidas pelas de Birkmeyer e von Hippel (*Instituciones de derecho procesal penal*. v. 1, 2. ed. Madrid: Gráficas Encinas, 1979, p. 53).

²⁴⁰ O próprio Carnelutti falava em *leading position* do direito processual civil em face do direito processual penal. Segundo ele, mais de 90% do processo penal sofria influências do direito processual civil (*Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís-Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960, p. 15-17).

²⁴¹ *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 118-119.

²⁴² *Instituições de direito processual civil*. v. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 201.

synthetizar que, da relação processual (pensada para o campo do processo civil, repita-se) exsurge a existência de direitos e deveres recíprocos (no processo, entre as partes, e de ambas – nitidamente com fins de cooperação – perante o Estado, representado pelo juiz). A partir disso pode-se avançar para nova perspectiva, pois parece ser criticável a opinião difundida segundo a qual “a teoria da relação processual, que surgiu com vista ao processo civil e na teoria deste foi desenvolvida, discutida e consolidada, tem igual validade para o direito processual penal ou trabalhista”.²⁴³

As principais inadequações da teoria do processo como, subjetivamente, uma relação jurídica são apresentadas por James Goldschmidt, que toma o processo como um conjunto de *situações jurídicas*.²⁴⁴ A virada crítica é, do ponto de vista do tratamento das partes no processo penal (e também da acomodação teórica num dos tais *sistemas processuais penais*, sobre o que se falará no próximo capítulo), fundamental e merece atenção.

Foi Goldschmidt quem, em 1925, na obra *O processo como situação jurídica*, combateu mais vivamente a dita concepção do processo como uma relação jurídica. As críticas ali encetadas foram repetidas, depois, ao processo penal em conferências ministradas na Universidade de Madrid, entre 1934 e 1935, e compendiadas na obra *Princípios gerais do processo penal*.²⁴⁵

Tanto a respeito da obra de 1925, que celebrizou as críticas de Goldschmidt a von Bülow (e que, portanto, repete a prevalência teórica do direito processual civil quando comparado com a *Cinderela* que era o processo penal), quanto a respeito das conferências de 1934 e 1935, o autor alemão faz uma analogia entre o processo e a guerra. Isso é particularmente importante ao modelo de processo penal adversarial, e é emblemático pensar sobre a igualdade de armas quando se imagina o processo como uma guerra,.

Disse Goldschmidt:

quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo

---

²⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 308.

²⁴⁴ Goldschmidt foi profícuo pensador, também, para o processo civil, como se vê de sua obra *Derecho procesal civil* (Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Ed. Labor, 1936).

²⁴⁵ Há edição brasileira e foi esta a consultada: *Princípios gerais do processo penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.²⁴⁶

Por isso, Aragonese Alonso refere-se à metáfora da guerra para dizer que, uma vez esta declarada, os direitos se encontram “na ponta da espada”.²⁴⁷

O paradigma para o estudo do processo é outro: é adversarial. É guiado pela defesa e pela acusação, isto é, pelos contendores, portadores de interesses antagônicos, e a ligação entre eles não se dá por vínculos obrigacionais (para com o juiz), mas ante o aproveitamento de *oportunidade* ou, como quer Aury Lopes Júnior, *chance*.

A partir da oportunidade ou chance, surgem, nas palavras de Goldschmidt, as *expectativas* (“de uma sentença favorável”) ou *perspectivas* (“de uma sentença desfavorável”). Nesse sentido, “as expectativas de uma sentença favorável dependem, geralmente, de um ato processual anterior da parte interessada, a qual obtém êxito. Pelo contrário, as expectativas de uma sentença desfavorável dependem sempre de tal ato processual pela parte interessada”.²⁴⁸

Em continuidade:²⁴⁹

a parte que se encontrar na situação de produzir por um ato uma vantagem processual tem uma possibilidade ou oportunidade ou oportunidade processual. Pelo contrário, quando a parte tiver de praticar um ato para evitar uma desvantagem processual, em última análise, para uma sentença desfavorável, lhe incumbe uma obrigação processual.²⁵⁰

²⁴⁶ *Princípios gerais do processo civil: teoria geral do processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 49.

²⁴⁷ A frase de Goldschmidt está em *Teoría general del proceso* (apud ALONSO, Pedro Aragonese, *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 57, rodapé n. 14).

²⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*, cit., p. 50. Aury Lopes Júnior lembra que “diante de uma *chance*, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva)” ((Re)pensando o processo penal desde uma análise da sua natureza jurídica..., cit., p. 184).

²⁴⁹ Ao que parece, quando o tradutor aludiu à *obrigação* processual, ele fazia referência à *carga*, dado inexistir, processualmente, a obrigação na teoria de Goldschmidt. Em *Derecho procesal civil*, Goldschmidt dizia: “A los litigantes como tales no les alcanza, en general, ninguna obligación de naturaleza procesal” (cit., p. 8). A propósito, para aqueles – como foi o caso de Eberhardt Schmidt – que seguiram a teoria de James Goldschmidt, “así como no hay deberes procesales específicos, tampoco se puede hablar de derechos de igual clase” (*Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal: comentario doctrinario de la ordenanza procesal penal y de la ley orgánica de los tribunales*. Trad. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, p. 36).

²⁵⁰ *Derecho procesal civil*, cit., p. 50. Aury Lopes Júnior lembra: “Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim *cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, conseqüentemente, uma sentença desfavorável. Tais atos se traduzem, essencialmente, na prova de suas afirmações” ((Re)pensando o processo penal desde uma análise da sua natureza jurídica..., cit., p. 184). Logo adiante, arremata: “a obrigação processual (carga) é tida como um imperativo do próprio interesse da parte, diante da qual não há um direito do adversário ou do Estado” (p. 185). Da mesma lição é Ricardo Jacobsen Gloeckner (*Uma nova teoria das nulidades...*, cit., p. 51 e 54).

Sendo inexistente a noção de obrigação jurídica (dado que não há como consequência do descumprimento uma sanção estatal imediata, mas sim um aumento de expectativa de decisão final desfavorável) das partes no processo²⁵¹, a construção feita pelo professor alemão é, para a defesa, a assunção de riscos (provada ou não sua alegação, efetuada ou não tal diligência, surge a expectativa de sentença favorável ou perspectiva de uma desfavorável) e, para a acusação, a desincumbência das cargas processuais (no processo penal, a carga é da acusação, toda ela; e à defesa restam os riscos do processo).

A doutrina da situação jurídica se apega ao aproveitamento das *chances*, das *oportunidades* do processo²⁵² com vistas à obtenção da decisão favorável da parte que melhor se valha de suas oportunidades. Assim, a chamada “situação jurídica” é “o estado de uma pessoa com respeito ao seu direito sob o ponto de vista da sentença judicial que se espera com fundamento nas leis”.²⁵³

Na concepção de James Goldschmidt não há tampouco um dever de cooperação das partes, dado que cada uma se aproveita – em situações processuais que desencadeiam expectativas ou perspectivas de sentença judicial favorável ou desfavorável – das chances de se desincumbir da *carga* ou assunção do *risco* do processo com vistas à obtenção de sentença final.²⁵⁴ No processo assim imaginado – isto é, em que as ligações das partes não

---

²⁵¹ É nesse sentido, também, a lição de Eberhardt Schmidt na contundente crítica que faz, aliás, à assimilação para o processo penal da doutrina processualista civil da relação jurídica. Além de dizer ser “muito duvidosa” a existência de tal relação no processo penal e de tomar a própria relação jurídica, no processo, como um “falso conceito”, o autor lembra que no processo penal, diferentemente do que se vê no processo civil, “El ministerio público puede ‘proceder’ a veces durante largo tiempo hasta que le es posible dirigir el procedimiento (el ‘proceso’) contra una persona determinada. Pero aún entonces es necesaria por lo común, una serie de actos procesales antes de que con la promoción de la acción el asunto sea llevado al tribunal. Pero el proceso penal comienza con las primeras medidas de persecución del ministerio público, practicadas incluso por la policía. Por esto es que la imagen utilizada para el proceso civil de las relaciones procesales bilaterales o trilaterales, no se acomoda al proceso penal como totalidad” (*Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal...*, cit., p. 37-38).

²⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando o processo penal desde uma análise da sua natureza jurídica..., cit., p. 184.

²⁵³ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*, cit., p. 51. No plano do processo civil, e com mais detalhes: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente ‘relaciones jurídicas’ (consideración ‘estática’ del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino ‘situaciones jurídicas’ (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada –, y las últimas – las cargas –, ‘imperativos del propio interés’, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, cit., p. 8). ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 53-54.

²⁵⁴ Mesmo Hélio Tornaghi, autor que entende que a doutrina da situação jurídica não seria incompatível com a da relação jurídica (*A relação processual penal*, cit., p. 11), sem mencionar Goldschmidt, privilegia seus

decorrem de relação jurídica (que pressupõe obrigações e deveres processuais, ainda que não entre as partes, mas ao menos entre elas e o juiz²⁵⁵), mas de um complexo de situações jurídicas (com aproveitamento de chances processuais em busca de decisão favorável) –, não há cooperação para a prolação de sentença.²⁵⁶

Os nexos que ligam uma parte à outra, diz Aragonese Alonso, “somente são expectativas ou perspectivas de uma sentença favorável ou desfavorável. Por isso há de se criar uma série de categorias específicas do mundo do processo, como são as de carga, dispensa de carga, possibilidade, etc.”.²⁵⁷ Conceber o processo como situação jurídica propicia, pois, modelo mais próximo do sistema adversarial (lembre-se que o próprio Goldschmidt assemelhou o processo a uma guerra) e, assim, do poder dispositivo de seu objeto por parte dos contendores, colocando-os como protagonistas do litígio, e não o juiz.

A lição que daí se extrai, nas palavras de Ricardo Jacobsen Gloeckner, é a de que

a teoria da situação jurídica permite e dá suporte teórico para a construção de um processo penal nos moldes do sistema adversarial. Sem a atuação onipresente do magistrado, herança da teoria da relação jurídica e cuja predileção pelo sustentáculo de um sistema criminal fundado sobre alicerces da ideologia da defesa social é notória, Goldschmidt percebe a

---

pontos de vista em passagens esparsas. É o que se vê, por exemplo, quando Tornagui diz que “desde o início ambas as partes estão no campo processual. E para as duas vigora o princípio: quem deixa de fazer uso das faculdades (das possibilidades de agir) que lhe pertencem, o faz em seu próprio risco. Pode não recuperar a possibilidade desprezada (a ação desprezada) e sofre então o prejuízo que teria podido evitar, o que a lei permite em consideração ao interesse do adversário no seguimento e término do processo” (p. 26). E ainda: “Realmente o uso por qualquer das partes de suas faculdades produz efeito sobre o adversário e a finalidade da atividade processual é a consecução desse efeito” (p. 27).

²⁵⁵ Pois fossem as ligações de obrigação entre as próprias partes, seria difícilimo escapar da dependência, ainda, do processo privado, da *litiscontestatio* romana (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, cit., p. 23).

²⁵⁶ Nota-se, aqui, importante distinção entre as ideias de Goldschmidt e as de Ada Pellegrini Grinover. A autora paulista, em muito influente artigo doutrinário que toca diretamente na *par condicio* – do que será tratado adiante –, toma como premissa da aplicação da igualdade processual o processo – a partir de lições de Claudio Faranda – como estrutura cooperatória. Assim, há “colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente” (Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 3). Ainda, para ver a concepção de Goldschmidt: SCHMIDT, Eberhardt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal...*, cit., p. 38.

²⁵⁷ Tradução livre de: “solamente son expectativas o perspectivas de una sentencia favorable o desfavorable. Por ello, han de crearse una serie de categorías específicas del mundo del proceso, como son las de carga, dispensa de carga, posibilidad, etc.” (*Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 56-57). É também de Aragonese Alonso a seguinte passagem elucidativa: “la expectativa de una ventaja procesal y, em ultimo término, de una sentencia favorable, la dispensa de una carga procesal, y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal constituyen los derechos en el sentido procesal de la palabra. En la realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra frances: ‘chances’” (*Proceso y derecho procesal*: introducción. Madrid: Aguilar, 1960, p. 190).

importância da dialética processual. E dentro de tal perspectiva fica fácil vislumbrar a maior adequação da teoria da situação jurídica aos moldes de um regime democrático.²⁵⁸

Não se dão, aqui, asas à pretensão de resenhar em detalhes as tantas e sucessivas²⁵⁹ teorias que pretenderam explicar o processo e, particularmente, o processo penal. Não só porque, como disse Montero Aroca, “processo é processo, carecendo de sentido toda referência a conceitos distintos”,²⁶⁰ como também porque a tentação poderia ser, no limite, pouco profícua, na medida em que se correria o sério risco de tentar encaixar o *processo* numa das categorias predefinidas (se relação jurídica, se situação jurídica, se, ainda, as mais antigas e já ultrapassadas concepções de processo como contrato ou quase-contrato e tantas outras).²⁶¹

Ainda que não se faça assim, segue-se, das duas teorias destacadas e aqui resumidamente estudadas, a da situação jurídica. Seu estudo parece adequado e útil a partir dos avisos de Pedro Aragonese Alonso,²⁶² Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner. Além disso, da extração dos pontos fundamentais da concepção goldschmidtiana pode-se chegar mais perto das noções de paridade de armas e de processo penal adversarial.²⁶³

²⁵⁸ *Uma nova teoria das nulidades...*, cit., p. 54.

²⁵⁹ Dentre tantas críticas que a teoria de Goldschmidt sofreu, as que tiveram mais eco foram as de Calamandrei (Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, parte 1, 1950, p. 23-51), que tomou a teoria como sociológica e cética, com risco inclusive de a concepção do processo como situação jurídica propiciar a degeneração da ciência processual ao sabor das estratégias dos litigantes. Mas foi o próprio Calamandrei que, em escrito posterior, tomou Goldschmidt por “um maestro do liberalismo processual”. No último artigo, o professor italiano não apenas enfocou a fertilidade das ideias de Goldschmidt a sistemas não-autoritários, ao contrário do processo inquisitivo, como também deixou de subscrever as críticas então feitas, na medida em que “la aleatorietà dell’esito finale, dipendente dal giuoco dialettico dell’attività nelle parti, non è da considerarsi una degenerazione patologica ed eccezionale. Che possa esser trascurata in una ricostruzione degli istituti processuali *secundum jus*, ma è próprio uma espressione essenziale e caratteristica del principio dispositivo, secondo il quale il giudice deve giudicare ‘*secundum allegata et probata*’”. E, repetidas vezes, enfatizou, na esteira da teoria de Goldschmidt, que “per aver giustizia non basta aver ragione, ma bisogna farla valere, cioè conoscere e saper manovrare la tecnica per farla valere” (Un maestro del liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VI, parte 1, 1951, p. 1-8).

²⁶⁰ *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1976, p. 191.

²⁶¹ JARDIM, Afrânio da Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 127, out./dez. 1984, p. 106.

²⁶² “El concepto de la situación jurídica forma la síntesis de la consideración abstracta, supuesto procesal, y de la concreta, supuesto material, del derecho judicial, a saber: reduce a un común denominador la exigencia abstracta del ciudadano, de que el Estado administre justicia y la concreta del titular, según el derecho material de que el Estado le otorgue protección jurídica mediante una sentencia favorable” (*Proceso y derecho procesal...*, cit., p. 192).

²⁶³ Que não é infensa a críticas. As principais delas e as reações que se seguiram, quer do próprio Goldschmidt, quer no tempo, de autores diversos, podem ser consultadas na obra de Ricardo Jacobsen Gloeckner (*Uma nova teoria das nulidades...*, cit., p. 63 e ss.).

Por isso aqui se toma posição da inexistência de (a) obrigações e deveres que, se existissem, qualificariam o liame entre as partes como relação processual,²⁶⁴ e de (b) dever cooperatório das partes para com o juiz a fim de se atingir sentença de mérito. Feito isso, passa-se a tratar especificamente das partes, como é objeto deste capítulo.

3.2. A parte e o terceiro em processo civil

É conhecida a lição de Cândido Rangel Dinamarco segundo a qual as partes são os sujeitos “interessados”²⁶⁵ da (por ele acatada) relação processual. Ainda para ele, e na decodificação do conceito genérico:

Dizem-se *interessados* porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. Elas participam dos combates inerentes a este e beneficiar-se-ão com seus efeitos substanciais diretos ou indiretos, ou os suportarão: a tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-se à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida).²⁶⁶

Na sequência, o professor desenvolve a exposição a partir da ligação dos envolvidos a uma dupla perspectiva: o fato de estar alguém envolvido na demanda e, mais do que isso, ali estar em razão de tentar satisfazer uma pretensão. A partir daí há o resgate

---

²⁶⁴ Aliás, a teoria da relação processual também não é acatada aqui porque, como lembra Eberhardt Schmidt: “Ver en el proceso penal una relación jurídica (procesal) es muy dudoso, como que aquí – en forma distinta que en el proceso civil, que comienza con la promoción de la acción e inmediatamente el tribunal y las partes se ponen en relación – sólo sucesivamente las partes entran al procedimiento. El ministerio público puede ‘proceder’ a veces durante largo tiempo hasta que le es posible dirigir el procedimiento (el ‘proceso’) contra una persona determinada. Pero aun entonces es necesaria por lo común, una serie de actos procesales antes de que con la promoción de la acción el asunto sea llevado al tribunal. Pero el proceso penal comienza con las primeras medidas de persecución del ministerio público, practicadas incluso por la policía. Por esto es que la imagen utilizada para el proceso civil de las relaciones procesales bilaterales o trilaterales, no se acomoda al proceso penal como totalidad” (*Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal...*, cit., p. 36).

²⁶⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. 2, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. Na mesma obra e na mesma página, prossegue o autor a construção do conceito com resgate na doutrina de Liebman, ao lembrar que partes seriam os “sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”. A própria adjetivação de *interessado* já motiva divisões doutrinárias. Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, nos *Comentários ao Código de Processo Civil*, entende que a mera menção ao simples *interessado* remete à ideia de jurisdição voluntária e, daí, à inexistência de pedidos que configurem as posições de autor e réu (*Comentários ao Código de Processo Civil, volume 1: do processo de conhecimento*, arts. 1º a 100. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84).

²⁶⁶ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 253. O raciocínio é retomado em *Fundamentos do direito processual civil moderno* (Tomo I, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000). Ali diz Dinamarco: “a realidade mostra que o interesse pessoal é sempre a mais eficiente mola da vida dos direitos e da sua efetividade. Quem vem a juízo postular ou resistir é movido pela aspiração ao bem da vida litigioso, seja para obê-lo (autor, demandante), seja para conservá-lo (réu, demandado)” (p. 125).

da noção *guerreira* do processo, repetida por Calamandrei: “as partes são os protagonistas de um verdadeiro duelo, em que cada qual tem o direito de golpear segundo as regras preestabelecidas com vista ao proveito desejado”.²⁶⁷

A técnica processual civil também separa os chamados conceitos *material* e *processual* de parte. Assim se tenta evitar tomar aquele que se sujeita ao contraditório instituído pela autoridade judicial como aquele que é titular de direito e obrigação (para seguir os ditames da teoria da relação processual) ou aquele que participa da divisão de chances e oportunidades no processo (para seguir a teoria da situação jurídica).

Desse modo, caso o sujeito que exerce no processo as atividades que se lhe atribuem com vistas à obtenção da sentença de mérito coincida com o titular do bem debatido, diz-se haver identidade entre a *parte em sentido processual* (o “sujeito do processo”, na linguagem de Humberto Theodoro Júnior²⁶⁸) e a *parte em sentido material* (o “sujeito da lide”, também na linguagem do professor mineiro).

Diz Athos Gusmão Carneiro, espelhado em ampla pesquisa bibliográfica, que conquanto os “clássicos” tratassem do conceito de parte a partir da relação de direito material, “as doutrinas atuais buscam o conceito de parte apenas *no processo*, não na relação substancial deduzida em juízo”.²⁶⁹

A construção do conceito de parte no processo, portanto, não decorre necessariamente da relação do sujeito para com o pretendido bem da vida, mas da lei – até porque é a lei processual civil que tradicionalmente diz se a legitimação *ad processum* é de natureza ordinária (defesa de interesse próprio em nome próprio) ou extraordinária (defesa de interesse alheio no nome próprio), assim como é ela própria que trata da substituição processual em suas várias possibilidades.

Daí que não importa a conexão entre a parte (processual) e o bem da vida – ainda que, via de regra no processo civil, coincidam ambas entre si – para que se tente atingir um conceito operativo de parte no processo civil. Disse Pontes de Miranda que “o conceito de parte é de direito formal, e de ordinário coincide, porém não precisa coincidir, com o de titular do direito na relação jurídica controvertida, ou com o de sujeito passivo dessa relação”.²⁷⁰

---

²⁶⁷ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 253.

²⁶⁸ *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 76.

²⁶⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4.

²⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I (arts. 1º-45). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 241.

Arruda Alvim, em passagem atual, lembra que o conceito de parte é “eminentemente processual, resultando da simples afirmação da ação. Decorre do fato da propositura da ação”.²⁷¹ Com isso se atinge, uma vez mais na linguagem de Dinamarco, salvo a não uniformidade doutrinária quanto à nomenclatura,²⁷² o chamado *conceito puro de parte*. Para o autor, não importa a relação de direito material, pois só conta a relação processual (vejam-se aqui, outra vez, os resquícios da *relação jurídica* designativa do lado subjetivo do processo): “ser parte no processo significa ser titular das faculdades, ônus, poderes e deveres inerentes à relação jurídica processual, em estado de sujeição ao juiz”.²⁷³

Em outros termos, “pouco importa, para a determinação do conceito de parte, se esses sujeitos debatem no processo direito que dizem ser seu, ou mesmo que se conclua que esse direito não existe. Não importa, em outros termos, para essa definição, que a parte seja legítima.”²⁷⁴ Dizia, a seu tempo, Pontes de Miranda, que parte é, “portanto, quem entra, como sujeito, ativo ou passivo, na relação jurídica processual. Partes são figurantes processuais; há partes que não são os sujeitos da relação jurídica, objeto do litígio.”²⁷⁵

Parte é, pois, quem pede a tutela jurisdicional (parte ativa; autor), ou aquele em face de quem a tutela é pedida (parte passiva, réu), independentemente da existência de direito material invocado por um ou outro lado. A noção se apegava pura e simplesmente ao processo: quem pede e em face de quem se pede. A propósito, Donaldo Armelin lembra que, justamente em razão de o conceito de parte depender do pedido da tutela jurisdicional e isso supor a petição inicial como “ato tipicamente processual”, o conceito de parte “é exclusivamente processual”.²⁷⁶

---

²⁷¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

²⁷² A esse respeito, além dos citados, ver: BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

²⁷³ *Instituições de direito processual civil*, v. II, cit., p. 255.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil...*, cit., p. 164. Nota-se certa divisão doutrinária na medida em que Dinamarco instituiu, no conceito de parte, a decorrência do exercício do contraditório, algo que é criticado por Scarpinella Bueno (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 3), por Marinoni e Arenhardt (*Curso de processo civil...*, cit., p. 163-164) e por Arruda Alvim, ainda que implicitamente (*Manual de direito processual civil...*, cit., p. 34-36), pois, ao tirar do conceito de parte a ligação com o contraditório, chega-se à noção mais restrita de parte no processo civil. De toda forma, do que não há discordância alguma é que o conceito de parte é eminentemente processual, desprendido do direito material, com o que se retorna a Dinamarco: “é metodologicamente legítimo asseverar que ‘a noção de parte é uma noção estritamente processualística’ – ou, em outras palavras, esse é um *conceito puro de parte*” (*Litisconsórcio*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25).

²⁷⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 242.

²⁷⁶ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 81.

É o que vem desde Giuseppe Chiovenda, no processo civil: “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.”²⁷⁷ No processo penal, pode-se dizer que parte é quem pede ou em face de quem se pede, sendo que ambas se interligam pelas situações jurídicas ditadas pelas chances que a lei atribui a cada uma das partes de se desincumbir de carga probatória (acusadora) ou riscos processuais (acusada). Ambas têm interesses iniciais contrapostos: obter provimento judicial que julgue procedente a demanda (parte acusadora); ou, ao contrário,²⁷⁸ obter sentença que julgue o pedido inicial improcedente.²⁷⁹

Avizinha-se disso – e fiquemos na construção do processo civil, que, como se verá, continua pertinente ao campo deste trabalho – a noção de terceiro tomada por Dinamarco, em rara beleza linguística, como “refração especular” da parte, uma vez que o conceito de quem seja “terceiro” constrói-se negativa e simetricamente ao de parte.²⁸⁰ Assim, é terceiro quem não se envolve – ou não se envolve *ainda* – na relação (ou situação) processual. Retomando Pontes de Miranda: quem não é – ou *ainda* não é – um “figurante processual”.

Nesse particular vê-se nova disputa doutrinária, pois, enquanto Dinamarco, forte na noção do apego ao contraditório instituído perante o juiz, entende que o *terceiro* que *intervém* no processo adquire a qualidade de *parte* justamente ao nele intervir,²⁸¹ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt asseveram que a *intervenção do terceiro* não o desnatura como tal e não o transforma, portanto, em *parte*.²⁸² Em posição intermediária,

---

²⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição. Trad. Por Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 278.

²⁷⁸ Sustenta Donald Armelin, com arrimo na doutrina de Liebman, que o direito de se defender não se confunde, no particular, com a legitimidade passiva no processo. Para ele, enquanto aquele decorre do objetivo de afastar do espectro dos direitos do réu as consequências de decisão desfavorável – e ali se admite, inclusive, o alerta a vícios da própria relação jurídico-processual para tanto –, a legitimidade passiva na causa, como decorrência do direito de ação, almeja atingir-se sentença de mérito favorável ao réu (*Legitimidade par agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 101-102).

²⁷⁹ No caso do Ministério Público a situação é especial: nos interesses por ele representados.

²⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18. É importante matizar, sem prejuízo da beleza linguística, que enquanto refração é fenômeno físico que implica mudança de direção da luz ou som pela mudança do meio em que se propaga, a noção de reflexão poderia melhor servir à ideia, dado que é o desvio que sofre o raio de luz ou som quando, no mesmo meio em que se propaga, encontra um obstáculo. Assim, enquanto a reflexão devolve a luz ao meio em que propagava, sem ultrapassá-lo, a refração é a passagem de luz por um obstáculo, acarretando-lhe desvio na propagação.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, cit., p. 18. Athos Gusmão Carneiro, aliás, trata da admissão como intervenção de terceiro para a aquisição da qualidade de parte (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 6).

²⁸² *Curso de processo civil...*, cit., p. 65.

a separar o tipo da *intervenção* e, daí, a aquisição da qualidade de parte, situam-se Cássio Scarpinella Bueno²⁸³ e Ovídio Baptista da Silva.²⁸⁴

Ressalvadas as particularidades de cada enfoque e tomando como exemplo pertinente a *assistência* como forma típica de intervenção de terceiros (até pelo fato de, no processo penal, inexistir *denúnciação da lide, oposição, nomeação à autoria* ou *chamamento ao processo*), o tratamento dado pela lei indica que é o interesse – o chamado interesse legitimante para atuar em prol de um dos envolvidos na demanda preexistente – que dá lugar à tal ampliação subjetiva da demanda.

É do *interesse jurídico*, pois, que decorre a admissão do terceiro no processo. Essa noção, a de *interesse* de atuação em prol do autor ou do réu (ou em face de ambos, como se sabe com a notícia da nomeação à autoria) no processo civil, pode ser um dentre tantos índices de quão polêmico é o tratamento das partes no processo penal, sobretudo a partir das lições de Giuseppe Sabatini. É que, em processo penal, como se diz amiúde, o acusador oficial não tem *interesse jurídico* próprio ou de titularidade de terceiro definido, mas puramente interesse objetivo e social, grassando, por isso, opinião que, entre outros argumentos, não o considera como *parte* no processo.

Conquanto a falibilidade do argumento seja fácil de provar – se não fosse *parte* não caberia, lógica ou juridicamente, a *assistência* ao Ministério Público na persecução penal, e, como se sabe tanto do plano jurídico quanto do lógico, o assistente assiste à *parte* principal, daí o órgão acusador ser *parte* –, provoca a evolução deste trabalho. Isso porque o processo penal não se constitui em processo unipartido, em que a única parte que defende *interesse* (no caso, interesse próprio) é o acusado. O interesse é o móvel da atividade processual das partes, seja de um lado – acusador –, seja do outro – acusado.

Fixada a noção da posição contraposta no processo, ainda que não necessariamente coincidente com os fatos da vida e com a ligação ao bem de direito material sobre o qual se controverte no processo, pode-se passar ao tratamento das partes em processo penal.

3.3. O conceito de parte em processo penal

Se, por um lado, os subsídios do direito processual civil auxiliam no tema quando transposto ao processo penal, por outro, permeiam-no demais dificuldades decorrentes da

---

²⁸³ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 12-13. Exemplo de terceiro que se torna parte vem da oposição; e de terceiro que nunca perde tal qualidade seria o da assistência.

²⁸⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 84.

distinta ligação inicial entre os envolvidos com vistas à obtenção da tutela jurisdicional. Afinal, em processo penal, há o arraigado princípio de obrigatoriedade da ação penal ligado à noção não menos consagrada de acusação oficial. Esta, por sua vez, é acompanhada da indisponibilidade do objeto do processo como dogma do processo penal.²⁸⁵

A premissa fundamental, como vem da doutrina de Giuseppe Guarneri e Giuseppe Sabatini, é a de que o conceito de parte no processo penal também se define a partir da perspectiva puramente processual.²⁸⁶ São partes – eis a lição, ainda, de Chiovenda – aquele que pede a tutela jurisdicional, de um lado, e aquele em face de quem ela é pedida, de outro; noutros termos, e também para o processo penal, o acusador e o acusado.²⁸⁷

Doutrina brasileira, não sem mencionar que se trata de conceito “de inegável índole chiovendiana”, pontua que a parte, no processo penal, é o “qualificativo irrogado às pessoas que pedem ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional”.²⁸⁸

Importa para o processo penal, como se assenta em doutrina amplamente majoritária,²⁸⁹ a noção de pedido inicial de tutela jurisdicional contraposto. Na linguagem

²⁸⁵ A ideia de indisponibilidade do objeto do processo, mesmo antes da notícia do PL nº 8.045/2010, já não era unanimemente celebrada. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, já em estudo do fim da década de 80 do século passado, não apenas lembrava que “a indisponibilidade, como se vê, não é total”, mas também tomava seu argumento (o da indisponibilidade) como “falacioso, pobre” (*A lide e o conteúdo do processo penal*, cit., p. 127).

²⁸⁶ Há quem, como Eberhardt Schmidt, negue peremptoriamente a existência do próprio conceito de parte no processo penal, notadamente diante do que entendeu aquele cultuado autor alemão ser a inexistência de qualquer poder dispositivo quanto ao objeto do processo (*Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. Castellana del Dr. Jose Manuel Nuñez. Córdoba: Lerner, 2006, p. 74). A doutrina evoluiu no sentido de não atrelar à noção de *parte* uma outra, afeta ao princípio da disposição do objeto do processo, que poderia configurar o chamado *processo de partes*. É o que diz Figueiredo Dias ao reconhecer a existência das *partes*, mas por não haver, segundo ele, no direito português, a liberdade de disposição do objeto do processo, um legítimo e autêntico *processo de partes* (*Processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 251-252).

²⁸⁷ GUARNERI, Giuseppe. *Le parti nel processo penale*. Milão: Fratelli Bocca, 1949, p. 23; SABATINI, Giuseppe. *Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*. v. 2. Napoli: Dott; Eugenio Jovene, 1943, p. 159.

²⁸⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 237-238 e rodapé n. 94.

²⁸⁹ Diz-se majoritária porque não se pode desconsiderar a lição de Sabatini, segundo quem o que qualifica a parte no processo não é a contraposição do interesse, mas a própria relação processual animada pelas sujeições e deveres (*Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*, cit., p. 159 e ss.). Justamente por isso o autor peninsular assume que: “La nozione di parte, come si è visto, non è in se stessa nè materiale nè formale, ma nozione “rapportuale” (p. 165). Na doutrina brasileira mais recente, também por discordar da própria existência do *interesse* em processo penal, Eugenio Pacelli de Oliveira nega não só semelhante construção teórica, como também a existência da chamada *pretensão punitiva* no sentido de o Estado poder exigir a subordinação de um interesse alheio ao próprio. Para o autor, a relação processual penal se estrutura a partir de um *dever estatal*, um *dever de ação*: “ao nosso juízo, e tal como ocorre com a jurisdição, em que se reconhece ao titular de um direito material alegadamente lesado ou ameaçado de lesão o direito à movimentação do Poder Público estatal (Judiciário) para a solução da situação controvertida, é de se reconhecer à comunidade, em geral, e ao ofendido (titular do bem jurídico em risco ou afetado), em

de Jorge de Figueiredo Dias – conquanto com ele não se concorde na particularidade do tratamento conferido ao Ministério Público, como se tratará a seguir –, as partes no processo penal são os

titulares de interesses contrapostos que no processo se discutem e se encontram concretamente em jogo; acusador e acusado serão então verdadeiros contendores, em cuja actividade processual se defrontam interesses opostos e cujos direitos processuais entram concretamente em conflito.²⁹⁰

No Brasil, é eloquente a doutrina de Frederico Marques segundo a qual “é um contra-senso sem nome falar-se em processo penal, sem que existam partes. Somente quem não compreende a função do processo na realização da atividade punitiva do Estado pode negar ao Ministério Público e ao réu a qualidade de partes”.²⁹¹ Daí por que se negar, com ênfase em Guarneri, o conceito que era então difundido por Manzini, extraído por Romano-Di Falco, de parte em sentido não processual, mas apenas e tão somente *formal*. A tal *parte formal* seria quem deduz a coisa em juízo e aquele contra quem se deduz a coisa em juízo, ou seja, aquele que pede ao juiz uma aplicação da lei em seu próprio interesse ou no interesse daquele a quem representa ou substitui, assim como também aquele contra quem se pede essa mesma aplicação.²⁹²

Tal perspectiva, entre nós seguida por Eduardo Espínola Filho,²⁹³ tem relevo para a discussão porque privilegia o tratamento de parte, notadamente no que tange ao órgão

---

particular, o *direito* de exigir do Estado a ação penal, quando pública, passando este a ocupar a posição de devedor, então, do endereçamento do caso penal à Justiça, para fins de aplicação das normas de Direito Penal” (*Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82-83 e 362-364).

²⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 245-246.

²⁹¹ *Elementos de direito processual penal*. v. II., 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2000, p. 40. Na doutrina mais moderna, consultar LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. II, cit., p. 1-5.

²⁹² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 5. É bem verdade que Frederico Marques, em *Elementos de direito processual penal* (v. 1, cit., p. 443-444), também tomou o Ministério Público como “parte em sentido formal”, mas quis ali se referir apenas e tão somente à sujeição à “relação processual”, complementado por parte em sentido material, “por representar do Estado na relação material entre este e o réu”. Tal opinião foi seguida por Antonio Magalhães Gomes Filho, que, em artigo doutrinário, ponderou que no processo penal a atividade do Ministério Público como parte tem duas características: “parte em sentido formal, como sujeito da relação processual, e também em sentido material, porquanto representa o Estado na relação jurídico-substancial entre este e o acusado” (Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro in Ministério Público. *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, n. 2 (El ministerio público), 1997, p. 150).

²⁹³ Malgrado tivesse o autor afirmado que o Ministério Público é parte na ação penal, foi dito que “só o é, entretanto, em aspecto formal, não perdendo o seu caráter de órgão do poder público, cujo interesse é unicamente a apuração rigorosa da verdade e a punição” (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 242).

acusador oficial e no que diz respeito à forma. Ainda assim, é imprecisa na perspectiva processual, pois não admite a contraposição de posições entre acusador e acusado perante o juiz, na medida em que entende que o órgão acusador age com imparcialidade por representar o Estado,²⁹⁴ *i.e.*, a sociedade.

É justamente com tal imparcialidade que contraria o conceito processual de parte que aqui não se concorda. A parte, por sê-lo, é parcial.²⁹⁵ Se é de imparcialidade que se cuida, pode-se até estar diante de um dos sujeitos processuais – exemplo do juiz –, mas não de uma parte. Não bastasse isso, Manzini parte da premissa de que, em processo penal, só se cuidaria de dois conceitos de parte: um formal (exterior) e outro material, “ontológico, intrínseco”.²⁹⁶ Trata-se, pois, de perspectiva dissonante da aqui adotada.

De resto, é também de Manzini o entendimento de que o Ministério Público, quando atua no processo penal mesmo que seja para deduzir a acusação, parte só é em sentido formal, já que nada pede em seu próprio nome. A atuação decorre de ser órgão do Estado no exercício da função pública para a atuação do direito objetivo.

Ora: ao se deduzir acusação em face do imputado não se pronuncia lado imparcial do Estado,²⁹⁷ e a própria criação do Ministério Público como órgão público e oficial da persecução penal atua como um proposital contraditor ao acusado.²⁹⁸ Daí por que repudiar a existência de processo penal como uma parte só (o imputado ou mesmo o acusador²⁹⁹),

---

²⁹⁴ GUARNERI, Giuseppe. *Le parti nel processo penale*, cit., p. 16.

²⁹⁵ Guarneri, em ao menos duas passagens, falava o que aqui se defende. A respeito disso, basta lembrar, de sua obra, que a parte acusadora é, por isso mesmo (ou seja: por ser acusadora), parcial (*Le parti nel processo penale*, cit., p. 145, rodapé n. 3, e p. 165). No Brasil, autores como Eugenio Pacelli de Oliveira sustentam que ao menos uma das partes no processo penal (o Ministério Público) seja imparcial (*Curso de processo penal*, cit., p. 364). Por outro lado, Giulio Ubertis lembra que tal raciocínio – a parte imparcial – chega a ser, até mesmo, um oxímoro (*Il processo penale: la verifica dell'accusa*. Bolonha: Il Mulino, 2008, p. 62).

²⁹⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, cit., p. 5.

²⁹⁷ O Estado, uma pessoa ou o ente que for, que queira, que tenha – para ficarmos presos a outro termo consagrado, a *pretensão* (ou o interesse) de punir alguém, o faz só porque já valorou a conduta, já disse que não concorda com ela e quer, portanto – no processo –, impor sanção. Nessa intencionalidade de punir, e para tanto operando com um de seus braços oficiais, nada, absolutamente nada, há de imparcial. E é estranho que o mesmo Estado seja o persecutor da punição e aquele que, aí sim com aura de imparcialidade, determine se ela será ou não cabível. O Estado que acusa, mas não o que julga, não tem absolutamente nada, nenhuma lágrima, de imparcial.

²⁹⁸ Guarneri e Dominioni tomam o Ministério Público como um “naturale contraddittore dell'imputato” (GUARNERI, Giuseppe. *Le parti nel processo penale*, cit., p. 17; DOMINIONI, Oreste. *Le parti nel processo penale: profili sistematici e problemi*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 14).

²⁹⁹ Tornaghi, além de lembrar quem admitisse que no processo penal nem existiriam partes (“o acusado não é parte mas sim meio de prova e o Ministério Público também não o é porque deve atuar também em favor do acusado, quando for o caso”), lembrou também aqueles que entendiam que a parte seria só o acusado, como Otto Mayer, ou mesmo, em importante nota de rodapé, tratou da difundida concepção de que Manzini teria propugnado por parte no processo como apenas o acusado quando, na verdade, queria dizer que o Ministério Público é parte “em sentido meramente formal” (*A relação processual penal*, cit., p. 161 e rodapé n. 36).

bem como a estrutura do processo penal não se baseia na bipolaridade das posições entre quem acusa e quem se defende da acusação.

Aliás, se Guarneri dizia ser “inaceitável” qualquer teoria que negasse a existência de partes contrapostas no processo penal,³⁰⁰ entre nós e em obra específica, Hédio Tornaghi chegou a, quando mencionou a concepção substancial do conceito de parte, tratar o processo penal como um processo de uma parte só (o acusado). Ainda assim, ao se debruçar sobre a difundida consagração do conceito processual de parte, reconheceu o professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro que partes no processo penal são duas e antagônicas: o acusador e o acusado.³⁰¹

Segue-se, pois, noção estritamente processual de parte³⁰² também no processo penal, inclusive porque, fosse para se reconhecer alguma coincidência entre a satisfação de interesse material e o processual, ambos só coincidiriam na titularidade do réu.³⁰³ Isso mostra a inutilidade da adoção de tal critério não só no processo civil, mas também no processo penal.

Assume-se no texto que se trata da paridade de armas quando se mira a atividade específica da *parte* no processo, e não a do *sujeito* do processo. É que, como se sabe, se o juiz é um terceiro imparcial na contenda que lhe é levada para decidir, ele se envolve na relação triangular como *sujeito*, mas não como parte.

É verdade que a exposição topográfica do Código de Processo Penal vigente dificulta a abordagem específica das partes no processo penal.³⁰⁴ E isso tem levado a doutrina a, sem maiores fundamentos, tratar os envolvidos no processo que não são partes ora como “sujeitos eventuais e secundários da relação processual”,³⁰⁵ ora como “sujeitos

³⁰⁰ *Le parti nel processo penale*, cit., p. 16. Vale mencionar, ainda, a exceção de Sabatini (*Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*, cit., p. 141-146).

³⁰¹ *A relação processual penal*, cit., p. 161-163. Como “partes em sentido processual” há, segundo Rogério Lauria Tucci, o Ministério Público e o acusado (*Teoria do direito processual penal...*, cit., p. 186).

³⁰² Teresa Armenta Deu também segue noção processual de parte no processo penal, mas formula conceito mais amplo, assim vazado: “quem atua no processo pedindo ao órgão jurisdicional uma resolução jurisdicional; e quem traz alegações, provas e material, assim como participa da contradição” (*Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 81, tradução nossa).

³⁰³ É Figueiredo Dias quem lembra da impertinência da transposição da “relação jurídico-penal em tudo análoga à relação jurídica privada” (*Processo penal*, cit., p. 242-243), até porque, se fosse para seguir a noção material de parte, a relação dar-se-ia não entre acusador e acusado, mas entre Estado e acusado, o que é impensável. O mesmo aviso crítico – mas em ponto de vista com o qual aqui não se concorda dado parecer que se estabelece relação entre vítima e autor do delito e não entre o *acusador* e o *acusado* – é feito por Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo penal*. v. 2, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 431).

³⁰⁴ No Título VIII do Livro I do Código vigente, prevê-se apenas e simplesmente o tratamento de “juiz, Ministério Público, acusado e defensor, assistentes e auxiliares da justiça”.

³⁰⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 289. Na obra, os autores separam os chamados “sujeitos

secundários ou acessórios”, tidos como aqueles que “intervêm em relações processuais incidentais em função de interesses de ordem não criminal”.³⁰⁶

Interessa a relação que antagoniza acusação e defesa, pois é aí que se situam as partes no processo penal. Mais do que a sujeição ao contraditório no processo (com o que, por um lado, agudizar-se-ia a dependência da noção das partes à bilateralidade da ciência dos atos do processo e, por outro, necessariamente se iria tomar como parte quem não formula pedido de tutela jurisdicional), importa o pedido e a reação, ambos com vistas à tutela jurisdicional no processo penal: quem o faz e em face de quem é feito.

3.4. O acusador

Historicamente superada a vingança privada, em que as partes materiais eram as partes também no sentido processual e competia ao ofendido deduzir a acusação, o Estado arrogou-se o monopólio³⁰⁷ (ou quase monopólio³⁰⁸) da acusação.

Viu-se, também pela resenha histórica brasileira, que paulatinamente se conquistou aqui a superação da persecução penal *ex officio*. Com isso se pode adiantar tema a ser tratado no próximo capítulo: a presença do acusador (notadamente oficial³⁰⁹) é indicativa da presença do sistema acusatório em processo penal. Eis, então, que ao menos uma de suas características nucleares se encontra representada: a separação entre o *acusar* e o *julgar*.

eventuais da relação processual” (quem prestou fiança em favor do preso, o terceiro prejudicado, o assistente de acusação) dos “sujeitos secundários da relação processual” (testemunhas, peritos, assistentes, tradutores, auxiliares da justiça).

³⁰⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, cit., p. 445. O professor entende que o ofendido e o terceiro prejudicado são partes em razão de incidentes de indenização civil; o fiador do réu pode ser sujeito se em jogo o incidente da fiança.

³⁰⁷ Rogério Lauria Tucci lembra que a fase da *accusatio* em Roma – que medeou basicamente o período republicano e decaiu junto com ele, quando se instaurou o principado em 27 a.C. – era caracterizada “justamente por se conceder a formulação da *acusação* a qualquer pessoa, tida, então, como representante do interesse público da coletividade” (*Persecução penal, prisão e liberdade*, cit., p. 63).

³⁰⁸ Dada a reminiscência, no sistema processual penal brasileiro, da ação penal privativa do ofendido – mesmo com fundamento constitucional, subsidiária da de iniciativa pública (art. 5º, LIX, da Constituição Federal, e art. 29 do Código de Processo Penal vigente). Outra vez se vê quão *parcial* é a atuação do Estado quando acusa alguém: se houver desídia de um de seus representantes, abre-se a porta para que o particular reassuma a *pretensão*, ou seja, para que mantenha vivo o *interesse* de punir alguém. Fosse a iniciativa da acusação oficial uma demonstração da imparcialidade do Estado, não haveria espaço para que o *interesse punitivo* se resguardasse com o *soldado de reserva*, que é o particular que entra em campo quando quem teria a aptidão para acusar não acusa indevidamente.

³⁰⁹ A acusação desenvolvida por órgão específico não é, contudo, essencial ao sistema acusatório. Disso dá exemplo Tourinho Filho, quer nas passagens acerca do sistema romano, quer, destacadamente, ao tratar do “tipo de processo penal” por ele vislumbrado (*Processo penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 78-81 e 88-89).

A acusação penal é, pois, em regra, tarefa oficial entregue a corpo de profissionais jurídicos para tanto habilitados. No Brasil, basta ver a atual dicção constitucional, que atribui ao Ministério Público a promoção, em caráter privativo, da ação penal pública (art. 129, I).³¹⁰

Tal como já visto, remanesce a exceção também constitucional da ação penal de iniciativa do ofendido subsidiária da de iniciativa pública (art. 5º, LIX), bem como as previsões esparsas espalhadas pela legislação infraconstitucional acerca das hipóteses em que se deduz a persecução penal em juízo a partir da propositura de queixa-crime (v.g. artigos 30 a 39 do Código de Processo Penal de 1941 e, no Código Penal vigente, a regra geral da publicidade da iniciativa da ação penal no artigo 100 e suas exceções, por exemplo, nos artigos 145 e 225, sem prejuízo de reminiscências também em leis esparsas, como é o caso da Lei nº 9.279/96, conforme seu artigo 199).

O acusador é quem dá início à demanda, quem propõe a ação penal e, portanto, sobre quem recai a integralidade da carga probatória. Ao iniciar a fase judicial da persecução penal – e é isso o que se liga à possibilidade jurídica do pedido no campo processual penal –, ele deduz pedido genérico de condenação. Não se requer, no processo penal de natureza condenatória,³¹¹ a procedência com pedido de condenação ao pagamento de multas, à desconstituição de atos ou até ao pedido declaratório, hipóteses todas plausíveis em processo civil. No processo penal, a procedência do pedido (ao menos nas ações penais de índole condenatória) sempre gera a condenação, com o juízo do cabimento, a partir daí – a ser modulado pelo sujeito processual que é o juiz –, dentre as penas previstas à hipótese, de qual a aplicada e em que medida.

---

³¹⁰ A configuração não foi sempre assim, e é útil evocar as lições de Canuto de Mendes de Almeida. Se por um lado o professor apontava uma “revigoração artificial” do poder público – dado “um dever cívico, mediante cominação de penalidades para os infratores, ou num dever de funcionários públicos, sob pena de responsabilidade civil e criminal. Estes funcionários, quando especializados, constituem corpos dos denominados representantes do ministério público” –, por outro lembrou que a primeira menção à acusação oficial necessária decorreu da já falada Lei nº 261, de 1841, e do regulamento n. 120, de 1842. De acordo com o artigo 222 do citado decreto, “nos casos em que ao promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acusação e todos os termos do processo, nos quais, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido”. Segundo Canuto, “a ação oficial deixou de ser supletiva da inércia dos particulares” (*Ação penal: análises e confrontos*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1938, p. 59 e 162-163).

³¹¹ Afinal, há tutelas distintas no processo penal, não necessariamente todas condenatórias. Pense-se, por exemplo, em *habeas corpus* que vise desconstituir determinada situação jurídica (indiciamento ou prisão cautelar); pense-se ainda em revisão criminal que tem o condão, também, declaratório-desconstitutivo. Ao se tratar, neste texto, de persecução penal e do antagonismo entre acusador e acusado, segue-se a regra geral de ações penais públicas condenatórias, correndo as exceções em cada explicação adiante.

A constatação empírica de o acusador público ou particular poder, ao fim da ação penal por ele movida, pleitear a absolvição do acusado não desqualifica a atividade processual como sendo de parte.³¹² O provimento final, aliás, não é dado *ex officio*, mas é resultado de atividade que demanda o pronunciamento judicial após o conhecimento das provas, isto é, dos argumentos e explorações sobre fatos levados ao contraditório e nele debatidos. Tal atividade é, necessariamente, uma atividade de parte.³¹³ Prova-o a perempção como causa extintiva de punibilidade decorrente do pedido de absolvição do querelante (ou do mero não pedido de condenação). E essa constatação não desnatura a atuação do acusador privado como parte.

Por ser comumente invocada uma dúplici atuação do acusador oficial no processo penal (Ministério Público) – a saber, a acusação e o zelo pela observância da lei –, é bom lembrar a pertinente lição de Tornaghi:

Pode acontecer que durante o processo o MP se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar, se entender que o réu é culpado. [...] não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o MP deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei. Mas essa é apenas uma de suas funções e não é a que ele tem como parte. Como tal, cabe-lhe promover a aplicação da lei penal ao acusado, persegui-lo, carrear para o processo todas as provas de sua culpa, chamar a atenção dos julgadores para as circunstâncias que possam onerá-lo, agravando a pena ou qualificando o crime.³¹⁴

A isso se liga distinta consideração: não é em virtude de se defender interesse próprio ou alheio – ou, quiçá, metaindividual – que se qualifica a atividade do autor da demanda como se de parte fosse.

---

³¹² De novo, a crítica de Jacinto de Miranda Coutinho: “Tanto que é incoerente e não recomendável solicitar-se a condenação na denúncia, sob pena de alterar-se a situação no curso do processo e, mais tarde, ter-se de voltar atrás, medida não muito fácil a alguns inseguros, sempre escondidos sob uma cortina de inflexibilidade, de rigidez. Todos sabem que não há demérito algum nisso; a grande maioria até confirma; mas não são todos a executá-lo na prática e, aquele pedido inicial de condenação, gerador de uma corrida aos elementos necessários para possibilitar a condenação, acaba condicionando o agente – que é órgão e, portanto, Estado, mas não deixa de ser pessoa – a não reconhecer, frente aos dispositivos legais, mormente aquele tradutor do *in dubio pro reo*, ser a melhor decisão a absolvição. Muito disso vem daquela mentalidade irreal e inaceitável de LEONE, copiada geralmente na nossa doutrina tradicional sem lhe podar os excessos, de que a acusação oficial (a única conhecida hoje, na Itália), em certa medida é cega, robótica, acusando até sem razão, porque essa é sua missão. Por sorte, mentes lúcidas transformaram – ainda sob resistência – o nosso Ministério Público em promotor de justiça” (*A lide e o conteúdo do processo penal*, cit., p. 133).

³¹³ Eventuais providimentos jurisdicionais dados *ex officio*, por natureza, são excepcionais à consideração da atividade de parte.

³¹⁴ *A relação processual penal*, cit., p. 171-172.

As questões afetas à representação processual e específicas da legitimidade ativa não se vinculam às do exercício da atividade de parte: se o Ministério Público oferecer denúncia em caso que se processa mediante queixa, a denúncia for recebida e, ao final, reconhecer-se que lhe falta a legitimidade ativa, parte, contudo, ele terá sido ao longo de todo o arco da ação penal. Ainda que, por hipótese, desconstitua-se a eventual sentença prolatada que não tenha percebido o grave equívoco da legitimidade, em apelação, o tribunal não poderá negar que, apesar de ser parte *ilegítima*, parte terá sido o Ministério Público. E assim o será por ter deduzido acusação em face de alguém.

Tem razão Maurício Zanoide de Moraes ao apontar, no processo penal, as distinções entre “parte processual”, “*legitimatío ad causam*” (enquanto a primeira se liga à posição no processo, a segunda refere-se ao poder dado a alguém para ocupar a tal posição) e, em suas palavras, “da combinação dessas duas concepções”, a noção de “parte legítima”, que

funde, em um só instituto, a necessidade estrutural de a pessoa atingível pelos efeitos da decisão figurar em um dos pólos processuais e, concomitantemente, para eficácia do processo, que aquela pessoa seja a legalmente autorizada a suportar os efeitos jurídicos da tutela requerida.³¹⁵

Outra vez, e para nos atermos à doutrina de Chiovenda trazida ao processo penal, diz-se que “são partes aquele que formula e aquele contra quem se formula a pretensão acusatória objeto do processo penal, segundo as formas previstas na norma processual penal e tendo como destinatário o órgão jurisdicional”.³¹⁶

É na situação processual e no antagonismo ditado pelas regras do processo – de um lado, quem imputa; de outro, quem reage à imputação –, insista-se, que se firmam os critérios para se dizer se o acusador público ou particular é parte. E isso suscita outro problema, a saber: a pressuposição de vantagem da parte acusadora – seja esta pública, como costuma ocorrer, ou privada, o que é cada vez mais raro. Coloca-se já a questão da paridade de armas, do que se tratará em pormenor adiante.

---

³¹⁵ *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal*, cit., p. 240. Se é certo, a propósito, que “a legitimidade, no processo, é eminentemente bilateral, de sorte que o autor está legitimado, em regra, para propor a ação contra aquele réu, e não contra outro” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 103), não menos correto é se pensar na *legitimidade* do Ministério Público, no processo penal de conhecimento, como legitimidade extraordinária. Aliás, calha a lição de Armelin nesse particular, dado que tal legitimação pode bem ser vista como a “outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis” (p. 122). De todo modo, porém, pelo que se vê, *legitimidade* é atributo que se estuda em conjunto com a atividade de *parte*.

³¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. II, cit., p. 5.

É difundida a ideia de que a parte acusadora representa o Estado na persecução penal. Daí por que, ora sob a convicção de fazer atuar a vontade da lei, ora sob a de fazer imperar (ou retornar) a paz social, ora sob a repetida concepção de buscar a verdade, estabelecem-se poderes coativos diversos, a variar entre cada sistema processual penal.³¹⁷

No Brasil, se houve o tempo em que o Ministério Público, como acusador, não passava de representação capitaneada no processo por pessoa indicada diretamente pelo Chefe do Poder Executivo e tinha atribuições contíguas às do Juiz de Direito (arts. 37 e ss. do Código de Processo Criminal de 1832), hoje a situação é muito diferente.

Atualmente repercute a ideia de poderes requisitórios do Ministério Público (Lei nº 8.625/93, art. 26; Lei Complementar nº 75/1993, art. 7º), assim como de poderes investigatórios em âmbito criminal (sobre o qual ainda não disse o plenário do Supremo Tribunal Federal, mas já com ele anuiu mais de uma vez por órgão fracionário³¹⁸).

Basta ver as seguintes atribuições: requerer medida de interceptação telefônica (Lei nº 9.296, art. 3º, II); requerer prisão preventiva (arts. 311 e ss., CPP); requisitar instauração de inquérito policial (art 5º, II, CPP); oferecer denúncia (arts. 40 e ss., CPP), aditá-la (art. 384, CPP) e aditar inclusive a queixa se entender ser o caso (art. 45, CPP); requerer medidas cautelares patrimoniais (sequestro, *ex vi* do art. 127, CPP e, em casos específicos, também o pedido de inscrição em hipoteca legal e o arresto de bens móveis, nos termos dos arts. 134 e 137, combinados com o art. 142, todos do CPP).

Logicamente, a atribuição de tais oportunidades processuais decorre da defesa do interesse coletivo e transindividual no processo penal, pois importa à sociedade que o Estado tenha meios tão eficazes quanto juridicamente possíveis para perseguir e punir os crimes e aqueles que os praticam. Justifica-se, portanto, que se impute ao órgão acusador o amplo leque de atribuições para que se deduza, em juízo, a acusação da melhor forma possível.

Daí se percebe, a partir da ocorrência do possível ato criminoso, que conquanto tecnicamente só se possa considerar existir parte com a propositura da demanda, as

---

³¹⁷ Para se ter ideia de quão problemática e difícil é a divisão de situações de vantagem no processo penal, basta lembrar o pensamento de Mauro Fonseca de Andrade, com o qual neste texto não se concorda. Aquele estudioso parte da premissa de que o cometimento do crime significa uma desigualdade de armas em prol do acusado. A partir disso, então, segundo ele, justifica-se uma desigualação de armas na investigação *a favor do Estado* para “neutralizar a vantagem inicial que o suposto criminoso possui em relação ao próprio Estado” (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 173).

³¹⁸ Ver, dentre os mais recentes precedentes do STF na matéria, o *HC* nº 93.930, julgado pela 2ª turma, de relatoria do Min. Gilmar Mendes. Ali há alentada pesquisa doutrinária tanto do relator quanto do Min. Celso de Mello, e vasta referência aos outros precedentes da Corte na matéria.

atribuições a quem irá exercitar a acusação são disponíveis mesmo antes da formalização da atividade processual. Afinal, na regra geral da oficialidade da ação penal, o destinatário das informações constantes de investigações preliminares quaisquer é o próprio Ministério Público.³¹⁹

Com isso é possível antecipar ponto problemático: os poderes típicos da parte acusadora existem antes que ela se formalize no processo, ou seja, são prodrômicos, existem antes mesmo que ela seja constituída como parte com a judicialização da demanda. Eis o que se vê amiúde, no caso brasileiro, com inquéritos policiais instaurados e fiscalizados por representantes do Ministério Público, procedimentos administrativos nos quais há inclusive pleitos de produção ora de medidas de busca de prova, ora de medidas cautelares pessoais ou patrimoniais.³²⁰

Se a paridade de armas tem justificativa não somente atrelada à formalização da atividade de parte no processo, mas também à ideia de decorrência da igualdade processual, ela incide desde antes de a atividade de parte formalizar-se. Assim, incide a partir do momento em que se qualifica o antagonismo dos interesses em jogo, ou seja, não só entre acusador e acusado, mas entre investigado e investigador e inclusive acusador. O resultado advindo das atividades prodrômicas de parte, antes da judicialização da demanda, podem justificar ou afastar a incoação da ação penal. Isto é: no momento em que se dá a atividade concreta de acusar alguém, de indicar alguém como alvo de investigação ou de medidas cautelares no curso da fase preliminar, há atividade (atípica, tendo em vista que formalmente inexistente acusação em juízo) de parte.

A paridade de armas, que seria mais bem implementada caso existisse o chamado processo de partes, deste prescinde, em alguma medida, porque se descola, ao menos no âmbito de uma de suas premissas, da dependência do início da fase judicial da persecução

---

³¹⁹ O que, a nosso sentir, enquanto não se desenvolver no plano do direito positivo e no das consequências práticas da investigação criminal a noção de paridade de armas, torna problemático o entendimento de inexistir, nos termos da Súmula nº 234, do STJ, impedimento ou suspeição do promotor de justiça que tenha participado da fase investigatória e venha, depois, a oferecer a denúncia. Ao fazer sua a investigação, o Ministério Público, antes do processo, não só se aproxima do lado investigativo típico de autoridades policiais (comporta-se quase como um dublê de delegado), mas também se antecipa no papel de parte do processo penal, visto que será o mesmo órgão a, no futuro, incoar ação penal. No plano da atuação bifronte (art. 257, CPP), aliás, é certo que tal atividade não é a de fiscal da lei, mas a de parte prodrômica.

³²⁰ Há um detalhe que se almeja estudar no decorrer deste trabalho: ao partirem pedidos de medidas cautelares ou outros, na investigação, do Ministério Público, não se questiona sua admissibilidade. De outro lado, a depender do pedido, em sendo o caso de ter partido do ofendido, tenha ele ou não sido o formulador do pedido de instauração do inquérito, costumeiramente se responde pela negativa diante do argumento apriorístico de que, por inexistir parte no inquérito, não se cogita de assistência. O argumento, à luz dos exercícios das atividades de parte, não tem sentido.

penal, dado que arranca os primeiros fundamentos da distribuição constitucional de oportunidades no processo em sentido lato.

Observados os limites lógicos e éticos do exercício da atividade acusatória e defensiva, contenta-se com a fixação dos papéis dos envolvidos, antes e depois de eles serem formalmente estabelecidos com seus respectivos interesses contrapostos.

3.4.1. O acusador público: Ministério Público e sua atuação bifronte no processo penal

É necessário insistir no tratamento do tema à luz do conceito estritamente processual, sem dar asas às variações de nomenclatura (parte formal, parte processual, parte material).³²¹ Marcellus Polastri tratou do tema no contexto brasileiro: o Ministério Público ostenta a qualidade de parte a depender “da fase ou ato a ser praticado”. Para o autor,

a posição do Ministério Público variará, acentuando-se às vezes a qualidade de parte e em outras a de *custos legis* ou fiscal das leis. Portanto, a identificação da natureza da qualidade da intervenção do *parquet* pressupõe a verificação da fase da persecução penal em que atue.³²²

Daí se poder constatar a atuação bifronte (ou híbrida, como quiseram Giulio Ubertis³²³ e Carlo Taormina³²⁴ para contexto no particular parecido com o brasileiro) do Ministério Público no processo penal não como alvissareiro, mas, na verdade, como problemático.³²⁵ Trata-se de algo que, de resto, decorre da previsão do artigo 257 do

³²¹ Denise Neves Abade sem explicar, ora utiliza o conceito do Ministério Público como “parte na relação jurídica processual” e ora como “parte material no processo penal” (*Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56-57). Eugenio Pacelli de Oliveira admite que a parte “processual” é a “posição processual” de alguém no processo, enquanto que a parte “material” é aquela que viria acompanhada de parcialidade nas manifestações de determinado sujeito (*Curso de processo penal*, cit., p. 365).

³²² LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4. ed. rev., atual. e acrescida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

³²³ Aquele autor reporta-se à distinção do Ministério Público, no regime processual penal italiano, como “colocação institucional e profissional” – ao que se liga sua aproximação com a magistratura e o dever de imparcialidade – e como “atividade de parte” no processo penal (*Il processo penale...*, cit, p. 62-63).

³²⁴ Falou o professor italiano de uma “ambigua organizzazione della funzione del pubblico ministero” (Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali. *La Giustizia Penale*, Roma, III, s. 7, a. 97, n. 8-9, ago.-set. 1992, p. 450).

³²⁵ Crítica parecida fazia Guarneri quando mirava o cenário do antigo Código Rocco. Ali, da divisão bipartite da atuação do Ministério Público, advogava o autor que o Ministério Público deveria ser investido na atividade de parte e nada mais (*Le parti nel processo penale*, cit., p. 149).

Código de Processo Penal vigente, que bifurca a atuação do Ministério Público: enquanto o inciso I prevê a promoção privativa da “ação penal pública, na forma estabelecida neste Código”, o inciso II determina a atuação com vistas a “fiscalizar a execução da lei”.

Se, por um lado, aqui se repete a lição de que um tipo de atuação não inibe o outro,³²⁶ por outro, a questão merece ser aprofundada. Afinal, conquanto organicamente se possa imaginar a convivência das duas atividades do Ministério Público no processo penal (a de parte e a de fiscal da lei³²⁷), funcionalmente e no desenvolvimento de cada situação processual, a defesa da atuação bifronte pode mostrar-se impossível ou pelo menos juridicamente inconveniente.³²⁸

No plano prático, é de se pensar na impossibilidade de atuação do mesmo órgão ora como titular da ação penal, ora como *custos legis* em ações penais de iniciativa pública. Da mesma forma, estranha-se a emissão de parecer em investigações em curso nas quais haja a atuação do mesmo órgão (Ministério Público) com antecipação de atos de acusação como requerimentos de medidas cautelares pessoais e patrimoniais.³²⁹

---

³²⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer o processo penal*, cit., p. 281 e ss.

³²⁷ Dupla função que, de resto, não há argumentos fortes o suficiente para negar ser exercida também pela parte contraposta: a defesa. No sentido do que aqui se expõe, ver: CASARA, Rubens R. R.. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 753.

³²⁸ Alberto Zacharias Toron pontuou que o Ministério Público não pode *falar por último* nem mesmo a título de oferecimento de parecer oral em tribunais, quando se quer convencer que o órgão acusador passa a apenas e tão somente atuar como se *custos legis* fosse (O contraditório nos tribunais e o Ministério Público. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 101), nem pelo Procurador de Justiça Rogério Schietti Machado Cruz (*Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 98), tampouco pelo Juiz Rubens Casara (A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro..., cit., p. 754). As críticas dos autores citados ainda não têm acolhida na jurisprudência, o que se pode perceber de acórdão do STJ, no *Habeas Corpus* nº 163.972, no qual os ministros da 6ª Turma seguiram entendimento da relatora, Min. Maria Thereza de Assis Moura, para entender que atuação do Ministério Público como *custos legis* não rende ensejo ao contraditório (acórdão publicado em 29 de novembro de 2010). O Supremo Tribunal Federal, de resto, no RHC nº 107.584, julgado pela 1ª Turma sob a relatoria do Min. Luiz Fux entendeu também que a dicotomia (entre parte e fiscal da lei) tem justificativas e que, por isso, “a atuação do Procurador de Justiça de São Paulo, como *custos legis*, após o oferecimento de contrarrazões ao recurso de apelação pelo Promotor de Justiça, não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório” (*DJe* 28.09.2011).

³²⁹ Note-se o exemplo de, em investigação preliminar, o Ministério Público requerer a suspensão do sigilo telefônico do investigado (art. 3º, Lei nº 9.296/96) e ser esse o meio de pesquisa de prova, se obtido sem decisão judicial fundamentada que tenha amparado a prova da materialidade para fins de denúncia. Nesse caso, não se vê razoabilidade em, tomando-se a denúncia como amparada em prova ilegítimamente obtida (art. 5º, LVI, CF), colher-se opinião do Ministério Público como fiscal da lei.

No plano da atividade de parte, pois, mesmo que se esforce para tratar o Ministério Público como parte imparcial – o que foi feito destacadamente por Carnelutti³³⁰ –, a contradição em termos não tem como ser menosprezada. Aliás, Rubens Casara ressalta que

a própria origem do Ministério Público, instituição essencial à justiça, que surgiu para afastar o órgão julgador das funções acusatórias e assim assegurar a imparcialidade da Agência Judicial, demonstra o desacerto daqueles que defendem que o órgão acusador ostenta a qualidade da imparcialidade. Se o Ministério Público surge para, num salto qualitativo, tornar o órgão julgador equidistante dos interesses em questão no caso penal, isto é, nasce para garantir a imparcialidade da Agência Judicial, como pretender que esse órgão, com a atribuição constitucional de acusar, também seja imparcial?³³¹

A esse respeito, justifica-se uma rápida digressão indicativa da evolução histórica do Ministério Público no Brasil, ao menos desde nosso primeiro Código de Processo Penal.

Se, por um lado, Magalhães Noronha lembra que o Ministério Público, tal como se delineou próximo ao que se conhece hoje, é instituição coetânea à República (Lei nº 1.030, de 14 de novembro de 1890),³³² por outro, não se pode perder de vista que aquela alvitrada “imparcialidade da parte” estava ligada à justificativa de, no passado, o Ministério Público integrar um ou mais de um dos Poderes de Estado.

Assim, enquanto na Constituição de 1891 o Procurador-Geral da República era “designado” pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º), na de 1934 imaginou-se o Ministério Público como órgão anômalo, incumbido da “cooperação nas atividades governamentais” (Capítulo VI da Constituição Federal daquele ano, arts. 95 a 98³³³). Em observação do contexto de 1934 é que Pontes de Miranda tomou o Ministério Público como “um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo”.³³⁴

---

³³⁰ Mettere il Pubblico Ministero al suo posto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VIII, parte 1, 1953, p. 257 e ss.

³³¹ CASARA, Rubens R. R. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado, cit., p. 753. No mesmo sentido crítico da aproximação – até figurativa, inclusive – entre Ministério Público e Magistratura, ver: TAORMINA, Carlo. Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali, cit., p. 451, último parágrafo.

³³² *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 133. Em sentido parecido, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, cit., p. 140.

³³³ Naquela Constituição, se de um lado se perpetuava a demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da República, equiparado, aliás, aos Ministros da Corte Suprema na forma da nomeação e nos vencimentos, para os chamados “membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam no juízo comum” já se previa a nomeação precedida por concurso e perda de cargos após sentença judicial ou processo administrativo com resguardo de ampla defesa (art. 95, § 3º).

³³⁴ *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*, cit., p. 407.

Na Constituição de 1937 repetia-se a inclusão do Procurador-Geral da República no paralelismo aos ministros do Supremo Tribunal Federal, de “livre nomeação e demissão do presidente da República” (art. 99), tendo sido observado em doutrina, outra vez, que a instituição estava “atrelada ao Executivo”.³³⁵ Com a Constituição de 1946 chegou-se a tratar do Ministério Público no capítulo dedicado ao Poder Judiciário (arts. 125 a 128). Aliás, por aquela razão, Walter Acosta disse que o “Ministério Público é uma instituição composta por agentes do Poder Executivo, que integram o Poder Judiciário, sem, entretanto, estar subordinados à hierarquia da magistratura”.³³⁶ Depois, na Constituição de 1967, posteriormente emendada em 1969, voltava-se a tratar do Ministério Público como mera seção inserida no Capítulo constitucional endereçado ao Poder Executivo (arts. 94 a 96).³³⁷

Daí que durante longo período, por inconcebível que hoje seja, o Ministério Público esteve alojado como braço ora do Poder Judiciário, ora do Executivo. Em outros termos, tal como expôs Hélio Tornaghi em obra acerca daquela época, “o Ministério Público é um traço de União entre o Poder Executivo e o Judiciário, é um representante do primeiro junto ao segundo”.³³⁸

É por isso, como lembra Magalhães Noronha, que o Ministério Público “no processo penal é parte, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão punitiva, que será proclamado pelo Juiz contra o acusado. Participa, pois, do Juízo – *actum trium personarum* – onde existem autor, réu e Juiz”; por outro lado, ele só é parte imparcial, visto que representa “o Estado-Administração, expõe ao Estado-Juiz a pretensão fundada no *jus puniendi*”.³³⁹

Com foco na atual colocação do Ministério Público a partir da dicção constitucional e no resgate na paridade de armas, é inviável a dupla atuação Ministerial no processo: uma como autor e outra como fiscal da lei. Há até perspectiva mais subjetiva de assimilação da (falsa) ideia de que o Ministério Público, dada a aura de imparcialidade, possa frequentemente ser visto como dotado da mesma razão que guia o raciocínio judicial.

³³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, cit., p. 141.

³³⁶ ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, interpretação gráfica*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1957, p. 95. Estranhamente, naquele contexto, como relata o autor, no Distrito Federal o cargo inicial da carreira do Ministério Público no Distrito Federal era o de defensor público, e se acedia ao cargo de promotor público por antiguidade e merecimento (p. 97, rodapé n. 78).

³³⁷ Antonio Magalhães Gomes Filho noticia que, na Constituição de 1967, atrelava-se o Ministério Público ao Judiciário; na de 1969, ao Executivo (Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, cit., p. 141).

³³⁸ *Instituições de processo penal*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 141.

³³⁹ *Curso de direito processual penal*, cit., p. 133.

Assim, “ao acreditar na imparcialidade do Ministério Público, desaparece a equidistância do Magistrado em relação às partes e, em consequência, a própria imparcialidade da Agência Judicial”.³⁴⁰

Ao mesmo tempo, avançando um pouco no que adiante se tratará, a própria atuação a título de *custos legis* deve desaparecer do contexto de ações penais que não sejam tipicamente de iniciativa privativa do ofendido. Daí a suposição da atuação do representante do órgão como *parte* e o conhecimento que os envolvidos levarão da questão aos órgãos jurisdicionais.

No processo penal acusatório, na medida em que a atividade de julgar se separa da de acusar, não tem sentido considerar o Ministério Público quer como *órgão da justiça*, quer como *auxiliar do juiz*. É salutar à noção complementar do processo acusatório que separar quem acusa de quem julga implica separar, também, quem *julga* de quem *acusa*, isto é: se a atividade judicial não pode travestir-se de acusadora, a recíproca também é verdadeira e, entre os órgãos auxiliares do juízo, não se inclui o Ministério Público.

De mais a mais, já se disse que o exercício da atividade de parte – e isso vale tanto para o Ministério Público quanto para o querelante nas ações penais movidas por iniciativa privada – supõe parcialidade.³⁴¹ A imparcialidade, mesmo na atividade de *custos legis*, não se coaduna com ligação, nos autos, de atividade em julgamento ou que tenha decorrido de ato praticado pela parte acusadora do mesmo órgão. É preciso evitar o resquício parcial na atividade de *custos legis* em ações penais que não sejam manejadas, privativamente, pelo ofendido. Afinal, se não há controvérsia quanto à atividade como *parte*,³⁴² no que tange à outra, como *custos legis*, corre-se o risco de prestigiar o antigo entendimento de que o órgão do Ministério Público poderia comportar-se como *órgão de justiça*,³⁴³ ou, na

³⁴⁰ CASARA, Rubens R. R. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado, cit., p. 746. A situação processual passa a ser – em franca desigualdade – a seguinte: de um lado, o juiz e o promotor portadores do mesmo ideal *imparcial* de representação do Estado contra o crime; de outro, o acusado da prática do crime que cumpre ao Estado punir.

³⁴¹ É bem verdade que Frederico Marques é mais cauteloso ao tratar disso e lembra que o que “caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo, e a contraposição à função de dirimir o conflito de interesses e julgar” (*Elementos de direito processual penal*, v. II, cit., p. 41). Carlo Taormina aponta: “*non esiste atto del pubblico ministero o della polizia giudiziaria che non nasca con una predisposizione ad assumere piena rilevanza probatoria*” (Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali, cit., p. 460).

³⁴² Tal como Tornaghi, Frederico Marques entende que não desnatura a atitude de parte a mera possibilidade de pedido de absolvição ou mesmo a não-interposição de recurso contra decisão absolutória (*Elementos de direito processual penal*, v. II, cit., p. 41-42).

³⁴³ Expressão, aliás, que, na lição de Mario Chiavario, não passa de um *slogan* que pode se prestar tanto a posicionamentos ditos democráticos, quanto aos conservadores ou reacionários no processo penal (Il Pubblico Ministero organo di giustizia? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão a. 14, n. 3, 1971, p. 718).

linguagem de Figueiredo Dias, “órgão de administração”, “com a particular função de colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito”.³⁴⁴

Lê-se com reservas a posição de Figueiredo Dias seguida por autores como Julio Maier³⁴⁵, porque não se segue a linha segundo a qual a atuação do Ministério Público no processo penal pode ser considerada como parte adjacente do Poder Judiciário.

A atuação do Ministério Público como órgão anexo ao Poder Judiciário para a persecução dos mesmos fins³⁴⁶ – ainda que aquilo que se denomina imparcialidade para os juízes seja referido como objetividade para os promotores – é desnecessária, tecnicamente equivocada (há previsões expressas, em qualquer ordenamento processual penal, de quem sejam os órgãos auxiliares do juízo) e, ao contrário do que se imagina, implica uma *capitis deminutio*: situa o Ministério Público como mero auxiliador de um sujeito processual que é o juiz.

Nas palavras de Frederico Marques, o pensamento aqui criticado mal esconde um “*bis in idem* de todo prescindível e inútil”. Para aquele processualista, no que parece ter razão, “no procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado”.³⁴⁷ E conforme afirma Tornaghi, o mesmo raciocínio não disfarçaria uma “inútil duplicação”.³⁴⁸

Além da duplicação sem razão de ser, parece haver por trás da defesa da atuação do Ministério Público como *custos legis* uma tentação de se atuar até mesmo como *amicus curiae*, algo que se desconhece no processo penal e que nem se justifica à luz da inespecificidade das matérias que reclamam tal atuação. Fosse para exsurgir daí a atividade do Ministério Público distinta da de parte, necessariamente se deveria admitir a intervenção de outros órgãos legitimados como *amicus*.

Defende-se, já a esta altura, o reconhecimento da atuação do Ministério Público no processo penal, típica³⁴⁹ ou precipuamente,³⁵⁰ como sendo de parte, e não como, adicionalmente, de tutor da fiscalização da aplicação da lei.³⁵¹

³⁴⁴ Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal, cit., p. 25-26.

³⁴⁵ *Derecho procesal penal II*: parte general: sujetos procesales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 581-582.

³⁴⁶ Opinião que foi, em alguma medida, prestigiada por Espínola Filho (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., p. 242).

³⁴⁷ *Elementos de direito processual penal*, v. II, cit., p. 41.

³⁴⁸ *A relação processual penal*, cit., p. 172.

³⁴⁹ O que de resto se vê no direito processual penal comparado, destacadamente o italiano (a esse respeito: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Milão: Cedam, 2008, p. 59), e também no processo penal peninsular (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*: profilo istituzionale. 3. ed. Turim: UTET, 2007, p. 12-13). Ainda: TAORMINA, Carlo. Il processo di parti di fronte

3.4.2. O acusador particular: o ofendido na ação penal de iniciativa privativa em sentido estrito e na ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública

Reminiscência de tempos do processo penal ditado por interesses particulares,³⁵² com a acusação privada se trata da outra parte acusadora: a particular, ora associada ao próprio ofendido, ora a quem lhe faça as vezes.

Mesmo que se note alguma distinção na matéria em âmbito doutrinário – enquanto Tornaghi não liga necessariamente o ofendido ao “sujeito passivo do crime”³⁵³, Tourinho diz exatamente que “ofendido, ou vítima é o sujeito passivo da infração penal”³⁵⁴ –, o fato é que, nas ações penais de iniciativa privativa do ofendido, abre-se campo a novo acusador: o acusador particular. Nas palavras de Tucci, a distinção mais notável dessa categoria perante a anterior repousa na diferença do critério subjetivo: “enquanto esta é movida pelo Ministério Público, naquela o titular da ação (*ação da parte*) é um particular, ou seja, o exercício do direito de agir e de acusar é transferido para o sujeito passivo do crime”.³⁵⁵

Para o presente trabalho importa que, com o exercício da ação penal por parte do ofendido (seja ação penal tipicamente de iniciativa privativa, seja subsidiária decorrente da inércia do órgão estatal), amplia-se o leque de chances processuais, dada a aquisição da qualidade de *parte* no processo. Parte acusadora, tanto quanto a oficial da qual anteriormente se falou.

Importa evidenciar, ainda, situações em que o exercício da acusação particular se mostra no processo penal, o que deve ser feito com a mesma atenção já indicada, ou seja, sem se apegar à forma da ação penal iniciada com a queixa-crime, mas sim ao conteúdo da determinação da atribuição de um fato criminoso a alguém.

al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali, cit., p. 460, último parágrafo. Claro que o alvitre indica a necessidade de, no Brasil, afastar-se a possibilidade de impedimento ou suspeição dos membros do Ministério Público, o que se vê da parte final do artigo 258 do Código em vigor.

³⁵⁰ É de Tornaghi a lição: “essa última [a função de acusar] é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado em forma contraditória” (*A relação processual penal*, cit., p. 171).

³⁵¹ Tampouco se acata a noção alargada de parte no processo penal do Ministério Público, ainda que na atuação processual penal, de “órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, da defesa de direitos individuais ou coletivos e da garantia do próprio contraditório penal” defendida por Denise Neves Abade (*Garantias do processo penal acusatório...*, cit., p. 65).

³⁵² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal...*, cit., p. 135.

³⁵³ *A relação processual penal*, cit., p. 178.

³⁵⁴ *Processo penal*, v. 2, cit., p. 438.

³⁵⁵ *Teoria do direito processual penal...*, cit., p. 133.

Cabe mencionar, a propósito: o requerimento de instauração do inquérito policial (art. 5º, II, CPP); todo e qualquer pedido que venha a ser formulado perante a autoridade policial na hipótese de inquérito policial existente (art. 14, CPP), nas formas típicas de ação penal privada (a privativa do ofendido, nos moldes do art. 30, CPP, e a subsidiária da pública, nos termos do art. 29, CPP); as aplicações específicas de institutos de perdão (art. 49, CPP) e renúncia (art. 50, CPP); os casos de perempção (art. 60, CPP); os requerimentos de medidas assecuratórias (sequestro, art. 127, CPP; especialização de hipoteca legal, art. 134, CPP; arresto, art. 137 e 142, CPP); o requerimento para a efetivação de busca e apreensão (art. 242, CPP); e mesmo o requerimento de decretação de medida de prisão preventiva (art. 311, CPP).³⁵⁶

3.5. O acusado

Com fidelidade às premissas de seu próprio trabalho, que são úteis a este texto, Guarneri, ao tratar do acusado, outra vez se socorreu de Chiovenda para lembrar que, se a parte é aquele contra quem se pede em juízo uma declaração de direito, o imputado é, indubitavelmente, parte no processo.³⁵⁷ O acusado é, na linguagem de Tourinho Filho, “o sujeito processual contra quem se pede a atuação do Direito Penal”.³⁵⁸

É o outro lado da moeda, na ligação polarizada e necessária³⁵⁹ que há com o acusador: ao acusador corresponde quem suporta a acusação; a acusação necessita do sujeito para imputar determinada conduta e, só assim, pedir a tutela jurisdicional. Afinal, não se acusa apenas *de algo*; acusa-se *alguém* de ter praticado ou deixado de praticar determinada conduta penalmente relevante. Acusado e acusador são os dois lados – iguais, na melhor medida do que se puder justificar – da relação processual penal (ou do conjunto de situações jurídicas havidas no processo).

---

³⁵⁶ Como aludido, há medidas de cautela no processo penal que são de titularidade exclusiva do Ministério Público, como a de requerimento de interceptação telefônica. Estranha-se a dessintonia da legitimidade para movê-las, dada a possibilidade de, em ação penal privativa do ofendido, a medida de busca de prova mostrar-se, também, necessária.

³⁵⁷ *Le parti nel processo penale*, cit., p. 177.

³⁵⁸ *Processo penal*, v. 2, cit., p. 443. Diz, a propósito, Donaldo Armelin: “A legitimidade passiva advém-lhe da circunstância de estar situada como obrigada, ou seja, no pólo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em juízo” (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 102).

³⁵⁹ Teresa Armenta Deu, nesse sentido, lembra que o imputado é a “parte passiva necessária frente a quem se exercita a ação penal e se dirige, em definitivo, o processo penal” (*Lecciones de derecho procesal penal*, cit., p. 91).

A propósito, Tornaghi lembra que o acusado é a chamada “parte fraca”, motivo pelo qual “as ordenações amantes da justiça procuram cercá-lo de todas as garantias”. Daí, ainda nas palavras do professor carioca, que “um Código de Processo Penal se faz, acima de tudo, para garantia do acusado”.³⁶⁰

Na oposição de interesses tutelados entre o acusador e o acusado é que se manifesta a pertinência do estudo do princípio da paridade de armas, pois ambos atuam no sentido de tentar convencer o magistrado do acerto das respectivas teses. É na polaridade da relação, pois, que se mostra não só a distribuição das chances e oportunidades processuais, mas, particularmente para a atividade de parte com vistas à paridade de armas, a possibilidade de convencimento do magistrado. Tratar disso supõe, como se fez com a acusação, efetuar uma distinção técnica entre as fases em que formalmente há um acusado no processo penal e aquela outra, preliminar, em que se cogita tão somente de investigado.

3.5.1. Acusado (sentido estrito) e imputado (sentido lato)

Com base na noção de parte como o lado ativo ou passivo da demanda – isto é, aquele que deduz a acusação em face de alguém ou aquele sobre quem a acusação recai –, no sentido estrito, só existe acusado uma vez definida a relação jurídica processual, com o recebimento da denúncia.

Na linguagem de Frederico Marques, “acusado ou réu é nome que toma a pessoa a quem se atribui a prática de crime ou contravenção, em denúncia, queixa ou portaria com que se instaura o procedimento penal perante autoridade investida de funções jurisdicionais”.³⁶¹ Só então é que se estabiliza o lado subjetivo (ativo e passivo) da causa penal.

Mas o conceito estrito de acusado em processo penal, tal como assim apresentado, na estrita ligação da atividade de parte com a característica da colocação como lado passivo da imputação,³⁶² não atende aos reclamos de se dar ao sujeito passivo da

---

³⁶⁰ *A relação processual penal*, cit., p. 181.

³⁶¹ A lição do professor ecoa, com a ressalva de inexistir, no Brasil, desde 1988, o procedimento judicialiforme (previsto no rito do antigo chamado processo sumário, artigos 531 a 540, do Código de Processo Penal, depois inteiramente reformulado pela Lei nº 11.719/2008) tido como o mencionado que se iniciava com portaria e corria perante autoridades que não os juízes. No sentido do texto, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, cit., p. 145.

³⁶² Vicente Greco Filho, seguidor dessa ligação direta entre parte e imputação, lembra que o “acusado é a pessoa natural, maior de 18 anos, a quem se imputa a prática de uma infração penal” (*Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237). A lição não nos parece exata. É possível alguém – pessoa

persecução penal todo o leque de garantias previstas constitucionalmente. E, para este trabalho, tal conceito tampouco justifica a incidência da paridade de armas na melhor maneira possível, como adiante se verá.

Dado que a acusação tem como núcleo essencial, conforme dito por Antonio Scarance Fernandes, a “atribuição de infração penal a alguém”, é preciso pensar nessa atribuição sob outro enfoque, qual seja, aquele calcado em juízo precário – e não endereçado ao juízo – da tal atribuição do suposto crime a alguém. Por isso é que se fala em imputação,³⁶³ que tecnicamente se diferencia do ato de acusar, não só em razão do destinatário do juízo (num caso, o juiz; no outro, a autoridade que preside investigação preliminar), mas, como se ensina, também devido à escalada de graus de certeza jurídica sobre a autoria de determinado delito.³⁶⁴

É por isso, ainda, que em processo penal se fala em acusado – com o que se remete à noção estrita já mencionada – e também em investigado ou, na linguagem do próprio código, indiciado (ex.: art. 6º, V, e art. 14, CPP). Enquanto à primeira palavra – *acusado* – reserva-se a ligação técnica à causa penal posta em juízo com denúncia ou queixa recebidas, às últimas se dirige o conceito de imputação, mais amplo do que o de acusado.

Com efeito, a persecução penal é movida em duas fases e se preveem garantias ao investigado não somente na dependência da instauração da chamada fase processual – aquela em que a demanda se formaliza com denúncia ou queixa –, mas também durante a fase que lhe antecede: a da investigação propriamente dita.

Se o próprio artigo 14 do Código de Processo Penal ainda vigente deporia contra o pensamento tão repetido quanto retrógrado de que “a fase de investigação desenvolve-se sem a participação da defesa”,³⁶⁵ só exagerado apego à fórmula possibilita fazer depender o exercício de atividade defensiva e reativa à carga da persecução penal à instauração da fase processual da persecução penal.

jurídica inclusive, como no caso de prática de eventual crime ambiental, nos termos da Lei nº 9.605/98 – sofrer a acusação, mesmo que depois se venha a dizer ter sido descabida, como no caso do inimputável e do menor de 18 anos. Aqui, o didatismo de Dinamarco parece ter pertinência, uma vez transposta a teratologia do exemplo do processo civil ao penal: “hipótese que chega a ser caricata, mas ilustra bem a distinção, é a da sogra que, desgostosa com o genro, propõe em face dele uma ação de separação judicial. Mas ela não é parte na sociedade conjugal que a sentença de separação viria a dissolver. Consequentemente, não é parte legítima. Mesmo assim, tendo tomado essa absurda iniciativa, *parte processual ela é* e como tal será tratada” (*Instituições de direito processual civil*, v. 2., cit., p. 254). Absurda denúncia oferecida em desfavor do inimputável, ou do adolescente? Sim. Mas, se forem, enquanto a situação perdurar, parte – manifestamente ilegítimas – terão sido.

³⁶³ *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105.

³⁶⁴ É esse o entendimento de Marta Saad, como se vê em *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 237.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 364.

É que há, como se sabe, preferencialmente na fase investigativa, não só variadas atividades que indicam estar o envolvido a sofrer já os efeitos da coação processual penal,³⁶⁶ como destacadamente medidas cautelares que indicam ser determinada pessoa o alvo de imputação a ser deduzida, em momento iminente, em juízo.

Assim se vê, por exemplo, com todas as medidas de cunho patrimonial – ora antecipatórias da reparação futura de dano, ora amparadas em *fumus comissi delicti* e *periculum in mora* sem a ligação com tal reparação. E também com medidas cautelares pessoais – em que, como exemplifica a prisão preventiva, reclamam-se indício “suficiente” de autoria (art. 312, CPP); com meios diversos de busca de prova (buscas e apreensões, quando se exige, por exemplo, “fundada suspeita” da ocultação de algo, cf. art. 240, § 2º, CPP; medidas de interceptação telefônica, nas quais se reclama presença de “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.296/96).

O exercício da atividade reativa à imputação em curso (atividade de imputado em sentido estrito, se após a ação penal iniciada, com a formalização de uma acusação) ou à carga já formulada em investigação preliminar (atividade de imputado em sentido lato, dado o cenário de mera investigação) não depende, portanto, do oferecimento da denúncia ou da queixa. E nem mesmo da declaração nos autos da formalização – privativa de ato da autoridade que preside a investigação preliminar – da situação jurídica, a partir de determinado momento procedimental, da situação de indiciado a alguém.

Daí ser elogiável a proposta então formulada pelo Professor Hélio Tornaghi, no Código de Processo Penal por ele projetado, da figura do *quase-acusado*. Ali, com o cuidado de, por um lado, evidenciar a inquisitividade da investigação (não se permitiriam atos de acusação ou de defesa, salvo aos pedidos que propiciassem “apuração objetiva, do fato ou da autoria” – art. 11), por outro, tratava, no artigo 78, parágrafo único, de

---

³⁶⁶ A persecução penal, seja na primeira, seja na segunda fase, contém atos de “coação processual penal”, que são, na linguagem de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, “os de restrições a direitos, praticados no interesse do processo, ou quanto ao asseguramento da instrução, ou quanto à garantia de possível e útil julgamento futuro, ou, ainda, quanto ao acautelamento da execução”. São eles, segundo o professor, os de coação pessoal física (do que é exemplo a prisão) ou psíquica (como prova a notificação), coação real física (apreensão) e psíquica (ordem de exibição), coação processual penal restritiva da inviolabilidade física da pessoa (busca) e coação processual penal de outros direitos (censura a correspondências e violação de segredos) (Breves notas em torno da coação processual penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Ciência penal*. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 108-109). A respeito da prevalência da instrução havida na fase tipicamente policial como fundamento decisório posterior, ver, em direito comparado, artigo de Manuel da Costa Andrade (Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Coords.). *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 529).

personagem equiparado ao acusado na medida em que viesse a sofrer “qualquer ato de coerção, real ou pessoal, antes da denúncia ou da queixa”.³⁶⁷

Mesmo que o Código de Processo Penal vigente não tenha sido tão claro a respeito do importante assunto, cabe lembrar que, além da ideia do professor carioca, em direito comparado há frutífero exemplo da equiparação da atividade de parte (logo, em suposição de demanda posta em juízo) à primeira fase da persecução penal (logo, tipicamente investigativa), sobretudo com o Código de Processo Penal italiano.

Dizia o autor que, nos casos de *quase-acusado* ou, como constou em *A relação processual penal, quase imputatus*, “a relação processual só existe *pro reo*. Em outras palavras: é para auferir as vantagens de sujeito da relação jurídica que lhe é atribuída a qualidade de acusado”.³⁶⁸

No vigente Código de Processo Penal italiano (Decreto nº 447, de 22 de setembro de 1988), conforme se vê do artigo 61, equiparam-se os “direitos e garantias do imputado” à pessoa que é colocada na investigação preliminar. E isso é explicado por Ubertis no sentido de que, conquanto se pudesse até falar que alguém é *imputado* de uma prática criminosa quando se fixa o objeto do acerto penal (isto é, quando se oferece a denúncia), é necessário salvaguardar o direito de defesa ainda na fase preliminar ao que na Itália se denomina *indagato*.³⁶⁹

Imputado no processo penal, conforme a noção ampla que se segue, é, pois, quem sofre a imputação propriamente dita e vertida na narrativa na denúncia ou na queixa (sentido restrito, daí ser *acusado* formalmente da prática de determinada infração, como se comunica ao juízo), ou quem, na fase preliminar, sofre a imputação a ela direcionada, quer com medidas investigativas despidas de cautelaridade (ex.: determinação de indiciamento), quer com medidas de busca de prova (buscas, apreensões, interceptações), quer com medidas cautelares pessoais ou reais (sentido amplo, que engloba a noção, estrita, de investigado e de indiciado, pois as duas figuras tecnicamente só existem na primeira fase da persecução penal).

A esse respeito, Scarance tem razão ao afirmar:

---

³⁶⁷ Dizia Tornaghi: “quando o indiciado sofre restrição de um bem jurídico (liberdade, patrimônio ou outro qualquer), a lei lhe permite defendê-lo desde logo, equiparando-o assim ao acusado para esse efeito” (*A relação processual penal*, cit., p. 185). Discordou do professor, por entender que a construção conceitual da acusação é algo a se atingir a partir da escalada de graus de certeza jurídica a ligar um autor a um fato, Marta Saad (*O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 237).

³⁶⁸ *A relação processual penal*, cit., p. 186.

³⁶⁹ UBERTIS, Giulio. *Il processo penale...*, cit., p. 64-65.

antes da acusação formal, pode haver juízo idêntico, atribuindo-se a pessoa determinada a responsabilidade pelo fato apurado e sujeitando-a a restrições, às vezes graves como a prisão. Não há sentido em se limitar a imputação à fase processual, sendo de máxima importância, em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa. Por isso, é essencial que se trabalhe com conceito ampliado de imputação e se admita haver imputado (indiciado, investigado), com direitos e deveres, desde a fase de investigação.³⁷⁰

3.6. Intervenção de terceiro no processo penal: o assistente da acusação

O terceiro, enquanto não *intervém* no feito pendente, *parte* não é. Todavia, na medida em que tal se dá, ele pode tornar-se *parte*; disso depende a possibilidade que a lei lhe concede de pedir em juízo ou, ao contrário, de sofrer o efeito da sujeição passiva na causa. Trata-se aí, portanto, de conceitos mais que especulares: conforme indica a passagem de Dinamarco, tais conceitos são antitéticos pelo menos na medida em que *terceiro*, enquanto não *intervém*, *parte* não é.

A intervenção que se conhece em processo penal é a da assistência à acusação, intervenção espontânea de terceiro³⁷¹ que foi equiparada por Frederico Marques ao litisconsórcio previsto no antigo Código de Processo Civil de 1939³⁷² e, com maior especificidade, tomada por Hélio Tornaghi como “assistência litisconsorcial” dado que a intervenção se dá *ad coadjuvandum tantum*.³⁷³ Aqui, concorda-se parcialmente com Tornaghi.³⁷⁴

Em primeiro lugar, o posicionamento de Frederico Marques baseia-se na equiparação que o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de

---

³⁷⁰ *Reação defensiva à imputação*, cit., p. 104. Vale mencionar, ainda na esteira do que prega o autor, que “nem sempre o juízo de imputação externa-se por ato certo e determinado, podendo na investigação mostrar-se pela maneira como a pessoa suspeita é tratada em várias manifestações da autoridade policial” (p. 102). Assim, é a constatação empírica (ex.: se fulano é *alvo* de interceptação telefônica, se em desfavor de sicrano pende medida de prisão cautelar), e não a forma com que a investigação se apresenta – uma vez que pode, eventualmente, camuflar atos de imputação por trás da não ostentatória documentação de tal juízo de valor –, o que indica a existência de ato de imputação. É o que pensa, também, Marta Saad (*O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 261-265).

³⁷¹ XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel. A assistência no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 12, 1966. O autor entendeu, no artigo doutrinário, que, “como forma de intervenção de terceiros, a assistência no processo civil não discrepa fundamentalmente da assistência no processo penal” (p. 91).

³⁷² *Elementos de direito processual penal*, v. II, cit., p. 304.

³⁷³ *A relação processual penal*, cit., p. 175.

³⁷⁴ O assistente da acusação não é nem uma coisa, nem outra: nem litisconsorte, tampouco assistente litisconsorcial. A assistência é *simples*.

setembro de 1939), em seu artigo 93, fazia entre assistente e litisconsorte.³⁷⁵ Tal diferença deixou de existir com o Código de Processo Civil de 1973, o qual, conquanto tenha tratado de ambas as figuras num mesmo capítulo (Livro I, Capítulo V), sobre elas discorreu em seções distintas (ao litisconsórcio foi reservada a seção I, arts. 46 a 49; à assistência, a seção II, arts. 50 a 54).

A técnica do direito processual civil justificou a separação dos institutos também porque no litisconsórcio há “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”, ou mesma raiz fática ou jurídica da existência dos direitos, conexão entre causas ou, ainda, “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito” (art. 46). Daí que se no litisconsórcio há cumulação de partes no exercício de atividade principal no processo, isso é impensável na assistência.

Com efeito, quer na assistência simples (art. 50), quer na litisconsorcial (art. 52), o assistente *assiste* à parte *principal*. Ele é, pois, coadjuvante da relação processual (e se está a utilizar a terminologia do processo civil, dada sua consagração naquele âmbito) já instaurada, mas não ampliada com a intervenção na lide (civil) pendente.

A doutrina do processo civil, uma vez mais, auxilia na compreensão da assistência, mesmo que para o processo penal. É que, nas lições de Dinamarco,

a admissibilidade do litisconsórcio pressupõe a legitimidade de cada um dos colitigantes (ou de todos, conjuntamente, quando se trata de litisconsórcio necessário), o que não passa de elementar imposição da regra geral de legitimidade *ad causam* contida no art. 6º do Código de Processo Civil.³⁷⁶

Numa palavra: só é litisconsorte quem tem *legitimidade* para atuar como *parte* no processo.

Ora, o raciocínio levado ao processo penal induz a rechaçar a visão da assistência como algo equiparável ao litisconsórcio, até porque a intervenção só cabe em *ação pública* e por quem não teria legitimação para movê-la, visto que é de atribuição de legitimidade privativa do Ministério Público (art. 129, I, CF). Não há possibilidade para ampliação da legitimidade ativa na causa penal e, devido a esse motivo, não se pode cogitar da atuação assistencial à acusadora como equiparada à de parte.

---

³⁷⁵ Art. 93: “Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte”.

³⁷⁶ *Litisconsórcio*, cit., p. 50. Rigorosamente no mesmo sentido, na doutrina processual civil, vão Cássio Scarpinella Bueno (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 161-163) e Athos Gusmão Carneiro (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 195-196).

Por isso é que se deve dar razão parcial a Tornaghi, no sentido de que a *assistência* no processo penal não se confunde e nem se aproxima do *litisconsórcio*. Na verdade, o litisconsórcio – litisconsórcio “necessário”, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho³⁷⁷ – no processo penal apenas existe na hipótese do artigo 29 do Código de Processo vigente. Só há litisconsórcio (e ele será necessário), então, em ação penal de iniciativa privada subsidiária da de iniciativa pública na medida em que se faculta ao Ministério Público não só “aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva”, mas, destacadamente, “retomar a ação como parte principal”.³⁷⁸

Daí ser fundamental, mais uma vez, trabalhar com a noção processual da parte: o conceito é descolado da pretensão material ou, em outras palavras, da proximidade concreta entre a conduta imputada e o pedido feito em juízo.³⁷⁹ Isso é perceptível do lado ativo da ação penal em que, como já se viu, sendo a ação penal de iniciativa do ofendido ou de iniciativa pública, não se cogita de dependência da relação material com o delito para a provocação da jurisdição. Os casos remanescentes de ação penal tipicamente de iniciativa privada são exceções que confirmam a regra aqui repetida.

E, diversamente do plano processual civil, no qual a legitimidade ativa é tratada em seu aspecto eminentemente processual com vistas aos interesses em questão,³⁸⁰ no processo penal, a orientação à legitimidade da ação é constitucional: a regra é a titularidade exclusiva do Ministério Público (art. 129, I).

³⁷⁷ Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, cit., p. 151.

³⁷⁸ O tratamento legislativo dado a tal comportamento do Ministério Público auxilia a reforçar a conclusão de que o órgão não tem como atuar como bicéfalo no processo penal: ao (re)assumir a titularidade da ação penal – que sempre foi de seu exercício privativo, mas apenas manejada pelo ofendido diante da irrazoada inação inicial – como parte, não há sentido em supor que, até o momento da retomada da titularidade da ação penal o órgão atuasse como *custos legis* e, a partir do evento provocado pelo ofendido, devesse atuar, só por isso, como *parte*. O Ministério Público é parte. *Parte* inativa que foi, retoma o feito como decorrência do natural exercício da função constitucional de acusar. Ao que parece, ainda e por isso, de *litisconsórcio*, estranhamente, poder-se-ia cogitar apenas e tão somente na hipótese de aditamento da queixa (art. 29, CPP). As demais ali previstas (repudiar, oferecer denúncia, fornecer elementos de prova, interpor recurso e reassunção como parte principal) ora são ininteligíveis (O que vem a ser um *repúdio* a uma queixa por parte do autor da ação penal pública? Que consequência processual tem tal manifestação? O que cabe ao juiz decidir, se for este o caso?), ora são naturais decorrências da substituição do polo ativo da ação penal.

³⁷⁹ A respeito disso, diz Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “O Ministério Público não é o titular do direito de punir, que pertence ao Estado. Ao Ministério Público foi conferido, apenas, a titularidade ou legitimidade para a propositura da ação penal. Tal poder, porém, decorre simplesmente da lei, independentemente da titularidade do ‘direito material’ debatido em juízo, no caso, o ‘direito de punir’. Assim, somente no sentido de ser o titular da pretensão processual posta em juízo, é que se pode considerar o Ministério Público um ‘legitimado ordinário’” (Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental, cit., p. 138-139).

³⁸⁰ Basta lembrar, na evolução da doutrina correlata, de noções como *representatividade adequada* e das diversas e sempre mais variadas situações previstas em leis esparsas de legitimação extraordinária no campo do direito processual civil.

Via de consequência, o raciocínio do direito processual civil que admite a bifurcação da modalidade assistencial (simples ou litisconsorcial) não pode aplicar-se ao processo penal. A lição fala demais: na hipótese de assistência litisconsorcial, o assistente

pode afrontar a vontade do assistido, recorrendo quando este não quer o recurso, provando quando este dispensa a prova, excepcionando o foro ou o juiz quando ele aceita a competência ou considera ausente qualquer causa de suspeição ou impedimento. Além disso, limitados ficam aqueles poderes de disposição da parte principal referidos no art. 53 (reconhecimento, transação, renúncia, desistência), os quais dependerão do concurso da vontade do assistente litisconsorcial para que tenham eficácia os atos dispositivos.³⁸¹

É incogitável a distinção das figuras da assistência à acusação no processo penal, porque a titularidade da ação penal pública decorre não da técnica processual (o que se dá no âmbito do direito processual civil), mas da constitucional, que a atribui em caráter de privatividade ao Estado, representado no plano processual pelo Ministério Público. Não há espaço, pois, para exercício da ação penal ou decorrências dela (ex.: interposição de recursos, pedido de aplicação de medidas cautelares) exclusivamente por parte do assistente ou, ao contrário, do posicionamento do órgão assistido.

E por essa razão é que, como já adiantado, concorda-se, mas apenas em parte, com Tornaghi.

Adotada a premissa, na atividade de assistência simples no processo penal, nota-se que, em doutrina, ora se aponta o motivo da intervenção no auxílio ao Ministério Público como parte principal (posição de Tornaghi,³⁸² Frederico Marques³⁸³ e Espínola³⁸⁴), ora se indica estar o móvel na garantia de indenização do dano *ex delicto* (firme posição de Tourinho Filho³⁸⁵), ora, ainda, nas duas situações conjuntamente (lição de Vicente Greco Filho³⁸⁶).

Há ainda outra posição, que não é a seguida aqui, segundo a qual a razão da assistência à acusação no processo penal estaria, dado ser a atuação como *custos legis*, em

---

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 61.

³⁸² Parte “legítima na ação pública” é, para o autor, o Ministério Público. O assistente é interveniente *ad adjuvandum tantum* (*A relação processual penal*, cit., p. 175).

³⁸³ *Elementos de direito processual penal*, v. II, cit., p. 304.

³⁸⁴ *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., p. 269.

³⁸⁵ *Processo penal*, v. 2, cit., p. 498.

³⁸⁶ *Manual de processo penal*, cit., p. 241.

função da particular perspectiva da pretensão civil trazida ao processo penal,³⁸⁷ com o que a intervenção teria justificativa no plano da igualdade de armas entre acusado e acusador.

Como se adota perspectiva abstrata do tratamento do assistente no processo penal como coadjuvante do acusador oficial, tal processo não cuida do interesse remoto do assistente, seja a reparação civil, seja a higidez da prestação jurisdicional. Isso se dá mormente porque, a se admitir a segunda hipótese, o assistente do Ministério Público comportar-se-ia como sujeito desinteressado em auxílio a sujeito interessado, o que não teria sentido.³⁸⁸

Ora, quem assiste àquele que representa a titularidade do exercício do poder de punir alguém não tem outro móvel senão o de visar, também, puni-lo, ainda que o interesse indireto do assistente não seja pura e simplesmente o exercício da pretensão punitiva, mas o moral ou econômico. O primeiro, e que traz ao processo, é o de auxiliar o principal, isto é, punir.

Das previsões dos artigos 268 e seguintes do Código de Processo Penal vigente, vê-se que a assistência decorre de atividade contingencial e assessoria à principal no processo penal. Mas, tal qual a atividade principal de acusar, é a atividade *interessada*.

Outra vez, a doutrina do processo civil auxilia no posicionamento, pois, para o processo penal, não importa a intensidade com que o assistido é exposto aos efeitos da sentença a ser proferida.³⁸⁹ A legitimidade processual penal não é uma via de mão dupla: o acusador público pode reassumir a ação penal iniciada pelo particular se as hipóteses previstas em lei se sucederem (caso de substituição processual); mas a recíproca não ocorre.³⁹⁰

Por isso são pertinentes as ponderações de Sérgio Demoro Hamilton, que não admite que se tome o assistente como parte coadjuvante ou secundária da relação

³⁸⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 392-395. Não se concorda com a concepção de um assistente para o órgão que se entende ser *custos legis*. Não há *custos legis* em segundo grau, ou seja, não há assistente do *custos legis*.

³⁸⁸ É interessante lembrar que Xavier de Albuquerque, tendo formulado em âmbito doutrinário a *vexata quaestio*, conclui pela existência, no processo penal, e mesmo que apertada a redação do Código, das duas modalidades de assistência. No raciocínio do autor, “de assistência simples se deve falar, no processo penal, naqueles casos em que a coadjuvação acusatória do ofendido não pretende nem pode ultrapassar, na sua motivação, a mera satisfação moral que a punição do ofensor lhe propicia”. E, por outro lado, “de assistência qualificada se pode falar, no processo penal, em todos os casos nos quais o delito causa dano ressarcível em proveito do assistente” (A assistência no processo penal brasileiro, cit., p. 91-92).

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, cit., p. 61.

³⁹⁰ Daí porque parecer ser inconstitucional a previsão do artigo 598 do Código de Processo Penal vigente, dado que afronta a privatividade do exercício da ação penal pelo Estado, representado no processo pelo Ministério Público, conforme artigo 129, I, da Constituição Federal.

processual penal. Segundo ele, “o assistente não é parte, pois não pede”, mas apenas propõe, conforme os termos do artigo 271 do Código de Processo Penal.³⁹¹

Além disso, a título de indicar a limitação da assistência no processo penal não como parte mas como seu auxiliar, em leis esparsas, basta a menção à chamativa intervenção de assistência *defensiva*, da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 49, parágrafo único, Lei nº 8.906/94³⁹²), no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil, conforme artigo 26, parágrafo único da Lei nº 7.492/86³⁹³, no âmbito do direito penal do consumidor (arts. 82, III e IV, c.c. art. 80, Lei nº 8.078/90³⁹⁴).

Por outro lado, o projeto de Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010), no que pertine à *assistência* (Capítulo V, Livro IV, Livro I), faz distinção entre a *parte civil* que venha a valer-se da jurisdição criminal para amparar pedido de indenização e a típica assistência, na qual tal discussão não é levada a efeito. Daí se imaginar, com vistas na legislação projetada, que a assistência, não sem críticas quanto à atecnia da previsão legislativa, poderia ser bifurcada em assistência simples (da qual aqui se fala) e assistência cumulada com pretensão civil indenizatória (a projetada, da parte civil).

Perspectiva que privilegia a assistência como atividade coadjuvante da acusação fecha as portas, inclusive, para a polêmica travada no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.085, em que o Tribunal Pleno,

³⁹¹ A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público. In: *Estudos de processo penal*. 3ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84. Aliás, para o autor, “o verbo *proponere* é bem usado pois quem pede ou requer, conforme o caso, é a parte, no caso, o Ministério Público, este na inicial (art. 41 do CPP) ou posteriormente (art. 499 do CPP). Na verdade, o assistente apenas alvitra um meio de prova que lhe parece útil ao que pretende no processo penal e que, apenas, será admitido após duplo juízo de valoração, do Ministério Público e, por fim, do juiz”. No mesmo sentido, do mesmo autor, ver artigo intitulado *O recurso do assistente do Ministério Público (Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano III, n. 16, out./ nov. 2002, p. 22-29). Justamente, e em polo oposto, por tomar o assistente impropriamente como parte (seja secundária, seja adjacente, mas, de todo modo, *parte*) no processo penal é que Marcellus Pollastri Lima entende inconstitucionais as previsões do Código de Processo Penal que tocam à matéria (A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In: *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 153-163).

³⁹² Art. 49: “Os presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições desta Lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”.

³⁹³ “Sem prejuízo do disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização.”

³⁹⁴ Art. 80: “No processo penal atinente aos crimes previstos neste Código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”. Salta aos olhos, aí, a confusão entre os institutos: o assistente e o querelante subsidiário, tratados indevidamente na mesma disposição legal.

capitaneado pela Ministra Carmen Lúcia, ao que parece equivocadamente, sinalizou a possibilidade de o assistente assumir o protagonismo do exercício da pretensão processual de punir em casos de pedido de absolvição por parte da parte principal que, em razão de decisão absolutória de primeiro grau, dela não recorreu.³⁹⁵

---

³⁹⁵ Razão assiste aos ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso que, cada um à sua maneira, rechaçavam a constitucionalidade do artigo 598 do Código de Processo Penal por conta da titularidade pública da ação penal e, particularmente pela voz do primeiro, por inadmitir que a ação penal de iniciativa pública possa se transformar, dada a hipótese recursal, em *corrida de revezamento*. A isso acrescemos: nem corrida de revezamento, nem atípica previsão de sucessão de partes em processo penal, nem, como se falou no texto, equiparação de assistência à assistência litisconsorcial do processo civil, pois o assistente jamais poderia ser parte. E, cabe dizer, não se percebe coerência na edição de duas súmulas do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, a saber, as de números 208 (impossibilita o recurso extraordinário pelo assistente na hipótese de concessão de *habeas corpus*) e 210 (faculta o recurso extraordinário do assistente, inclusive nos termos dos artigos 584, § 1º, e 598 do CPP). Ora, se a atuação é *ad coadjuvandum tantum*, faleceria legitimidade nas duas hipóteses; e se não fosse, dado o pleito patrimonial trazido ao processo penal, inversamente, em ambos os casos seria o caso de se admitirem os recursos assistenciais, a depender, principalmente, da imputação então havida na ação trancada por *habeas corpus*. Sustenta-se a inconstitucionalidade do aludido artigo do Código de Processo Penal – art. 598 – também porque ali se admite, inclusive, recurso de apelação mesmo por parte de quem, em prol de tese acusatória, decida recorrer ainda que nem tenha sido habilitado como assistente. A previsão, na última interpretação, parece constituir-se em despropositado exercício de ação penal por quem não só não teria legitimidade se assistente fosse, mas, pior, por quem jamais a teria em caso e hipótese alguma. Nota-se, de toda forma, prestígio do citado julgamento como se vê, ainda que não tenha sido a fundamentação principal da decisão, no resultado do RHC nº 106.710, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes (DJJe 13.04.2011).

4. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI: A PARIDADE DE ARMAS E O SISTEMA ADVERSARIAL

É comum ler, nos julgados e na doutrina, passagens sobre o processo penal a partir do que se conhece como sistemas processuais penais.³⁹⁶ Sem prejuízo dessa análise que separa o sistema do princípio (até para que uma palavra não se tome pela outra), importa um outro prisma teórico. Recentemente alguns autores, dos quais vale mencionar Montero Aroca,³⁹⁷ passaram a enfatizar que, em processo penal, não seria possível a cogitação de sistemas distintos.

Para o autor espanhol, o método processual supõe a acusatoriedade e, portanto, a inquisitividade faz com que a palavra *processo* não passe, até, de uma *contraditio in terminis*.³⁹⁸ Assim, o processo acusatório seria um pleonasmo ou uma redundância viciosa

³⁹⁶ No processo penal, por se tentar separar o conceito do que seria o *acusatório* do *inquisitivo*, Geraldo Prado distingue o *princípio* do *sistema* acusatório. Para o autor, enquanto o sistema é um corpo de “normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: *acusatório*”, o princípio guarda, em si mesmo, características que variam de doutrina para doutrina, mas que teriam como núcleo comum a separação das tarefas de acusar, julgar, defender (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104). Já para Ada Pellegrini Grinover, a palavra *sistema* é tomada como “*modelo* acusatório para dizer que nele as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos” (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, jul./set. 1999, p. 71). Mauro Fonseca Andrade toca na distinção entre *princípio* acusatório e *sistema* acusatório nos seguintes termos: “a definição mais segura e correta de princípio acusatório é aquela que reflete a necessária presença de um acusador distinto do juiz no processo. Mais que isso, essa identificação do princípio acusatório também o erige à condição de um dos elementos fixos do sistema acusatório” (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 254). Leônidas Ribeiro Scholz também sustenta como o primeiro dos traços marcantes do sistema acusatório “o exercício por órgãos distintos, das funções de acusar, defender e julgar” (*Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, jun. 1999, p. 464).

³⁹⁷ É verdade que Frederico Marques lembra, antes das publicações de Montero Aroca, as lições de Alcalá-Zamora (para quem o procedimento inquisitivo seria uma “forma autodefensiva da administração da justiça”) e Sentís Melendo, segundo quem no aludido sistema haveria sempre não mais que uma investigação policial, mesmo que se chamasse de juiz o funcionário que a dirigisse, mas nunca um processo judiciário (Do processo penal acusatório. In: *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23).

³⁹⁸ O autor menciona seu ponto de vista em vários escritos conhecidos, mas aqui importa considerar o texto *La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal*, no qual, além de dizer que “el denominado ‘proceso inquisitivo’ nunca fue y, obviamente, no podría ser hoy, un verdadero proceso”, ele afirma: “los llamados sistemas procesales penales son conceptos carentes de todo rigor técnico procesal, por lo que es necesario dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras épocas lo aplicaron los tribunales, si, pero no por mérito del proceso, y hay que proclamar como conquista irrenunciable de la civilización la garantía jurisdiccional, entendida en su sentido originario, esto es, asunción del monopolio del ius puniendi (derecho de castigar) por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio” (In: *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara Editores, 2008, p. 97-99). Do mesmo autor, ver: *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal: la inutilidad jurídica de un eslogan político*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coord.). *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 19 e ss. E ainda: *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 25 e ss.

de palavras: “el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si ésta se entiende correctamente”.³⁹⁹

Montero Aroca, aliás, não só é crítico do otimismo retórico que cerca a expressão *sistema acusatório*, como também, em ao menos uma de suas passagens, tratou do sistema adversarial não como sinônimo, mas como complementar a ele. Para o autor espanhol, o sistema adversarial supõe que o sistema acusatório apenas se refere ao método do juízo oral, no qual são as partes que deveriam convencer o juízo da veracidade de cada afirmação.⁴⁰⁰

Ainda que sucintamente, é preciso sedimentar a oposição entre os sistemas, pois, se a noção de paridade de armas não parece estar conceitualmente dependente de qualquer deles (leia-se: acusatório ou inquisitivo), ela não depende também do que se pretende tomar por um sistema processual penal *misto*.⁴⁰¹

Deveras, e uma vez mais a partir das lições de Montero Aroca, mas com eco na jurisprudência que se firmou no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Lorena Bachmaier Winter entende que é chegada a hora de superar a dicotomia entre os termos *acusatório* e *inquisitivo*.

Conforme suas lições, com as quais aqui se concorda,

em um momento em que os tratados internacionais, os textos constitucionais e a doutrina dos tribunais, tanto nacionais como internacionais, tem logrado uma ampla compreensão do significado das garantias processuais, e especificamente das garantias que tem de se respeitar no processo penal, tem já provavelmente pouco interesse recorrer ao termo ‘acusatório’ como ícone de todos os avanços. O termo ‘acusatório’ chega a ser um slogan político.⁴⁰²

Como diz Richard Vogler, pelo uso retórico do termo *acusatório* como reflexo de tudo do respeito às garantias do processo e como pressuposição de quadro de Estado de Direito, e, no lado oposto, pela desditosa carreira doutrinária que se fez com o termo *inquisitivo*, nota-se, nos estudos da oposição entre os dois sistemas, certa tentação de uma “apropriação do termo ‘acusatório’”.⁴⁰³

---

³⁹⁹ La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal, cit., p. 99.

⁴⁰⁰ La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal, cit., p. 100.

⁴⁰¹ Como se sedimentou tratar dos *sistemas* a partir do Código de Instrução Criminal Napoleônico, de 1808.

⁴⁰² Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 46.

⁴⁰³ La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: HENDLER, Edmundo S. (Comp.).

Aqui se assume que o campo fértil ao desenvolvimento do princípio da paridade de armas é o processo penal adversarial, o qual, aliás, não se confunde com nenhum dos dois comumente estudados. A assunção desse ponto de vista tampouco significa que o sistema adversarial seja *melhor*, ou *mais garantista* do que qualquer outro que se lhe queira contrapor. Ele apenas propicia o desenvolvimento do princípio, e daí se seguem também seus riscos naturais de sobreposição dos interesses de uma ou outra parte. É, pois, não pior ou melhor, mas mais funcional para o aprofundamento da paridade de armas em processo penal.

É preciso lembrar que a doutrina da situação jurídica liga-se ao sistema adversarial e que, para tal doutrina, o processo é encarado como uma guerra; guerra esta na qual não vence necessariamente quem tem razão, mas sim quem faz uso melhor – e das melhores – das armas disponíveis no processo. Volta-se, pois, a pensar no processo (adversarial) como um conjunto de *oportunidades e cargas* que acarretam *expectativas e perspectivas*, cada uma a ser aproveitada da melhor forma possível para que se atinja decisão judicial favorável.

À conclusão da diferenciação do sistema adversarial perante os classicamente e repetidamente estudados só se chega se se conseguir separar tal modelo daquele que lhe é tomado, por certa doutrina, como próximo (segundo alguns, como sinônimo): o acusatório. Da mesma forma, é preciso separá-lo do que é estudado como sua antítese: o inquisitivo.⁴⁰⁴

4.1. Dois sistemas processuais penais: inquisitivo e acusatório

A história é a ferramenta mais usada para separar um sistema processual penal de outro. Algumas vezes, na verdade, é ela o único instrumental aceito para o estudo de dado fenômeno.

A partir da passagem dos séculos e de como se plasmou um sistema a um determinado contexto político (e eventualmente religioso, no caso do inquisitivo), seguiu-se sua diferenciação para com o outro. É, pois, com olhos na sucessão dos eventos no

---

Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 252.

⁴⁰⁴ Que tem sido traduzido para o inglês, por vezes, como *inquisitorial*, dando a entender que *adversarial* seria oponível a *inquisitorial*, o que tampouco é verdadeiro.

Ocidente, desde a Roma republicana,⁴⁰⁵ que se imaginam as características dos tais sistemas.

Erige-se o sistema acusatório sobre dois pilares: a separação funcional entre julgar e acusar; e a característica procedimental de ser a acusação a fonte desencadeadora do processo penal, e não o juiz.⁴⁰⁶ Seu modelo foi atingido no “crepúsculo da República”⁴⁰⁷ romana, quando o Estado assumiu a titularidade da repressão penal antes difundida entre os cidadãos.⁴⁰⁸

Em passagem didática de Luiz Carlos de Azevedo, que remonta às *quaestiones perpetuae* a origem remota do sistema acusatório, lembra-se que o nome *quaestiones* provém de

quaestio, indagação, investigação processual. Estes verdadeiros tribunais, com função delegada e especial para julgamento das causas de natureza criminal, tornando-se permanentes, completaram sua denominação para “quaestiones perpetuae”. Seus integrantes, escolhidos primeiramente entre os senadores, e depois das leis que gradativamente foram ampliando as prerrogativas das demais classes sociais, por cavaleiros e tribunos do erário, conheceram realçada importância no julgamento das causas criminais, no contexto do período republicano; desenvolviam-se estes processos *coram populo*, na presença do povo, carreando no seu procedimento o direito de acusação, defesa e julgamento, publicidade e contraditório.⁴⁰⁹

---

⁴⁰⁵ Conhece-se a lição de Mauro Fonseca de Andrade segundo a qual o processo penal inquisitivo historicamente precedeu ao acusatório, pois haveria sinais de inquisitividade já nos tempos de Drácon (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 51). Tal enfoque, conquanto seja também o dado por Vélez-Mariconde (*Derecho procesal penal*. Tomo I, 3. ed., 2. reimp. atualizada por los Dres. Manuel N. Ayán, Jose I. Cafferata Nores. Cordoba: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 21), parece solitário e não tem ligação comprovada com as características do sistema que vieram a se consagrar na idade média europeia.

⁴⁰⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca de. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 259. É verdade que Frederico Marques entendeu como “conceitos basilares” do tal sistema não só esse, mas o fato de, (a) da separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento poder-se chegar, segundo pensou, a um “processo de partes”; (b) da mesma forma, imaginou ele que da liberdade da defesa decorreria a “igualdade de posição das partes”; que (c) seria inata a regra do contraditório, (d) a livre apresentação das provas pelas partes e, ainda, a (e) regra do impulso processual autônomo ou ativação inicial da causa pelos interessados (Do processo penal acusatório, cit., p. 23). Como se verá neste texto, em boa medida aquilo que o autor ligou ao sistema acusatório tem pertinência é com o sistema adversarial.

⁴⁰⁷ Expressão de Scholz (*Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro*, cit., p. 463). Há repetidas passagens de doutrina que situam originariamente o sistema acusatório em período anterior à alta república romana, mas ainda assim a consagração do sistema se deu naquele período e foi de lá que surgiram seus elementos fundamentais.

⁴⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal...*, cit., p. 145-146; MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 842, dez. 2005, p. 4.

⁴⁰⁹ Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens distorções, atualidades. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, n. 78, set. 2004, p. 49-50.

Nas palavras de Rogério Lauria Tucci, se as *quaestio* tiveram início apenas como comissões temporárias para investigar possíveis crimes cometidos por magistrados, elas acabaram por se tornar perpétuas, ou permanentes, dada a competência elástica, com julgamento de crimes, também, de peculato, venefício, sicários, falso juízo, parricídio, perjúrio e adultério. As *quaestio*, segundo Tucci, seriam não só o embrião do processo penal ordinário romano, mas também o gérmen de “uma jurisdição fixa e permanente em Roma.”⁴¹⁰

As matrizes do sistema acusatório, de origem romana, que teriam como núcleo essencial a “nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”,⁴¹¹ permaneceram até o século XII, quando cederam ao sistema inquisitivo que, nas palavras de Aury Lopes Júnior, mudou “a fisionomia do processo de forma radical”.⁴¹²

A passagem do sistema acusatório de matriz romana ao inquisitivo, igualmente em solo continental europeu, no qual teve grande papel a Igreja, é pintada com cores vibrantes por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em referência ao IV Concílio de Latrão, tomado como

marco histórico do novo sistema.⁴¹³ A partir daí a noção de Búlgaro (*actus trium personarum: iudiciis, actori et rei*⁴¹⁴) tende a desaparecer em processo penal. Tudo se consolida com a Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamus*), de 1231, donde se delineia o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendida ao mundo em 1254. [...] Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*.⁴¹⁵

⁴¹⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 73.

⁴¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 108.

⁴¹² Conforme o autor, “o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação” (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. II, cit., p. 61).

⁴¹³ Ligeiramente dissonante no tempo, o marco histórico do sistema inquisitivo, na lição de Luiz Carlos de Azevedo, seria outro, a saber, a renovação dos estudos de direito romano com a consagração do direito canônico, sobretudo por editos do Papa Inocêncio III acerca dos chamados três modos de se iniciar a persecução penal: “por três modos é possível iniciar-se o procedimento criminal: por acusação, denúncia e inquisição” (*Sistemas processuais penais...*, cit., p. 51).

⁴¹⁴ É essa a síntese de Ada Pellegrini Grinover para o modelo acusatório, como se viu do artigo aqui tantas vezes inspirador (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 71).

⁴¹⁵ Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 105. Em fina ironia, diz ainda o autor: “o modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica”. Não passa despercebida, aqui, a lembrança de Ennio Amodio, que faz coro à advertência mais ácida de Montero Aroca, segundo quem a contraposição entre acusatório e inquisitório tem um “significado emotivo” na medida em

A síntese de Pedro Alonso Aragonese a respeito do sistema inquisitivo é a seguinte:

El Estado, a través de sus órganos de justicia, cuando tiene noticia de la existencia de um hecho que puede ser punible, procede de oficio a la averiguación de tal hecho y a la recogida de los elementos necesarios, a fin de comprobar la existencia del delito. La instrucción que determina la subsiguiente acusación se pone em manos del sujeto, que, em definitiva, há de imponer la pena; y como el inculcado es la mejor fuente de conocimiento de los hechos se le señala la exigencia de declarar, o se hace uso de medios coactivos para conseguir aquel resultado.⁴¹⁶

Não deixa de ser curiosa a prova da história: enquanto na inquisitividade que se sucedeu ao sistema acusatório o acusado passou de sujeito a objeto da investigação,⁴¹⁷ o sistema adversarial, séculos depois e mediante a nivelação paritária entre atuação defensiva e acusadora, tira-o da posição de objeto da persecução penal. E isso se deu principalmente pela mudança de tratamento conferida à atuação de seu defensor, o que evidentemente reflete no tratamento dispensado ao imputado.

4.2. Sistema adversarial: o paradigma do processo penal de partes

O sistema adversarial⁴¹⁸ (sem itálico e pronunciado como se escreve⁴¹⁹), não se confunde, histórica ou juridicamente, nem com o sistema acusatório e nem com o inquisitivo. Nele se frutifica o processo penal de partes.

que o primeiro modelo é apresentado como “lugar do garantismo, território no qual a liberdade e a defesa do imputado encontram os mais amplos espaços; e o segundo é por outro lado caracterizado de uma conotação marcadamente negativa” (*Proceso penale, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milão: Giuffrè, 2003, p. 195, tradução nossa). Em ponto de vista que distoa, na história, do marco inicial definido por Jacinto de Miranda Coutinho, o professor Luiz Carlos de Azevedo tomava como marco do processo inquisitivo o *Decretais* do Papa Inocêncio III, que previa, pela primeira vez, as três formas admitidas de se dar início à persecução penal: por acusação, por denúncia e por inquisição (Sistemas processuais penais..., cit., p. 51).

⁴¹⁶ *Instituciones de derecho procesal penal*, cit., p. 59.

⁴¹⁷ Na síntese de Frederico Marques, as chamadas regras principais do sistema inquisitivo são: “a) concentração das funções processuais no órgão judiciário, de forma a tornar êste o acusador principal e também juiz da própria acusação; b) restrição dos direitos da defesa, com o encargo ao juiz de suprir a atividade do réu, conforme o princípio de CARPSOVIO, de que *judex supplere debet defensiones rei ex officio*; c) supressão do contraditório; d) instrução judicial inquisitiva com atribuição ao juiz, do dever ‘de reunir, por sua própria atividade, o material do litígio’; e) impulso processual *ex officio*” (Do processo penal acusatório, cit., p. 23).

⁴¹⁸ Sobre o sistema adversarial como um *sistema*, ver o entendimento crítico de Michelle Taruffo (*El proceso civil adversarial en la experiencia americana*: el modelo americano del proceso de conotación dispositiva. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008, p. 5).

Se as noções de acusatoriedade (obrigatoriedade da acusação e separação funcional das atividades dos sujeitos do processo) e de inquisitividade (segredo da investigação, procedimento *ex officio* e confusão entre atividades de acusar e julgar) ligam-se à Europa continental, foi na Inglaterra que nasceu o modelo adversarial do processo. Na lição de Stephan Landsman, poder-se-ia até remontar ao *trial by battle* para matizar, ainda no século XI, a origem remota do sistema adversarial. Os *trials by battle* teriam dado o primeiro impulso ao sistema adversarial e à sua semelhança, como se repete em doutrina, aos rituais de luta ou duelos.⁴²⁰

Ao julgamento de *trial by battle*⁴²¹ seguiam-se outros modos de aplicação da justiça no processo, dos quais valem ser destacados três, conforme indica Landsman: o *wager of law*,⁴²² a batalha propriamente dita, e as ordálias.⁴²³ Em qualquer deles era notável a

⁴¹⁹ Os poucos autores brasileiros que abordaram o sistema processual adversarial destacaram o adjetivo em itálico em virtude não existir tradução em português que lhe seja exata. Neste texto se tomam algumas premissas que podem justificar a escolha de assim não fazer. Aqui se escreve adversarial sem aspas e sem itálico. A *adversatividade* é inata ao procedimento e a palavra *adversativo* é, de acordo com o dicionário Houaiss, adjetivo que indica “oposto, contrário a; adverso; que exprime oposição”. Por sua vez, também segundo o Houaiss, o sufixo *al* é usado no emprego de palavras em português trazidas de outras línguas, como inglês e francês (*facial, individual, musical, sentimental, tribal, editorial*), e se admite seu uso, exemplificativamente, “em voc. com significados mais específicos, ger. marcados pela ideia de qualificativo do ‘que se fundamenta a partir de ou que se utiliza de (base)’: [...] notar que todos os adj. em *-al* potencializam ou mesmo visualizam subs. abstratos em *-idade* (*braçal: braçalidade, sexagesimal: sexagesimalidade*)” (HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2012). Não existe, em português, a expressão *adversarial* e, conquanto aqui se pudesse tomar por indicativa de seu significado as traduções *adversativo* ou *adverso*, parece se justificar ainda assim o neologismo. Assume-se o risco, exposto por Segismundo Spina, de convidar o texto a uma linguagem “requintadamente preciosa, às vezes pedante – para não dizer pernóstica”, mas se propõe a atingir com tal construção linguística o oposto disso. Não se quer, em obediência à mesma lição de Spina, parecer “pomposo, solene, retórico, inadequado à expressão da verdade que se quer demonstrar”, nem tampouco “maneirista, visível na volúpia do vocabulário exótico, que não raro é vazio de sentido” (*Normas gerais para os trabalhos de grau: um breviário para o estudante de pós-graduação*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003, p. 57). Preferiu-se aceitar o termo consagrado, simples e de imediata associação pelos juristas para fugir do maneirismo, do aspecto pedante e, enfim, desnecessário à comunicação da mensagem que se quer passar.

⁴²⁰ Brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, n. 44, 1983, p. 717. O autor é crítico na origem do sistema e afirma que remotamente os *trials* serviram à classe rica da sociedade medieval, dadas as possibilidades de melhores manejos técnicos nas batalhas.

⁴²¹ “Trial by combat. A trial that is decided by personal battle between the disputants, common in Europe and England during the Middle Ages; specif., a trial in which the person accused fought with the accuser, the idea being that God would give victory to the person in the right. This method was introduced into England by the Normans after 1066, but it was a widely detested innovation and was little used. It became obsolete several centuries before being formally abolished in 1818, having been replaced in practice by the grand assize and indictment. Also termed *trial by battle*; *trial by wager of battle*; *trial by duel*; *judicial combat*; *duel*; *duellum*; *wager of battle*; *ornest*; *vadiatio duelli*; *wehading*” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black’s Law Dictionary*, cit., p. 1645).

⁴²² “A method of proof in which a person defends against a claim by swearing that the claim is groundless, and by enlisting others (compurgators) to swear to the defendant’s credibility. Also termed *gager del ley*; *vadiatio legis*” (*Black’s Law Dictionary*..., cit., p. 1717).

⁴²³ “A primitive form of trial in which an accused person was subjected to a usu dangerous or painful physical test, the result being considered a divine revelation of the person’s guilt or innocence. The

intervenção divina, na medida em que “o sistema não fazia muito uso das provas, não era oral, não era contencioso e a pesquisa de provas nem era necessária porque os fatos não eram deduzidos das evidências”.⁴²⁴

Ainda segundo o mesmo autor, mesmo que se pudesse reconhecer que nenhum desses sistemas fosse sequer remotamente adversarial, eles ocasionaram seu desenvolvimento porque fizeram com que o papel das partes se tornasse proeminente no processo (desenvolvia-se, como reação às atrocidades, a ideia de *active party participation*). Além disso, provocaram a limitação da atividade judicial no controle do processo. De acordo com a pesquisa de Landsman, em síntese, foi justamente a partir da decadência dos costumes medievais em curso na Inglaterra que se passou a imaginar novas práticas entre os séculos XIII e XVII, práticas estas que acabaram por moldar o sistema adversarial inglês consagrado nos séculos XVIII e XIX.

Foi no solo inglês, afinal, tal como aponta uma vez mais Landsman, que em 1577 se reconheceu o *attorney-client privilege*, e que a atuação judicial e sua passividade significaram independência perante os órgãos centrais do governo. Depois, no século XVI, prestigiou-se o testemunho oral no processo e passou-se a tratar de regras de produção de prova.

De acordo com o traçado histórico apresentado pelo aqui já referido professor de Harvard, não só a partir de 1640, quando as regras da *Star Chamber*⁴²⁵ foram revogadas, mas mais de um século depois, com o advento das Revoluções Americana e Francesa, o sistema adversarial inicialmente vigente na Inglaterra ganhou os ares dos Estados Unidos da América. Hoje é disseminado o entendimento de que ele seja um sistema *angloamericano*.⁴²⁶ Tal desenvolvimento histórico, distinto e inconfundível em relação aos

participants believed that God would reveal a person's culpability by protecting an innocent person from some or all consequences of the ordeal. The ordeal was commonly used in Europe until the 13th century, but only sporadically after 1215, when the Fourth Lateran Council forbade the clergy from participating in ordeals. Also termed *trial by ordeal*; *judicium Dei*; *vulgaris purgatio*” (*Black's Law Dictionary...*, cit., p. 1205).

⁴²⁴ LANDSMAN, Stephen. Brief survey of the development of the adversary system, cit., p. 719, tradução nossa.

⁴²⁵ “An English court having broad civil and criminal jurisdiction at the king's discretion and noted for its secretive, arbitrary, and oppressive procedures, including compulsory self-incrimination, inquisitorial investigation, and the absence of juries. The Star Chamber was abolished in 1641 because of its abuses of power. Also termed *Court of Star Chamber*; *Camera Stellata*. Any secretive, arbitrary, or oppressive tribunal or proceeding” (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*, cit., p. 1537).

⁴²⁶ Não se pode perder de vista que outro importante historiador do sistema adversarial, John H. Langbein, toma o *treason's act* de 1696 como o mais fundamental documento na configuração do sistema adversarial inglês. Particularmente o preâmbulo daquele documento, como lembra Langbein, estabelece à defesa a “procedural equality with the prosecution” (*The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 88). Posicionamento ciliar, no sentido das armas defensivas, é o de Alexander A.

dos sistemas acusatório e inquisitivo, é um parâmetro de diferenciação do sistema adversarial. Afinal, parece claro, como quer matizar Richard Vogler, que um primeiro desenvolvimento do sistema, pelas origens que aqui se resenharam, decorria mesmo de sua afirmação no solo inglês, sobretudo nos séculos XVIII⁴²⁷ e XIX.

Depois disso, observada a reação que Vogler tomou por “práticas inquisitivas levadas a cabo nos sistemas penais stalinistas, a Alemanha nazista, a França de Vichy e o totalitarismo latinoamericano”, pode-se constatar outra onda adversarial, dessa vez sob a batuta ideológica dos Estados Unidos da América. Vogler não parece estar errado quando, em outro texto, afirma que o sistema adversarial, do ponto de vista ideológico e histórico,

tem suas origens no desenvolvimento da economia capitalista da Inglaterra e não é mera coincidência que o sistema adversarial tenha sido criado pelos mesmos advogados do *common law* que representaram os empresários no país que tomou a dianteira da Revolução Industrial. Trata-se essencialmente de um plano de sistema penal desde as concepções do livre mercado, baseado na negociação individual, liberdade de contratar e no conceito de um indivíduo portador de direitos.⁴²⁸

Não é coincidência que a ideia de justiça consensual ou justiça negociada faça jus à aproximação teórica que lhe é dada, qual seja, ao sistema adversarial. Se antes se notava certa apropriação do termo *acusatório*, dada a carga retórica que sua acepção carregava, agora, como se tem notado a partir do direito processual penal comparado, existe uma “tentação da adversarialidade angloamericana”.⁴²⁹

4.3. O sistema processual penal adversarial: características

Conceitos e realidades inconfundíveis fazem com que os sistemas acusatório e adversarial não sejam tomados por intercambiáveis⁴³⁰ e impedem que se veja na relação

Shapiro (Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the treason trial acts of 1696. *Law and History Review*, v. 11, n. 2, 1993, p. 215-255).

⁴²⁷ É o que aponta Diogo Malan em *Direito ao confronto no processo penal* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7).

⁴²⁸ VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 182.

⁴²⁹ VOGLER, Richard. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 180-181.

⁴³⁰ VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental, cit., p. 177. Em outro texto, o mesmo professor, ao tratar do que nomeia de “falácia acusatória”, leciona que: “esta particular confusión parece haber surgido en relación a la falta de comprensión del modo dominante de

entre eles algo similar às relações de gênero (acusatório) e espécie (adversarial). A propósito disso e no plano das distinções conceituais, além das históricas⁴³¹ sobre as quais já se falou, um dentre tantos méritos do já aludido trabalho de Ada Pellegrini Grinover reside no esforço de tentar distinguir o sistema acusatório do adversarial.

Para aquela professora, os dois conceitos não se tocam porque o sistema acusatório depende da constituição de acusação pública e oficial e da separação entre funções de acusar, defender e julgar na pressuposição do desenvolvimento do processo em contraditório perante juiz natural.⁴³² De sua sorte, o *adversary system* é analisado em perspectiva de seu paralelo com o *inquisitorial system* no plano das atividades instrutórias do juiz no processo penal e na demanda das partes.

Por ser só no último dos critérios (o da liberdade probatória e da demanda no processo penal) relevante a menção ao sistema adversarial (impulso das partes) quando cotejado com o inquisitorial (do juiz), Ada Pellegrini Grinover asseriu:

O termo processo *inquisitório*, em oposição ao acusatório, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial. [...] Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente.⁴³³

---

juicio en el mundo angloamericano, que nos es acusatorio sino mas bien *adversarial*. Los términos no son, como se supone frecuentemente, intercambiables. Adversarialidad, como forma de juicio, no tiene casi nada que ver con la antigua tradición acusatoria y fue, en cambio, un procedimiento radicalmente nuevo desarrollado en Inglaterra en el siglo XVIII” (Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal, cit., p. 188).

⁴³¹ Diz Langbein: “Legal procedures do not exist in the abstract. A procedural system bears the most intimate relation to the institutions that operate the procedures. It is difficult to carry insights from Continental to Anglo-American procedure, because the different procedures presuppose different institutions. There is a deep relationship between *how* we proceed and *who* does the proceeding. This nexus between procedure and institutions materially complicates the task of those who would derive practical insight from the study of comparative procedure” (The influence of comparative procedure in the United States. *The American Journal of Comparative Law*, n. 43, 1995, p. 551).

⁴³² A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 71-72, item 2.

⁴³³ A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, cit., p. 72, item 3. Do mesmo entendimento da autora, Mauro Fonseca Andrade (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 227) e também Marcos Zilli (Os atores e seus papéis. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial do Projeto de Novo Código de Processo Penal, São Paulo, ano 18, ago. 2010, p. 19). É curioso que o *Black’s Law Dictionary* diga que “the term *adversary system* sometimes characterizes an entire legal process, and sometimes it refers only to criminal procedure. In the latter instance, it is often used interchangeably with an old expression of continental European origin, ‘accusatorial procedure’ and is juxtaposed to the ‘inquisitorial’, or ‘nonadversary’ process. There is no precise understanding, however, of the institutions and arrangements denoted by these expressions” (cit., p. 62.) No âmbito dos dicionários, ainda, chama a atenção que o *Oxford Dictionary of Law*, além de ordenar remissão do *adversarial* ao *accusatorial*, chega ao ponto de

Enquanto no modelo acusatório molda-se a noção de oposição entre Estado e cidadão, no adversarial trabalha-se com a ideia de uma disputa entre iguais, seja no processo civil, seja, depois e com nuances, no processo penal.⁴³⁴

O sistema adversarial levou às últimas consequências a atuação das partes na recolha, na seleção, na apresentação e na prova das evidências.⁴³⁵ Daí ter razão Gustavo Badaró ao afirmar haver, em países que privilegiam a atividade processual das partes, prevalência do papel do advogado “como efetivo partícipe da dinâmica processual”,⁴³⁶ como também Diogo Malan ao sustentar que “a ideia central é afastar o julgador da gestão probatória na contenda, forçando as partes processuais a investigar e propor os elementos de prova que entendam mais persuasivos”.⁴³⁷

Pode-se ver, pois, a pertinência para a paridade de armas e, particularmente, para o processo penal adversarial da doutrina de James Goldschmidt acerca da situação jurídica. De acordo com Ricardo Jacobsen Gloeckner, é no sistema adversarial que

as partes debatem, trazem provas, requerem outras tantas e enfim, travam uma batalha que consolida o processo como atividade agonística e dialética. O primeiro passo para se projetar uma concepção adversarial de processo é a renúncia à principal característica da teoria da relação jurídica. Como vislumbrado no tópico precedente, é possível sintetizar que a teoria da relação jurídica se caracterizava basicamente por agregar, no seio da relação processual, um conjunto de direitos e obrigações entre as partes, incluindo-se os deveres e direitos do magistrado. Não apenas a

---

dizer que, neste último, “Common-law systems usually adopt an accusatorial procedure” (OXFORD Paperback Reference: a Dictionary of Law. 5. ed. Edited by Elizabeth A. Martin. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7). Adotando premissa distinta, Lorena Bachmaier Winter lembra que o que existe é, efetivamente, um traço *inquisitivo* que liga as noções de sistema acusatório ao adversarial quando se pensa na função investigativa posta a cargo do Estado na primeira fase da persecução penal (Acusatorio *versus* inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal in Proceso Penal y sistemas acusatorios, cit., p. 31). Aproxima-se das lições, por fim, de Ada Grinover e Kai Ambos; deste último: ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o misto? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 57, nov./dez. 2005, p. 162.

⁴³⁴ Mirjan Damaška, num ponto, ressalva a apenas superficial clareza em se separar uma coisa da outra (*The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986, p. 3), e em outro, aponta: “The resulting policy-implementing perspective on criminal justice managed to survive, essentially intact, the nineteenth-century reign of *laissez-faire* ideology on the Continent. The classical liberal concept of the criminal process as a dispute between the individual and the state was obviously far less plausible in the institutional Continental milieu than in the environment of Anglo-American countries: civil-service judges did not fit the role of neutral arbiters in this dispute as well as ordinary citizens enlisted in jury service” (*Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997, p. 119-120).

⁴³⁵ Tradução livre de: “gathering, selecting, presenting, and probing the evidence” (LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 1.)

⁴³⁶ Ônus da prova no processo penal, cit., p. 127. Diz o professor ainda, em outra passagem: “No *adversary system* cabe às partes a produção da prova, não tendo o juiz, em regra, iniciativa probatória” (p. 127-128).

⁴³⁷ *Direito ao confronto no processo penal*, cit., p. 19.

pretensão punitiva aparece como um acessório consolidado e imbricado na teoria da relação jurídica.⁴³⁸

Para Mirjan Damaška, no sistema adversarial,

a ação processual é controlada pelas partes e o juiz remanesce essencialmente passivo. No campo da pesquisa dos fatos, isso implica que os litigantes e seus advogados decidem quais fatos devem ser submetidos à prova. Isso consequentemente implica que os litigantes e seus advogados são incumbidos da pesquisa de materiais probatórios, sua preparação para uso no julgamento e apresentação à corte.⁴³⁹

Isso se liga, ainda segundo a lição de Damaška, à circunstância de haver, no sistema adversarial, desconfiança em relação à colheita de fontes de prova pelos órgãos oficiais. Há uma desconfiança e teme-se pela ocorrência de abusos por parte do Estado, por isso se tolera, em tal sistema, a ideia da “*evidentiary barriers limiting the search for the truth*”.⁴⁴⁰ É por isso, ainda, que os *privileges against* são expressões tradicionalmente conectadas ao sistema adversarial, não o sendo ao acusatório e, por óbvio, muito menos ao inquisitivo.⁴⁴¹

Essa própria ideia disseminada do sistema adversarial como atento aos limites estatais na persecução é entendida, pela doutrina, como característica tipicamente liberal, no modelo lockeano – portanto, iluminista e liberal – de concepção de Estado,⁴⁴² inclusive por não cobrar das partes (particularmente do imputado) a cooperação com o Estado. Não há, pois, a relação de submissão entre o representante de um poder estatal (juiz) e aquele

⁴³⁸ *Uma nova teoria das nulidades*, cit., p. 53. Uma página adiante arremata o autor paranaense: “Ingressando no cerne da importância relativa ao processo penal, a teoria da situação jurídica permite e dá suporte teórico para a construção de um processo penal nos moldes do sistema adversarial. Sem a atuação onipresente do magistrado, herança da teoria da relação jurídica e cuja predileção pelo sustentáculo de um sistema criminal fundado sobre alicerces da ideologia da defesa social é notória, Goldschmidt percebe a importância da dialética processual. E dentro de tal perspectiva fica fácil vislumbrar a maior adequação da teoria da situação jurídica aos moldes de um regime democrático”.

⁴³⁹ *Evidence law adrift*, cit., p. 74, tradução nossa. Do mesmo autor, ver também *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study* (*University of Pennsylvania Law Review*, n. 121, 1973, p. 506). Tomando, como tantos, em sinônimo os termos *adversarial* e *acusatório* no particular, Amodio afirma: “accusatorio è il sistema nel quale l’iniziativa processuale e probatoria è demandata alle parti: party-prosecution e party-presentation delle prove sono caratteri che collocano il giudice nella posizione di arbitro di un conflitto che vede ricadere interamente sulle spalle dell’accusatore il compito di difendere la società mediante la repressione dei fatti di reato” (*Processo penale diritto europeo e common law...*, cit., p. 198).

⁴⁴⁰ *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure...*, cit., p. 583.

⁴⁴¹ Nesse sentido, ver: FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia, 2012, p. 94.

⁴⁴² FASSLER, Lawrence. The Italian Penal Procedural Code: an adversary system of criminal procedure in Continental Europe. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 29, 1991, p. 245. Nesse sentido, ver também: GRANDE, Elisabetta. Italian criminal justice: borrowing and resistance. *The American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000, p. 230-231; FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 110.

que é, ou pode ser no final do processo criminal, a ele submetido como súdito (o imputado).

O sistema adversarial se preocupa com a relação entre as partes. Ele dá a elas o protagonismo na obtenção e na apresentação das provas que puderem obter para, então, terem a expectativa (ou perspectiva, na linguagem de James Goldschmidt) de uma sentença favorável (na primeira hipótese) ou desfavorável (na segunda). E já se disse também que tal sistema trabalha até com a assimilação (que não se vê no acusatório, nem no inquisitivo) de regras do processo civil,⁴⁴³ do que é exemplo a convenção entre as partes para pôr fim ao processo.⁴⁴⁴

A noção de dispositividade⁴⁴⁵ do objeto do processo, inata ao processo civil e trazida *cum granum sallis* ao processo penal no sistema adversarial⁴⁴⁶ (do que são exemplos o *guilty plea* do processo penal norte-americano e do *patteggiamento*⁴⁴⁷ italiano), é prova de distanciamento dos modelos em cotejo. Também é ponto característico central do processo penal adversarial.⁴⁴⁸

Por isso, a constatação de certa tentação de adversarialidade nos processos penais estudados a partir de determinados institutos não permite tomá-la como se sinônimo de acusatório fosse. Tampouco se pode considerar a sistemática adversarial como uma parte

⁴⁴³ É o que diz Langbein em mais de uma passagem de seu texto, sobretudo na parte inicial, quando define seu objeto de estudo: “To some extent, the development of adversary criminal procedure can be depicted as as the absorption into criminal procedure of a model already operating in the civil trial. [...] The adversary model came from the civil side, where the parties routinely engaged counsel to shape the course of litigation to partisan advantage, but the significance of the adversary system expanded greatly when transposed to crime. [...] the development of adversary criminal trial raised an acute theoretical challenge, which has never been satisfactorily resolved in the Anglo-American tradition: how to justify the truth-impairing tendencies of a procedure that remits to partisans the work of gathering and presenting the evidence upon which accurate adjudication depends. Civil litigation arises from private interests, which is why the law encourages the parties to settle their case without regard to any public interest. The purposes of criminal law, by contrast, are prevailingly those of the public interest, which is why in the European legal tradition the work of investigating and adjudicating cases of serious crime is treated as a public responsibility assigned to neutral professionals who bring the resources of the state to bear both for and against the accused” (*The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 1-8).

⁴⁴⁴ MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo, cit., p. 4.

⁴⁴⁵ Gustavo Badaró: “No *adversary system* prevalece a possibilidade de o acusador, seja ele público ou privado, dispor sobre a própria pretensão punitiva, quer deixando de formular a acusação, quer se valendo dos mecanismos de *bargaining*” (*Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 133).

⁴⁴⁶ “An adversarial prosecution pattern exists in all forms of litigation whether in civil or criminal cases in order to expose the evidence in the case” (GABBAY, Edmond. *The English adversarial system*. London: E. & J. Gabbay, 1990, p. 13).

⁴⁴⁷ O que também ocorre com o *patteggiamento* italiano, na lição de Giulio Illuminati (El sistema acusatório en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 159-160.)

⁴⁴⁸ LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, 2004, p. 259.

(afeta ao regime probatório) de famílias processuais penais distintas: a acusatória e a inquisitória.

Enquanto o sistema acusatório se preocupa com a divisão das funções com foco na vedação do juiz na formação dos elementos probatórios, o sistema adversarial é forjado com prevalência à atuação das partes no processo e, mediadamente, atinge o juiz em seu poder instrutório. Na perspectiva deste trabalho, concebe-se que o primeiro se preocupa com o juiz e com suas atividades para resguardar a tripartição funcional, ao passo que o último se centra nas partes, notadamente a partir da atuação defensiva e de sua reação ao ataque acusatório.⁴⁴⁹

Se essa distinção é importante para o estudo da paridade de armas, não se pode chegar lá, ainda, sem se reconhecerem pontos críticos que são dirigidos ao sistema adversarial. Afinal, e como já se viu em capítulo precedente, o processo penal adversarial pode ser muito mais *arriscado* à defesa, dado que, se à acusação se preveem os ônus probatórios, à defesa se prevê o aproveitamento de chances e os riscos de assunção de posturas mais passivas ou ativas no processo, daí suas perspectivas (de sentença desfavorável) ou expectativas (de sentença favorável).

No processo penal adversarial, ganha quem argumenta melhor, dadas as armas disponíveis aos contendores. As regras do jogo são dirigidas às partes. Ganha quem joga melhor.

4.4. Críticas ao sistema adversarial

A partir de lições de John H. Langbein e também de Michelle Taruffo, é possível endereçar críticas ao sistema adversarial. Nas palavras do primeiro, os pontos suscetíveis de questionamento são o “*combat effect*” e o “*wealth effect*”.⁴⁵⁰ Tais críticas não decorrem

---

⁴⁴⁹ Do que deu notícia Langbein, sobretudo a partir do *Treason's Act* de 1696 (*The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 67 e ss). A propósito, diz Jenny McEwan que “the increased importance of the judicial role correspondingly diminishes the Power and function of the advocate” (*Evidence and the adversarial process: the modern law*. Oxford: Blackwell Business, 1992, p. 6). A esse respeito, ver: MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*, cit., p. 16. Para Masha Fedorova, “the adversarial process encompasses procedural equality between two parties to the proceedings” (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 110).

⁴⁵⁰ Logo na primeira página da obra de Langbein se lê: “By the combat effect, I refer to the truth-impairing incentives of the adversary system. By the wealth effect, I refer to the enormous advantage that adversary procedure bestows upon persons who can afford to hire skilled trial counsel, and to pay for party-conducted factual investigation. Because most persons accused of serious crimes are indigent or near indigent, the wealth effect is a profound structural flaw in adversary criminal procedure” (*The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 1).

da oposição ente acusador e acusado no processo penal, mas da desigualdade entre os próprios acusados entre si, pois as desigualdades socioeconômicas externas ao processo penal são nele repercutidas.⁴⁵¹

As críticas problematizam até mesmo o ideal constitucional de justiça a partir da busca da igualdade material, na medida em que se diz que o sistema adversarial não cuida de tal conceito de igualdade. Segundo essa crítica, para o processo, basta a igualdade formal, ou seja, o que importa é como as partes se apresentam perante o juiz.⁴⁵² O modelo construído sob os moldes do Estado de Direito liberal não cuida dos reflexos processuais da desigualdade extraprocessual. E é justamente por isso que Taruffo diz que, no contexto socioeconômico atual, o prestígio do sistema adversarial em busca da justiça substancial não passa de uma “profissão de fé”.⁴⁵³

Daí que do efeito de combate (*combat effect*) pode surgir o problemático efeito da riqueza (*wealth effect*): o combatente que pode bancar defesa tecnicamente mais bem aparelhada pode ir em busca de mais eficazes fontes de prova para introduzi-las no processo penal.⁴⁵⁴ A mesma diferença repercutida no processo penal a partir da disparidade econômica entre os acusados (o rico e o pobre), aparece em outro caso típico de mecanismo adversarial do processo: o acordo com vistas à redução de pena ou extinção do processo (*guilty plea* ou *plea bargaining*).

O exemplo dos acordos em processo penal, aliás, é analisado com bastante severidade por Taruffo, que neles vê não somente a vulneração da própria adversarialidade do processo penal, mas a erupção de outros princípios caros ao processo penal atual. No estudo que fez a partir da constatação de que o processo penal norte-americano é em cerca de 90% resolvido em acordos, Taruffo critica o ferimento ao direito dos acusados de apreciação de suas teses defensivas e a precariedade no conhecimento dos fatos por parte dos magistrados.

Daí porque ser do professor italiano, outra vez, o entendimento segundo o qual

⁴⁵¹ No Brasil e a partir dessa perspectiva (sem prejuízo de outras) de introjeção das desigualdades socioeconômicas para dentro do processo e com reflexos justamente na possibilidade de coação da acusação para a aceitação de propostas de acordo no processo penal, ver: PRADO, Geraldo Prado. Poder negocial (sobre a pena), *common law* e processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos!? In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica...*, cit., p. 312, item 77.

⁴⁵² TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 55 e ss. Também na mesma obra, à p. 100: “el adversary system no solo no elimina la desigualdad entre las partes, que deriva de factores externos a la situación procesal, sino que obra como multiplicador de tales desigualdades, aumentando las diferencias de chances defensivos entre parte ‘fuerte’ y parte ‘débil’”.

⁴⁵³ TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 51.

⁴⁵⁴ Atenta a isso está Lorena Bachmaier Winter (*Acusatorio versus inquisitivo...*, cit., p. 47).

el efecto típico del guilty plea es el de eliminar completamente la naturaleza adversary del procedimiento que lleva a la sentencia, en cuanto la admisión preliminar de culpabilidad implica la renuncia al trial (también a la fase de la discovery que lo precede), y permite al juez, una vez aceptado el plea, proveer solo con referencia a la determinación de la pena.⁴⁵⁵

Desnuda-se, sob esse viés, uma incoerência interna do sistema: diz-se que o adversarial funciona nos Estados Unidos, mas, segundo Taruffo, ele funciona justamente, e paradoxalmente, por (e não *para*) não funcionar.⁴⁵⁶ E no que concerne ao *plea bargain*, a crítica pode ainda chegar a outro ponto.

É que, se tem razão Maximo Langer quando afirma que uma das definições do sistema inquisitivo poderia ser a de sistema ou mecanismo que tem por função a obtenção coercitiva de reconhecimento da culpabilidade,⁴⁵⁷ os próprios acordos no processo penal podem ser vistos como traços inquisitivos dentro de uma das principais características da pressuposta adversarialidade do sistema. O imputado que estiver mais bem aparelhado dentro do processo sofrerá pressão – ainda que psicológica – menor do que o outro, que, por ter pior situação econômica, arcará com defesa técnica menos habilitada.

Para chamar atenção ao vocábulo, as mesmas *armas* disponíveis a um ou outro imputado podem ser usadas de forma mais ou menos eficaz, a depender da apresentação da defesa no processo. Daí ser inevitável e mais perceptível, no processo penal adversarial, que, “sob uma perspectiva de enfrentamento de partes, de luta entre elas, acaba triunfando a parte mais hábil ou mais esperta, não necessariamente a parte que tem direito”.⁴⁵⁸ Daí,

---

⁴⁵⁵ *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 218.

⁴⁵⁶ Na doutrina brasileira atenta a essa problemática do direito comparado, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 134.

⁴⁵⁷ From legal transplants to legal translations..., cit., p. 246. Diz o autor, ainda: “desde esta perspectiva, no importa cuáles son los elementos del sistema y del subsistema o mecanismo – como sí es central em los tipos puros o ideales –. Esto es, no importa si los reconocimientos de culpabilidad coercitivos son obtenidos por un juez inquisidor torturando al imputado, por un fiscal en un plano de igualdad formal con éste, por un policía haciéndole preguntas al imputado antes de informarle sus derechos, por un gran jurado durante sus procedimientos secretos o, incluso, por un juez-psiquiatra utilizando hipnosis”.

⁴⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 131. E daí a preocupação deontológica redobrada que a doutrina aponta dever ser parte fundamental do processo penal adversarial. A respeito disso, não só o rodapé n. 259 da página citada da obra do autor brasileiro, como também o texto de Luigi Paolo Comoglio e Vladimiro Zagrebelsky (Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1993, p. 461). No sentido de que a acusação deve *colocar todas as provas na mesa*, inclusive as que favoreçam ao acusado, ver: BABCOCK, Barbara Allen. Fair play: evidence favorable to an accused and effective assistance of counsel. *Stanford Law Review*, n. 34, 1981-1982, p. 1134. Já no sentido de que o sistema até privilegiaria a boa ética profissional, ver: LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system, cit., p. 716.

ainda, que o *combat effect* possa traduzir consequência patrocinadora da própria desigualdade na distribuição da justiça e que, como diz com grande acuidade Michelle Taruffo, a “equal justice under the law” acabe transformando-se em “unequal justice under the lawyers”.⁴⁵⁹

Sob a perspectiva do atingimento da perquirição dos fatos motivadores da persecução penal, o *wealth effect* pode privatizar a investigação e a apresentação da prova.⁴⁶⁰ Por sua vez, o *combat effect* é capaz de distanciar o processo penal do objetivo de atingimento da verdade. Afinal, da atividade parcial de recolha e apresentação das provas que melhor interessarem, cada parte pode ser estimulada a suprimir ou distorcer elementos de prova que lhes sejam desfavoráveis.⁴⁶¹

4.5. A contribuição do sistema adversarial à paridade de armas no processo penal

Ainda que se notem os pontos críticos do sistema adversarial, uma de suas características é o que justifica tomá-lo como propício à paridade de armas: é esse o modelo de processo que, potencialmente, mais leva a sério a ideia de igualdade de posições entre acusado e acusador. Eis aí o aspecto que justifica sua importância para a paridade de armas no processo penal.

Com efeito, e dado que a *party presentation* e a *party prosecution* são duas ideias centrais no processo adversarial, é o próprio Taruffo quem indica ser uma “condição fundamental do funcionamento do método adversarial” a necessidade de se garantir às partes uma relativa igualdade de capacidade defensiva no âmbito do processo.⁴⁶²

É no processo penal adversarial que se pode concretizar a ideia de processo penal de partes, inexistente, ao menos no núcleo, no processo penal acusatório. Afinal, assume-se em tal processo – e apenas nele – que a ação das partes é “motivada por interesses de caráter individual. Quando a parte tem de executar um ato a fim de evitar qualquer espécie

---

⁴⁵⁹ *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 94.

⁴⁶⁰ “Such a procedure is intrinsically skewed to the advantage of wealthy defendants, who can afford to hire the most skilled counsel and to pay for the gathering and production of defensive evidence” (LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 102).

⁴⁶¹ LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 103. Geraldo Prado arremata: “enquanto os modelos acusatório e inquisitório tocam à busca da verdade, as soluções penais consensuais trata de coisa diversa e por isso não se enquadram, diretamente, em quaisquer desses modelos” (Poder negocial (sobre a pena), *common law* e processo penal brasileiro..., cit., p. 310, item 57).

⁴⁶² *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 53.

de prejuízo processual, em grau máximo concretizado na experiência da sentença desfavorável, lhe incumbe uma carga processual.”⁴⁶³

O processo penal adversarial é um ambiente em que se dá um chamado *modelo de disputa*. Nele, para Maximo Langer,

las partes se encuentran en un plano de completa igualdad formal. Ambas tienen los mismos poderes procesales que incluyen, entre otros, la posibilidad de realizar supropia investigación sobre los hechos, la facultad de presentar testigos y peritos, la de interrogar los testigos y peritos propios y de la otra parte, la de alegar sobre la prueba producida y sobre el derecho, etcétera.⁴⁶⁴

Nas palavras de Taruffo,

a igualdade das partes é um pressuposto indispensável da *procedural justice*, sobretudo enquanto o processo adversarial depende em seus múltiplos aspectos da maneira como as partes o gerem. Isso equivale a dizer, ademais, que o processo adversarial pode funcionar de maneira justa só quando entre as partes não existe uma apreciável desigualdade de fora (econômicas) e de capacidades defensivas.⁴⁶⁵

Portanto, mesmo que se dê atenção às críticas, a característica da igualdade processual como inata ao sistema adversarial torna-o significativo para a paridade de armas no processo penal. A principal regra do jogo processual passa a ser a observância da igualdade das partes, e o resultado favorável a um lado ou outro acaba tornando-se uma contingência da argumentação mais eficaz de um ou de outro lado. Dizer que ganha quem joga melhor complementa-se com dizer que ganha quem joga melhor, observada a igualdade processual entre os contendores.

Reconhecer a crítica endereçada, quiçá com bons argumentos que a fundamentem, não desnatura o privilégio do estudo do processo penal adversarial com olhos na paridade de armas. Mesmo a crítica de Taruffo acerca da igualdade meramente formal pode ser vista sob outra perspectiva, com é a de Maximo Langer. Segundo esse autor, não basta, no que ele chama de *modelo de disputa*, a mera igualdade formal entre os adversários na cena processual. Há de se observar também que as partes tenham

não só os mesmos poderes formais, mas também similares poderes materiais que lhes permitam provar suas próprias hipóteses e refutar as

---

⁴⁶³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades...*, cit., p. 60.

⁴⁶⁴ From legal transplants to legal translations..., cit., p. 264.

⁴⁶⁵ *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 54.

alheias. Isso significa, fundamentalmente, que ambas as partes tenham similares recursos humanos e materiais para realizar suas próprias investigações fáticas – e jurídicas – e deste modo estar em pé de igualdade durante o juízo. Pelas mesmas razões, também é necessária uma igualdade não somente formal mas também material para que o imputado seja um autêntico sujeito de direitos e para que, em caso de negociações, a desigualdade material entre as partes não torne coativa toda a ameaça do acusador.⁴⁶⁶

A principal contribuição do processo penal adversarial à paridade de armas, pois, é a preocupação com a igualdade no tratamento dos sujeitos do processo e na distribuição das oportunidades para as manifestações com vistas ao convencimento do juiz. O processo penal adversarial preocupa-se com o começo de tudo: a igualdade das partes.

---

⁴⁶⁶ From legal transplants to legal translations..., cit., p. 265, tradução nossa.

5. O CONCEITO DE PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL

5.1. Retomada dos pontos de partida e metodologia do trabalho

Para que se chegue a um conceito útil de paridade de armas no processo penal, faz-se necessário repisar o que foi visto até aqui quanto ao extrato constitucional do princípio e ao sistema processual em que tal princípio pode ser aplicado.

A premissa constitucional de aplicação da paridade de armas no processo penal é a igualdade, particularmente a igualdade de tratamentos no processo entre acusado (em sentido amplo) e acusador.⁴⁶⁷ Por conta disso, abordou-se no capítulo 1 a evolução do conceito constitucional de igualdade formal e material. Ali se fez necessário explicar em que medida uma norma principiológica se concretiza no processo penal em oposição às outras normas de direito fundamental, que são as *regras*.

No capítulo 2, foram vistas as oscilações legislativas em cada Código de Processo Penal brasileiro, inclusive o atual. Tratou-se também do cenário do Código projetado no que tange à igualdade processual.

Já no capítulo 3, assumiu-se que o processo pode ser focado pela doutrina da situação jurídica (Goldschmidt) a fim de se perceber o embate entre acusador e acusado. De acordo com tal teoria, o papel do juiz é mais distante do que se vê no conceito de processo como relação processual, quando a figura judicial paira sobre a relação que anima a todos.

Dessa forma, cuidou-se dos principais problemas ora de um lado (o acusador e as questões decorrentes de se seguir a tradição de considerá-lo representante imparcial do Estado e parte), ora de outro (o acusado e as possibilidades de reação defensiva, dispensando-se-lhe as armas para fazer frente à acusação), ora, ainda, no que concerne à particularidade e aos limites da intervenção de terceiros no processo penal.

No capítulo 4, o trabalho se ocupou primeiro dos sistemas processuais penais como modelos estanques e separados (inquisitivo e acusatório), para então avançar no tratamento do sistema adversarial, fecundo ao desenvolvimento da paridade de armas.

---

⁴⁶⁷ Masha Fedorova e Antonio Cassese entendem que a paridade de armas não decorre da igualdade. Para Fedorova, paridade de armas é uma expressão do antigo princípio *audi altera partem* ou *audiatur et altera pars* (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 105-106). Cassese, por sua vez, considera que o princípio integra a garantia do *fair trial*, na esteira da doutrina do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), sem haver, contudo, um foco na igualdade (*International criminal law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 384).

Tal percurso possibilitou que se chegasse à abordagem dos julgados e comentários de doutrina que, neste capítulo, serão trazidos como nortes para o conceito de paridade de armas no processo penal.

Essa metodologia (de direito comparado e inclusive de direito processual penal internacional⁴⁶⁸) foi adotada também porque não há quase nenhum estudo no Brasil acerca da paridade de armas no processo penal.⁴⁶⁹ Afinal, quer pela pouca atenção que o Código vigente confere à repartição das possibilidades de argumentos acusatórios e defensivos no processo penal, quer, correlativamente a isso, pelo fato de a doutrina e a jurisprudência nacionais serem refratárias às lições que o direito internacional – inclusive no campo processual penal – pode dar ao assunto, ressentem-se de reflexões teóricas que, ao menos, tratem de questionar a aplicação do conceito ao direito processual penal brasileiro.

Ao que parece, há ainda clara oposição entre concepções autoritárias e libertárias do processo penal. É recente o entendimento segundo o qual o Estado não deve apenas e simplesmente condenar os culpados (e, para isso, dispor de recursos em prol das acusações), mas prover de garantias processuais os acusados (despendendo recursos também à defesa). Assim, diz-se acertadamente que “uma reconsideração da aplicação de regras processuais à luz do princípio da igualdade de armas é uma chave para a completa e efetiva realização da igualdade processual e julgamentos justos”.⁴⁷⁰

Por tais circunstâncias, na tentativa de chegar ao tal conceito útil de paridade de armas, usam-se julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH⁴⁷¹) – interpretação dada ao artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e

⁴⁶⁸ Rowland James Victor Cole, diz que “though the principle has flourished and gained acceptance as the bedrock of procedural fairness in the jurisprudence of the European Court of Human Rights as well as international and internationalized tribunals, its scope and application is somewhat constricted and contextualized in the latter” (*Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*. Tese (Doutorado) – Stellenbosch University, mar. 2010, p. 35).

⁴⁶⁹ Há obra de Welton Roberto, publicada em 2011, que é dedicada à paridade de armas no processo penal (*Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011) e um artigo de Maria Lúcia Karam (O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 394-406). Fora isso, não se notam enfoques diretos. Mauro Fonseca de Andrade afirma que “o princípio da igualdade de armas não recebeu uma atenção específica por parte da doutrina, já que raramente encontramos estudos realmente completos sobre o tema” (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 159).

⁴⁷⁰ Tradução livre de: “Therefore, a reconsideration of the application of procedural rules in light of the principle of equality of arms is the key to full and effective realisation of procedural equality and fair trial rights” (COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 36).

⁴⁷¹ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, firmada em Roma em 4 de novembro de 1950, em seu artigo 6º, ao tratar do chamado *processo equitativo*, dispõe que: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e

Políticos (doravante, PIDCP) pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDHONU)⁴⁷² – e julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).⁴⁷³ Em certa medida,

imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo” (A versão em língua portuguesa da Convenção é a constante da obra de Irineu Cabral Barreto: *A Convenção Européia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.).

⁴⁷² O Pacto, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, prevê, em seu artigo 14, o seguinte: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) a ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) a ser julgada sem dilações indevidas; d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) a ser assistida por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (A versão utilizada em português consta de documento publicado pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos, ago. 1997).

⁴⁷³ A Convenção, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, em seu artigo 8º, dispõe que: “1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente

também influenciam na construção do conceito julgados do Tribunal *ad hoc* da ex-República da Iugoslávia (ICTY⁴⁷⁴) e do Tribunal *ad hoc* de Ruanda (ICTR^{475 476}).

---

ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (A versão em português consta do mesmo documento publicado pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, citado na nota de rodapé anterior).

⁴⁷⁴ Já o artigo 21 do Estatuto do Tribunal, instituído pela Resolução 827 de 25 de maio de 1993, pela Organização das Nações Unidas, prevê, como direitos do acusado, os seguintes: “1. All persons shall be equal before the International Tribunal. 2. In the determination of charges against him, the accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to article 22 of the Statute. 3. The accused shall be presumed innocent until proved guilty according to the provisions of the present Statute. 4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him; (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (c) to be tried without undue delay; (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (f) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in the International Tribunal; (g) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt” (A versão em inglês do Estatuto do Tribunal consultada é a atualizada até setembro de 2009 e está disponível em: <http://icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>).

⁴⁷⁵ O artigo 20 do Estatuto daquele Tribunal instituído pela Resolução 955 de 8 de novembro de 1994, pela Organização das Nações Unidas, prevê, como direitos dos acusado, os seguintes: “1. All persons shall be equal before the International Tribunal for Rwanda. 2. In the determination of charges against him or her, the accused shall be entitled to a fair and public hearing, subject to Article 21 of the Statute. 3. The accused shall be presumed innocent until proven guilty according to the provisions of the present Statute. 4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he or she understands of the nature and cause of the charge against him or her; (b) To have adequate time and facilities for the preparation of his or her defence and to communicate with counsel of his or her own choosing; (c) To be tried without undue delay; (d) To be tried in his or her presence, and to defend himself or herself in person or through legal assistance of his or her own choosing; to be informed, if he or she does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him or her, in any case where the interest of justice so require, and without payment by him or her in any such case if he or she does not have sufficient means to pay for it; (e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her; (f) To have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used in the International Tribunal for Rwanda; (g) Not to be compelled to testify against himself or herself or to confess guilt” (A versão consultada, em inglês e francês, é a atualizada até a Resolução 1.901, de 16 de novembro de 2009, e está disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>>).

⁴⁷⁶ A propósito, as lições uniformes do que se pode entender como um mínimo de garantias processuais aos acusados estão previstas inclusive no Tribunal Penal Internacional, o que se percebe da leitura de seu artigo 67: “1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks; (b) To have adequate time and facilities for the preparation of the defence and to communicate freely with counsel of the accused's choosing in confidence; (c) To be tried without undue delay; (d) Subject to article 63, paragraph 2, to be present at the

O que se usa de direito comparado para a pesquisa do conceito da paridade de armas no processo penal não é, topicamente, o estudo de seu tratamento em determinados países. Isso porque há consenso no sentido de que seu desenvolvimento se deve, muito mais do que ao tratamento no direito positivado de cada Estado, àquele que lhe é dado pelos organismos internacionais.

Assim, como justificativa para a limitação das fontes do direito processual penal comparado, é possível afirmar que não se atinge a matriz conceitual do princípio a partir do plano do direito processual penal comparado de cada país, mas sua aplicação é que pode variar em cada um deles.⁴⁷⁷ Da matriz advinda dos precedentes e estudos doutrinários é que se pode dizer que, de país para país, a incidência do princípio é notada com maior ou menor clareza, dadas as vicissitudes de cada ordenamento processual penal.

Por isso mesmo – ou seja, devido às configurações próprias a cada processo penal – seria infrutífera, além de aleatória, a abordagem do princípio não a partir dos organismos internacionais que lhe deram a configuração atual, mas a partir de sua manifestação em cada país.

Da matriz uniforme pode-se ver, por exemplo, as distinções que o direito processual penal alemão e o colombiano dão à matéria: enquanto a doutrina processual penal alemã define como fundamento interno da paridade de armas a cláusula do *Estado de Direito* (art.

trial, to conduct the defence in person or through legal assistance of the accused's choosing, to be informed, if the accused does not have legal assistance, of this right and to have legal assistance assigned by the Court in any case where the interests of justice so require, and without payment if the accused lacks sufficient means to pay for it; Rome Statute of the International Criminal Court; (e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her. The accused shall also be entitled to raise defences and to present other evidence admissible under this Statute; (f) To have, free of any cost, the assistance of a competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness, if any of the proceedings of or documents presented to the Court are not in a language which the accused fully understands and speaks; (g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence; (h) To make an unsworn oral or written statement in his or her defence; and (i) Not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal. 2. In addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide” (O Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional foi adotado em 17 de julho de 1998 e está em vigor desde 1º de julho de 2002. A versão em inglês do Estatuto do Tribunal está disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>).

⁴⁷⁷ “In this context, it is crucial to understand that the interpretation of equality of arms in the human rights context does not depend on the different domestic criminal procedural models. However, the application of this principle can only be understood having regard to the contextual features of one particular model. In other words, although the human rights case law provides a general minimum understanding of the values and norms involved, it can only guide the application *in concreto*” (FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 18).

20, III, Lei Fundamental de 1949⁴⁷⁸), na Colômbia se tem notícia de que o princípio da paridade de armas se aplica a partir da *igualdade* (art. 13, Constituição Colombiana de 1991).⁴⁷⁹ Já em estudo dirigido ao processo civil em doutrina portuguesa, nota-se que se tomam como “fundamentos originários” da paridade de armas a “própria dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito democrático, o processo equitativo e o princípio da igualdade”.⁴⁸⁰

A utilidade do estudo de direito comparado para este trabalho, pois, não é a de pensar na conformação do princípio da paridade de armas em cada país, mas sim a de delimitar o conceito a partir dos órgãos internacionais que lhe deram atenção.

A centralidade do presente capítulo para o trabalho impõe que se tente distinguir entre o que a paridade de armas *não é* para, assim, definir o que ela *é*. Depois, espera-se dizer *a quem* (só ao réu em processo penal, ou também ao investigado na fase pré-judicial da persecução penal, ou a quem se encontra na fase executiva do processo penal) a aplicação do princípio se destina.

É claro que tratar do *quem* significa responder ao *quando* da aplicação do princípio – isto é, se cobre só o arco da fase judicial do processo penal ou se, ao contrário, abrange também a fase investigativa e, depois de trânsito em julgado de condenação, a de execução da pena – e também ao *onde* ele se aplica – isto é, quais são as *situações* de incidência do princípio.

Além de permitir a separação daquilo que a paridade de armas *não é*, faz-se necessário pensar no *destinatário* da norma, bem como no *momento* e na *situação* de sua aplicação. Isso auxilia a defini-la inclusive do ponto de vista de seu tratamento como

⁴⁷⁸ “O poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executive e judicial obedecem à lei e ao direito” (ALEMANHA. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1996). Da doutrina alemã que se debruçou especificamente sobre o tema, pode-se citar Günther Kohmann (Waffengleichheit im Strafprozess? In: BAUMANN, Jürgen; TIDEMANN, Klaus (Coords). *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1974, p. 311-321). O autor não trata do fundamento constitucional da aplicação do princípio, mas é pródigo em elencar a raiz conceitual no artigo 6º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Arthur Hartmann e Rolf Schmidt abordaram a paridade de armas a partir da mesma raiz (art. 6º, 1, CEDH) para dizer que o princípio se encontra previsto no artigo 20, III, da Lei Fundamental (*Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens*. 4. auflage. Gragsberg bei Bremen: Schmidt, Dr. Rolf Verlag, 2012, p. 33-34).

⁴⁷⁹ GONZÁLEZ, Alfonso Daza. *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2010, p. 29-33. Na pesquisa de precedentes feita pelo autor, nota-se que também a Corte Constitucional Colombiana vê na paridade de armas a concretização da regra constitucional da igualdade e que o conceito do princípio se extrai do artigo 6º, 1, da CEDH. O precedente citado é o julgamento pela Sala Plena da Corte Constitucional, sentença C-396, de 2007.

⁴⁸⁰ COSTA, Tiago Félix da. *A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 37.

norma de direito fundamental, porque desse modo se pode chegar ao seu suporte fático (amplo) no processo penal. E só assim é possível cogitar, depois, de restrições justificáveis.

Com a cautela de se tratar do tema a partir da premissa de construção teórica e prática que se atingiu *fora* do cenário processual penal brasileiro, enfoca-se a matéria para se tentar, na sequência, construir um conceito que se deseja cientificamente justificável.

5.2. Enfoques gerais a partir dos julgados do TEDH

Desde os primeiros precedentes do TEDH, o princípio da paridade de armas tem-se consagrado, nas palavras de Stefan Trechsel, como um “elemento essencial do processo equitativo”.⁴⁸¹ Há quem hoje o tome por “sacrossanto”⁴⁸² e por “uma das grandes aporias do moderno processo penal”.⁴⁸³

Atualmente, pelos precedentes do Tribunal e pelos autores que atentaram ao assunto, a importância que a paridade de armas atingiu é tamanha que ela é encarada tanto como o ponto inicial de qualquer exame de garantias específicas do artigo 6º, 1, da CEDH,⁴⁸⁴ quanto como a porta de entrada para que qualquer processo penal seja considerado justo e consistente com parâmetros de direitos humanos,⁴⁸⁵ ou, ainda, como um dos elementos significativos do processo equitativo.⁴⁸⁶ Nem sempre foi assim, contudo,

⁴⁸¹ TRECHSEL, Stefan (With the assistance of Sarah J. Summers). *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 94. Nas palavras do autor, que foi juiz do Tribunal *ad hoc* da ex-Iugoslávia e Presidente da Comissão Europeia de Direitos Humanos, além de Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Zurique: “It is an essential element of a fair Trial”. Enrique Bacigalupo Zapater, quando integrava a Suprema Corte da Espanha, dizia que o princípio da paridade de armas é o “princípio fundamental e estrutural do processo com todas as garantias” (La noción de un proceso penal con todas las garantías. *Manuales de Formación Continuada*, Madrid, n. 22 (Derechos procesales fundamentales), 2004, p. 475).

⁴⁸² COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 38.

⁴⁸³ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, fascículo 1, jan./mar 1991, p. 77.

⁴⁸⁴ SUMMERS, Sarah J. *Fair trials: the European criminal procedural tradition and the European court of human rights*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 104.

⁴⁸⁵ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure. *International Criminal Law Review*, Netherlands, n. 5, 2005, p. 514.

⁴⁸⁶ WĄSEK-WIADEREK, Małgorzata. *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European Countries: a comparative view*. Leuven: Leuven University Press, 2000, p. 23; UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*. v. II. Milão: Giuffrè, 2006, p. 15; FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 30. Em nota de rodapé (n. 38), a autora cita o entendimento de Nowak, segundo quem a paridade de armas é o mais importante critério do *fair trial*. Aparentemente situando a paridade de armas apenas como uma decorrência do direito de ser ouvido: HARRIS, David J.; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*. London; Edimburgh; Dublin: Butterworths, 1995, p. 202.

e a aplicação do princípio tal qual hoje é conhecido tampouco teve início propriamente no campo processual penal.

Enquanto Trechsel⁴⁸⁷ e Stefania Negri⁴⁸⁸ tomam o caso *Dombo Beheer v. Netherlands*, julgado pela Corte em 1992,⁴⁸⁹ como o primeiro precedente do que depois veio a se consagrar como o princípio da paridade de armas, Sarah J. Summers noticia que, já em 1959, no caso *X v. Sweden (Application n° 434/58)*,⁴⁹⁰ a paridade de armas era trazida à baila em processo civil.

A respeito das distintas abordagens, é oportuno lembrar que, em processo civil, a noção de partes contrapostas é mais difundida do que em processo penal, pois as partes que contendem no âmbito processual civil, via de regra, defendem interesses particulares. Além disso, é mais fácil afirmar a pertinência do princípio da paridade de armas⁴⁹¹ em processo civil, pois autor e réu se situam equidistantes e têm abstratamente as mesmas potencialidades argumentativas.⁴⁹²

Por conta da distinção entre processo penal e processo civil, enfim, os autores que se têm debruçado sobre o tema da paridade de armas veem com ressalvas sua aplicação irrestrita e incondicional no processo penal. Dentre os mais recentes, cabe mencionar Vittorio Grevi, que lembra existir no processo penal uma desigualdade *natural* de posições

⁴⁸⁷ *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 96.

⁴⁸⁸ *The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 515.

⁴⁸⁹ *Application n° 1.448/88*, julgado em 9 de setembro de 1992. Giulio Ubertis toma como os primeiros precedentes em que a Corte teria se pronunciado acerca da paridade de armas o caso *Delcourt v. Belgium (Application n° 2.689/65)*, julgado em 17 de janeiro de 1970) e o caso *Neumeister v. Áustria (Application n° 1.936/63)*, julgado em 27 de junho de 1968) (*Argomenti di procedura penale*, cit., p. 15, rodapé n. 4). No mesmo sentido do autor italiano, Coral Aranguena Fanego cita os dois casos mencionados como os primeiros precedentes em âmbito processual penal da paridade de armas (Exigencias en relación com la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d. del CEDH. In: ROCA, Javier Garcia; SANTOLAYA, Pablo (Coords.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 455, rodapé n. 10. A bem da verdade, contudo, mesmo nesses precedentes a Corte já aludia a prévios enfrentamentos da matéria. É o que se vê, por exemplo, na menção feita em *Delcourt* aos casos *Ofner*, *Hopfinger*, *Pataki* e *Dunshirn (Delcourt, § 15)* e inclusive a *Neumeister (Delcourt, § 28)* e no caso *Neumeister*, a enfrentamentos anteriores quer da Corte, quer da Comissão Europeia dos Direitos Humanos sobre a matéria (*Neumeister*, §§ 22 e ss.).

⁴⁹⁰ Notícia a autora que, naquele caso, o aplicante não pôde, por lhe ter sido vedado entrar no território suíço, participar pessoalmente do julgamento que envolvia seu direito de ver o próprio filho. Ao decidir o caso, entendeu-se ter havido violação ao artigo 6º, 1, da CEDH (*Fair trials*..., cit., p. 105, rodapé n. 35).

⁴⁹¹ Neste trabalho, afirma-se que a paridade de armas decorre da igualdade, e não do contraditório. No sentido de o princípio se ligar ao contraditório, e não à igualdade, ver: ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*, cit., p. 93 e 99; FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 105-106. Tiago Félix da Costa não separa com clareza a paridade de armas e o contraditório. Ao contrário, aponta a origem remota daquela como dependente deste (*A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*, cit., p. 29).

⁴⁹² A propósito, Malgorzata Wasek-Wiaderek lembra que a reconvenção só é admitida em processo civil, e não no processo penal, como também que no processo penal o acusado pode ser condenado se a ação penal for julgada procedente, mas se esta for julgada improcedente, não se condena o acusador (*The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 50).

entre acusação e defesa, o que denota, em suas palavras, a impossibilidade de se realizar dentro do processo uma rígida e absoluta condição de *paridade* entre as partes.⁴⁹³

A propósito do enfoque do princípio para o processo penal, há até quem diga que, devido ao fato de o acusado ter rompido com a legalidade – na medida em que a ele se atribui a prática de um crime –, a paridade de armas implica a concessão ao Estado de certo privilégio para que se possa *reparar* a quebra da ordem jurídica em razão do crime atribuído a alguém.⁴⁹⁴

De volta ao campo próprio do processo penal, Sarah J. Summers faz referência a dois precedentes do TEDH que, no fim da década de 1950, teriam sido os dois primeiros casos específicos de processo penal a desafiar o posicionamento do Tribunal. São eles: *Ofner and Hopfinger v. Austria* (Applications nº 525/59 e 617/59 ⁴⁹⁵) e *Pataki and Dunshirn v. Áustria* (Applications nº 596/59 e 789/60).⁴⁹⁶ No último precedente citado, aliás, a Corte teria afirmado:

⁴⁹³ GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale “giusto”*: itinerarie e prospettive. Milão: Giuffrè, 2000, p. 160. A propósito, ver também: RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas, cit., p. 87. Paolo Ferrua lembra que um “nivelamento de situações subjetivas seria irrealizável no processo penal onde o ministério público exerce poderes autoritativos inconcebíveis pelo defensor. Nem se pode pensar em uma perfeita simetria sobre o terreno da produção da prova” (*Il ‘giusto processo’*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2007, p. 49). Ainda: WASEK-WIADEREK, Małgorzata. *The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 50; ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 80-81.

⁴⁹⁴ Esse ponto de vista não é encampado neste trabalho. De toda forma, para Mauro Fonseca Andrade, a paridade de armas permitiria a desigualdade de forças entre acusação e defesa porque serviria para “para neutralizar a vantagem inicial que o suposto criminoso possui em relação ao próprio Estado” (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 173). A nosso juízo, o raciocínio de tal autor não esconde desconsideração da presunção de inocência do imputado, mormente no exemplo citado, em que as desigualdades entre acusação (pública) e defesa se dão logo no início da persecução penal.

⁴⁹⁵ No caso se debateu o papel de parte ou de *custos legis* do órgão acusatório. É verdade que, no precedente – o qual, ao que parece, mereceu críticas da autora justamente por conta do que aqui apenas se lembra neste rodapé –, distinguiu-se o papel do órgão acusatório se atuante de uma forma ou de outra e, quando apenas *bateu carimbo* numa determinada fase processual, entendeu-se não haver violação do princípio (*Fair trials*..., cit., p. 106-107). A expressão *bateu carimbo* consta da obra referida na seguinte passagem: “He had simply ‘rubber stamped’”. Páginas à frente, a autora cita o precedente *Borgers v. Belgium* (Application nº 12.005/86, julgado em 30 de novembro de 1991), em que, segundo ela própria, “things looked rather different”. Ali, disse a autora, “those affiliated with the prosecution cannot logically be seen, particularly on the institutional level, as impartial, and thus cannot be permitted to communicate privately with the judiciary” (p. 109-110).

⁴⁹⁶ Nesse caso, permitiu-se ao órgão acusatório, em apelação de condenação, pleitear – com sucesso – acréscimo de pena, e aos acusados não se permitiu contra-arrazoar o pleito acusatório. O resultado concreto foi que a condenação de *Pataki* passou de 3 para 6 anos de prisão; e de *Dunshirn*, de 14 meses para 54 meses de prisão. No precedente, entendeu-se inclusive que não seria sequer necessária a demonstração do prejuízo, já que – nas palavras da autora – “In order for a violation to be found it was sufficient if one party was afforded an opportunity to influence the court that was not awarded to the other party” (*Fair trials*..., cit., p. 104, rodapé n. 24, e p. 106). Esse mesmo entendimento, de que basta a ofensa à norma protetiva, independentemente da prova do prejuízo, foi repetido em outros julgamentos do TEDH: *Sharomov v. Russia* (Application nº 8.927/02, julgado em 15 de abril de 2009; particularmente o § 44). Também em *Lanz v. Austria* (Application nº 24.430/94, julgado em 30 de abril de 2002), dispensou-se a prova do prejuízo para

a igualdade de armas, isto é, a igualdade processual entre o acusado com o acusador público, é um elemento inerente ao ‘fair trial’. Sobre se tal igualdade tem sua base legal no parágrafo 3º depende da interpretação que se dê aos subparágrafos (b) e (c). A comissão não precisa expressar uma opinião definitiva nesta questão, já que em qualquer caso é fora de dúvida que o conceito amplo e genérico de um ‘fair trial’, contido no parágrafo 1º do artigo 6º, envolve a noção de igualdade de armas.⁴⁹⁷

Dessa forma, tanto no caso *Dombo Beheer* quanto nos precedentes mais remotos de *Ofner e Pataki*, na justiça civil e na justiça criminal, a questão central da paridade de armas era vista como a oportunidade razoável dada a cada parte de apresentar seu caso – inclusive sua prova⁴⁹⁸ – sob condições que não a colocasse em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente.⁴⁹⁹

A partir de sua análise sobre o precedente *Bulut v. Áustria*,⁵⁰⁰ Stephan Trechsel traçou um paralelo entre a aplicação do preceito na justiça civil e na justiça criminal. Enquanto na primeira há preocupação com a igualdade na apresentação da prova, isso inexistente no âmbito processual penal justamente por inexistir o ônus probatório defensivo. Além disso, enquanto na justiça civil se trabalha com a noção de *substancial* desvantagem entre os oponentes, na criminal não se chega a tanto, dadas as diferenças funcionais entre acusador e acusado.⁵⁰¹

ver a violação do princípio da paridade de armas. A propósito, no § 58: “As regards the contents of submissions filed by the prosecution, the Court recalls further that the principle of the equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality. It is a matter for the defence to assess whether a submission deserves a reaction. It is therefore unfair for the prosecution to make submissions to a court without the knowledge of the defence (*Bulut v. Austria* judgment, op.cit. § 49)”. Elisa Toma entende que o primeiro precedente da paridade de armas foi ainda outro, enfrentado só pela Comissão de Direitos Humanos do TEDH, e não pela Corte: *Szwabowicz v. Sweden*, *opinion of* 30.06.1959, *application* nº 434/58 (The principle of equality of arms: part of the right to a fair trial. *Law Review Judicial doctrine and case-law online quarterly publication*, v. II, issue 4, oct./dec. 2012, p. 9). Como primeiro precedente enfrentado pela Corte, Elisa Toma cita *Neumeister v. Áustria* (*Application* nº 1.936/63, julgado em 27 de junho de 1968).⁴⁹⁷ WĄSEK-WIADEREK, Malgorzata. *The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 23; no original: “The equality of arms, that is the procedural equality of the accused with the public prosecutor, is an inherent element of ‘fair trial.’ Whether such equality has its legal basis in paragraph 3 depends upon the interpretation of subparagraphs (b) and (c). the commission needs not express a definitive opinion on this question, since in any case it is beyond doubt, that the wider and general provision of a ‘fair trial, contained in paragraph 1 of art. 6, embodies the notion of ‘equality of arms’”.

⁴⁹⁸ “Infine, giova rammentare che i principali momenti processuali in cui va tutelata la parità delle armi possono essere individuati in quelli corrispondenti all’acquisizione (distinta nei suoi momenti dell’ammissione e dell’assunzione) probatoria, all’esposizione delle argomentazioni volte a persuadere il giudice e alla deliberazione” (UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 15).

⁴⁹⁹ O período é uma tradução literal da passagem de Trechsel (*Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 96) e de Stefania Negri (The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 515).

⁵⁰⁰ Application nº 17.358/90, julgado em 22 de fevereiro de 1996.

⁵⁰¹ *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 96-97.

Quanto a essa distinção, Masha Fedorova, além de também tratar do ônus probatório da acusação, entende que a omissão do termo *substantial* seria proposital porque, em processo penal, *qualquer* desvantagem à defesa deve ser evitada.⁵⁰²

Em caso emblemático ocorrido na seara do direito processual civil, dois ativistas do *Greenpeace* inglês foram processados pelo *McDonald's* por divulgarem panfletos ofensivos e prejudiciais às práticas comerciais daquele grupo empresarial. No precedente, o TEDH vislumbrou ofensa ao princípio da paridade de armas porque, entre outros fatores, enquanto os réus tiveram sucessivos defensores nomeados e sempre reclamaram da carência de recursos – desde para extraírem cópias do processo, até para pagarem custas e despesas gerais de recursos –, o conglomerado multinacional, que era defendido pelas melhores bancas de advocacia, não se viu tolhido em qualquer particularidade do direito de ação.⁵⁰³

Conquanto se note a noção genérica de paridade de armas como uma ideia de “certa equivalência” entre acusação e defesa⁵⁰⁴ no processo penal (daí prevalecer o entendimento de que o princípio tem sua sede no artigo 6º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem),⁵⁰⁵ isso não impede a percepção de suas particularidades a depender de situações concretas. Assim, mesmo que se veja a matriz do princípio naquele dispositivo, observam-se desdobramentos em seus referidos incisos (art. 6º, 3, da CEDH).

A partir da premissa – repetida tanto na doutrina quanto nos precedentes do TEDH – de a paridade de armas equivaler a uma razoável oportunidade a cada parte de apresentar seu caso sob condições que não a coloque em desvantagem *vis-à-vis* seu oponente, corresponder a uma condição de verificação de se estar ou não diante de processo

⁵⁰² *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 37. “However, the omission of ‘substantial’ could imply that *any* disadvantage for the defence must be avoided.”

⁵⁰³ *Steel and Morris v. United Kingdom*, Application nº 68.416/2001, julgado em 15 de fevereiro de 2005). Naquele caso se colheram mais de 130 testemunhos e o julgamento da apelação durou 28 dias, o que seria facilmente suportável pelo *McDonald's*, mas não pelos dois aplicantes que, inclusive, estavam desempregados à época. A propósito, ver: COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 49.

⁵⁰⁴ TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 96. O autor lembra ser apenas na teoria que a acusação pública é imparcial e a defesa não. Lembra, também, o sabido desequilíbrio de forças inato ao processo penal, pois medidas de coerção como mandados de prisão, interceptações telefônicas, buscas e apreensões e disponibilidade de grande aparato tecnológico são típicos da acusação pública, ao passo que nada disso, em regra, está disponível ao acusado. Nas palavras do autor, “one might recall fights of gladiators in ancient Rome where one was in armour and equipped with a sword, whilst the other was unprotected and equipped with a net and a trident”.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, ver: HARRIS, David J.; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 207.

equitativo,⁵⁰⁶ e inclusive poder ser lida como “apenas um elemento do conceito mais amplo de fair trial”,⁵⁰⁷ chega-se às situações específicas em que o princípio já teve a aplicação posta à prova.

---

⁵⁰⁶ *Neumeister v. Austria* (Application nº 1.936/63, §§ 22 e ss.); *Kennedy v. United Kingdom* (Application nº 26.839/05, julgado em 18 de maio de 2010; a partir do § 184, além de traçar a linha geral do princípio da paridade de armas com citações de outros precedentes, cuida-se de enfocar as medidas de excepcionalidade, haja vista o balanceamento que poderia fazer com que o princípio não tivesse aplicação em algum caso concreto); *Pishchalnikov v. Russia* (Application nº 7.025/2004, julgado em 24 de dezembro de 2009; a partir do § 68, trata-se da paridade de armas no que tange ao direito de não se autoincriminar e sua observância dependente da participação de advogado ao interrogatório policial); *Huseyn and others v. Azerbaijan* (Applications nº 35.485/05, 45.553/05, 35.680/05, 36.085/05, julgado em 26 de outubro de 2011; no § 188, pode-se ler, com citações de outros precedentes do TEDH, a noção geral de paridade de armas e sua aplicação tanto em processo penal quanto em processo civil); *Ali v. Romania* (Application nº 20.307/02, julgado em 9 de dezembro de 2010; aqui, a menção à paridade de armas está nos §§ 101 a 104 e a temática foi sobre as distinções entre agente infiltrado e agente provocador para concluir que mesmo a utilização da técnica de agente infiltrado não pode aniquilar os direitos defensivos de ter a prova produzida em sentido contrário valorada e de poder contar com a isenção judicial para cobrar que os infiltrados sejam, se for o caso, ouvidos em juízo); *Zhuk v. Ukraine* (Application nº 45.783/05, julgado em 21 de outubro de 2010; a menção ao princípio está nos §§ 25 a 35, centrada em não ter sido garantida a presença do acusado ou defensor em audiência na qual o promotor de justiça esteve presente e produziu provas em prol da acusação); *Dolenec v. Croatia* (Application nº 25.282/06, julgado em 26 de fevereiro de 2010; no § 207 a Corte se defrontou outra vez com citação da regra geral do princípio e o aplicou em situação na qual se questionava o acesso defensivo a documentos dos autos; no precedente, cuidou-se também de tratar de possíveis exceções à incidência do princípio, a depender de situações contrárias justificantes). Em caso no qual também a Corte se defrontou com documentos aos quais a defesa não teve acesso – e inclusive teve ligação com o Brasil, dado que o acusado teria deixado Mato Grosso rumo a Londres com vistas ao tráfico internacional de drogas –, a matéria foi enfrentada, a saber: *Atlan v. The United Kingdom* (Application nº 36.533/97, julgado em 19 de setembro de 2001; ver §§ 36 a 46). *Lazoroski v. the former yugoslav republic of Macedonia* (Application nº 4.922/04, julgado em 8 de janeiro de 2010; nos §§ 68 a 70, a Corte se defronta com a paridade de armas a partir da reconhecida violação ao acesso às provas escritas que foram levadas ao Judiciário); *Rasmussen v. Poland* (Application nº 38.886/05, julgado em 28 de julho de 2009; reconheceu-se violação à paridade de armas quer no ponto da regra geral aqui tratada, no § 42, quer no reconhecimento, que se estampou no § 51, da violação ao princípio por conta de não se ter apresentado ao acusado a prova documental que lhe dizia respeito, isso ante o argumento de que os documentos seriam confidenciais eis que produzidos durante o período ditatorial daquele país). Similar ao último julgamento citado: *Luboch v. Poland* (Application nº 37.469/05, julgado em 15 de abril de 2008; pertinentes, nesse julgamento, os §§ 59 a 73). Ainda: *Matyjek v. Poland* (Application nº 38.184/03, julgado em 24 de abril de 2007, §§ 55 a 65); *Natunen v. Finland* (Application nº 21.022/04, julgado em 31 de março de 2009; na situação concreta, a polícia havia selecionado as provas colhidas e na sequência separado o que interessava à acusação e encaminhado à acusação, mas não ao acusado; as provas que a polícia entendeu não interessar foram simplesmente destruídas. Nos §§ 39 e 41 tratou-se da paridade de armas correlacionada ao processo penal adversarial). Em *Abbasov v. Azerbaijan* (Application nº 24.271/05, julgado em 17 de abril de 2008), entendeu-se, nos §§ 26 a 34, que a não comunicação ao acusado e tampouco ao advogado para a sessão em que foram julgados os apelos defensivos e acusatórios viola a paridade de armas. Particularmente no caso, o princípio foi enfocado à luz, inclusive, do sistema adversarial. Em *Stoimenov v. The former republic of Macedonia* (Application nº 17.995/02, julgado em 5 de junho de 2007), entendeu-se que o indeferimento a pedido defensivo de indicação de novos peritos para que se lhe possibilitasse contrariar a perícia oficial feriu a paridade de armas. Ver, a esse respeito, os §§ 41 e 42. Em sentido parecido com esse julgado, mas com a particularidade de se tratar de acusação de pedofilia praticada contra parentes, em processo no qual os peritos que diriam da sanidade mental do acusado após recebimento de nova documentação pela acusação acabaram por confeccionar novo laudo mais gravoso à defesa, que não pode contratar perícia para contrariar o novo laudo pericial preparado em pouco espaço de tempo, *G.B. v. France* (Application nº 44.069/98, julgado em 2 de janeiro de 2002; Particularmente §§ 37, 45, 56 a 59 e 64 a 70). Em *Salov v. Ukraine* (Application nº 65.518/01, julgado em 6 de dezembro de 2005), entendeu-se que a chegada de um protesto do Ministério Público à prisão em que o acusado cumpria pena sem que ele pudesse ter ciência prévia do documento para sobre ele se manifestar configurou violação à

5.2.1. Julgados do TEDH: momento da incidência do princípio

Antes de abordar as particularidades de situações concretas que propiciaram, conforme a doutrina tem apontado, certo catálogo de aplicação do princípio, importa fazer uma advertência e tratar da aplicação a partir de uma determinação temporal.

A advertência consiste em que, desde o fim dos anos 1980, como já se mencionou em rodapé e conforme aponta Sarah J. Summers, tem sido corrente a ideia de paridade de armas atrelada ao que se entende por processo adversarial.

O processo penal adversarial, conquanto propício e fecundo à aplicação da paridade de armas, não é condicionante absoluto de sua aplicação. Em outras palavras: a paridade de armas não pressupõe, necessariamente, que o modelo processual penal seja o adversarial.⁵⁰⁸ Assim, em coro à doutrina de Sarah J. Summers, se por um lado se nota quão “crescentemente comum” tem sido encontrar os conceitos “citados juntos”,⁵⁰⁹ algo que se percebe particularmente porque as noções podem ser próximas (principalmente no campo probatório), por outro, como aponta a autora, “a igualdade de armas significa que deve haver um balanceamento de oportunidades processuais entre defesa e acusação, enquanto o processo adversarial garante o direito de a defesa ser informada sobre e ser capaz de questionar os pedidos da acusação”.⁵¹⁰

A adversarialidade do processo não é dependente da observância do princípio da paridade de armas; e nem a recíproca é verdadeira, até porque não se concorda com a ideia

paridade de armas. Outra vez, quer como regra geral do princípio referido pelo TEDH, quer pela ligação que comumente se vê entre a paridade de armas e o sistema adversarial, §§ 87 e 88.

⁵⁰⁷ *Delcourt v. Belgium* (Application nº 2.689/65, julgado em 17 de janeiro de 1970, § 28, tradução nossa).

⁵⁰⁸ FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 47-49.

⁵⁰⁹ “With the development of the case law it becomes increasingly common to find the concepts cited together” (*Fair trials...*, cit., p. 110). É interessante ressaltar que Rowland James Victor Cole afirma que o princípio da paridade de armas remonta ao *trial by battle* e reconhece que ele tem raiz tanto no sistema de *common law* quanto no de *civil law* (*Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 34-38). Mauro Fonseca de Andrade, para tratar da origem do princípio, cita duas correntes (uma de direito germânico e outra de direito anglo-saxônico) e nega a aplicação de ambas. Ele defende a ideia de que a origem da paridade de armas remontaria ao período romano. O que há de incontroverso entre todos os autores é que a noção de paridade de armas traz em si mesma a ideia de ritualização de uma guerra, “onde há a regulamentação não somente do tempo ou lugar de seus atos, mas também das armas que poderão ser utilizadas pelos contendores. Essa seria, portanto, a explicação para a referência a armas no princípio da igualdade, quando aplicada especificamente ao direito processual penal” (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 160).

⁵¹⁰ Tradução livre de: “The equality of arms means that there must be a balance of procedural opportunities between defence and prosecution, while adversarial procedure guarantees the right of the defence to be informed of and be able to challenge the prosecution’s submissions” (*Fair trials...*, cit., p. 112).

de que a incidência do princípio da paridade de armas depende da existência de *partes* em sentido restrito.

Feita a advertência, passa-se aos precedentes do TEDH que salientaram a paridade de armas na aplicação temporal. A análise leva em conta a coação sofrida pela pessoa e a natureza dos atos (tidos como indicativos de conduta penal) que lhe são imputados, mas não o aspecto formal de haver partes no processo penal.

Desde fins da década de 1970, com o julgamento de *Engel and others v. The Netherlands*,⁵¹¹ a Corte entende que o conceito de acusação penal independe da qualificação jurídica dada a ele por cada Estado que acate sua jurisdição. Assim, quer pela consequência na liberdade do imputado, quer pela gravidade mesma dos atos praticados – e as duas circunstâncias são analisadas pelo TEDH –, deduz-se a natureza criminal ou não dos atos apreciados por cada tribunal nacional.

Pode-se dizer, a propósito, que o TEDH tem, a partir de *Engel*, uma metodologia trifásica para definir a autonomia do conceito de *criminal charge*. É a seguinte: i) classificação dada pelo Estado signatário da CEDH; ii) natureza da conduta praticada pelo investigado que venha bater às portas do TEDH; iii) severidade da punição. Os três critérios são sucessivos. Caso a classificação do Estado coincida com a do TEDH pela afirmativa da existência de uma questão criminal, dispensam-se os outros dois.⁵¹²

E em se determinando ser a questão de natureza criminal – para que não se perca de vista a aplicação da paridade de armas no processo penal –, o TEDH tem sido atento à impositividade do princípio desde o momento em que existe a carga criminal. Daí ser possível, inclusive, distinguir a *natureza* da questão (se criminal ou não e, com isso, a incidência das normas protetivas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) a partir da *coação* dirigida ao cidadão. Afinal, a expressão debatida no TEDH e sobre a qual aqui se fala é composta de duas palavras: *criminal* e *charge*.

No que tange à carga (*i.e.* à *charge*), ela se materializa no momento em que se dá “a notificação oficial ao indivíduo por uma autoridade competente acerca de uma alegação de

---

⁵¹¹ *Applications* nº 5.100/71; 5.101/71; 5.102/71; 5.354/72; 5.370/72, julgado em 8 de junho de 1976.

⁵¹² HARRIS, David J.; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 166. Se o TEDH não tivesse sua construção, dizem os autores, com razão, seria muito simples a um determinado Estado signatário descumprir a convenção fazendo prevalecer a particular capitulação jurídica que *não* trate uma conduta como crime, mas que o seja quer pela gravidade, quer pela consequência. Um ponto crucial a propósito da autonomia atingida pelo TEDH nesse ponto viu-se em *Ozturk v. Germany* (*Application* nº 8.544/79, julgado em 23 de outubro de 1984). Ali se questionou a consequência de um ato de direção perigosa, não mais tido como crime na Alemanha, mas que foi entendido como justificante da incidência das normas protetivas da CEDH em razão de suas consequências ao aplicante.

que ele cometeu um crime ou algum outro ato que traga a implicação de tal alegação e que, da mesma forma, afete substancialmente a situação do suspeito”.⁵¹³ A *criminal charge*, portanto, pode advir quer com a sinalização de investigação em desfavor de alguém, quer – como é o mais comum dos casos – com a medida de prisão, quer inclusive com outros atos, como a decretação de medidas cautelares patrimoniais.⁵¹⁴

Assim, ao imaginar a natureza da questão (*criminal*) ou ao se referir ao momento em que a coação se nota (*charge*), o que se vê dos precedentes do TEDH é uma prevalência de interpretação material – e não meramente formal – do ato que, se em tese praticado por alguém, pode fazer incidir as normas protetivas da CEDH.⁵¹⁵ E ainda, na explicação da monografia de Malgorzata Masek-Wiaderek, os critérios usados pelo TEDH decorrem, inclusive, da constatação de que o processo penal deve ser justo como um todo e que seria impossível ao juiz apreciar sua licitude com a mera visão parcial de seus acontecimentos.⁵¹⁶

Como nada disso depende da tecnicidade de haver acusação oficial posta em juízo, tem-se entendido, inquestionável e corretamente, que o princípio independe do qualificativo formal do investigado como *parte*. Esse entendimento parece ser irreprovável até mesmo à luz da necessidade de, uma vez verificada a existência de imputação penal – o que independe da fase processual em que a persecução penal se encontra –, dar-se a oportunidade de defesa.⁵¹⁷

---

⁵¹³ HARRIS, David J.; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 171, tradução nossa. Os autores se reportam a *Deweert v. Belgium* (Application nº 6.903/75, julgado em 27 de fevereiro de 1980, § 42) e a *Corigliano v. Italy* (Application nº 8.304/78, julgado em 10 de dezembro de 1982, § 34).

⁵¹⁴ *Funke v. France* (Application nº 10.828/84, julgado em 25 de fevereiro de 1993, §§ 41 e ss.), em que se pediu o congelamento de conta bancária. Naquele precedente, discutiu-se, inclusive, a questão sobre se a informação sigilosa, fornecida pelo investigado em crime fiscal, pode ser tida – e em que medida – como violadora de seu direito de não produzir prova contra si mesmo.

⁵¹⁵ Em sentido oposto ao apregoado neste texto, dando conta de que a paridade de armas só seria aplicável na fase judicial da persecução penal, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 164-165.

⁵¹⁶ *The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 21.

⁵¹⁷ No sentido do texto e com rica bibliografia e extenso repertório jurisprudencial, ver: AMBOS, Kai. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos procesales: igualdad de armas, procedimiento preliminar participativo y el art. 6 CEDH. In: *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006, particularmente p. 426-427. Ver, ainda: NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 520; e COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 44-45.

5.2.2. Julgados do TEDH: casos de incidência e catalogação doutrinária

Além da distinção entre paridade de armas e processo penal adversarial e da preocupação com o momento de início da incidência do princípio,⁵¹⁸ pode-se tratar de um certo *catálogo* em que já se sedimentou sua aplicação.

Enquanto há quem ligue o princípio da paridade de armas ao direito à prova no processo penal – particularmente ao chamado *right of confrontation* e às situações de anonimato testemunhal, testemunha *expert* e *hearsay*⁵¹⁹ –, outros entendem haver distintas e pontuais aplicações consagradas do princípio no campo processual penal.⁵²⁰

De acordo com a classificação de Roger Gamble e Noel Dias, mesmo que se enfoque a aplicação do princípio ao campo probatório, a paridade de armas se manifesta nos seguintes cinco aspectos principais:⁵²¹ (i) direito de ser levado à presença do juiz que julgará a demanda;⁵²² (ii) direito de autodefesa;⁵²³ (iii) direito de livre escolha do advogado;⁵²⁴ (iv) direito de ciência de ter advogado para a defesa;⁵²⁵ (v) direito de receber assistência gratuita.⁵²⁶

Sem prejuízo dessa classificação,⁵²⁷ parece ser mais sustentável o elenco de casos apresentados por Stefania Negri. Mesmo que o lado probatório seja o mais focado na

⁵¹⁸ Preferiu-se tratar esses dois pontos críticos em conjunto exatamente porque, como pontua Malgorzata Wasek-Wiaderek, enquanto nos sistemas de *common law* a primeira fase da persecução penal pode até ser adversarial, nos sistemas de *civil law* a primeira fase é tradicionalmente inquisitória. Daí ser indissociável a afirmação de que não é necessariamente adversarial o sistema em que floresce a paridade de armas, daquela segundo a qual o princípio tampouco tem início de aplicação só na fase judicial da questão penal (*The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 21).

⁵¹⁹ WASEK-WIADEREK, Malgorzata. *The principle of “equality of arms”*..., cit., p. 27 e ss.

⁵²⁰ GAMBLE, Roger; DIAS, Noel. Equality of arms is a blessed phrase: its meaning under international law. *Sri Lanka Journal of International Law*, n. 21, 2009. Como aqui já se falou, Harris, O’Boyle e Warbrick têm noção restritiva da paridade de armas. De todo modo, exemplificativamente na visão dos autores, os campos seriam o direito de ser ouvido por autoridade judicial, a observância da posição do representante do órgão acusador em apelações como quem contrapõe suas teses às defensivas e não como órgão imparcial e, finalmente, o igual tratamento que os peritos indicados pelo acusado devem ter quando comparados com os peritos indicados pela acusação (*Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 207).

⁵²¹ Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 189.

⁵²² Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 192 e ss., com citações de julgados.

⁵²³ Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 194 e ss., com citações de julgados.

⁵²⁴ Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 198 e ss., com citações de julgados.

⁵²⁵ Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 201-202.

⁵²⁶ Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 201 e ss., com citações de julgados.

⁵²⁷ Como também é útil, de resto, aquela outra, proposta por Abdul Azeez Habeeb Mustafa, segundo quem os direitos são os seguintes: i) de ser informado prontamente da acusação; ii) de ter tempo e facilidades para a preparação da defesa; iii) de se defender a si próprio ou por intermédio de advogado; iv) de se confrontar com as testemunhas; v) de ter assistência gratuita de intérprete (*Equality of arms as a fair trial guarantee: a comparative study of India and European Court of Human Rights*. Budapest: Central European University, 2007, p. 15). Para Masha Fedorova, há quatro temas em que incide o princípio: preparação para o julgamento e o objetivo das investigações; acesso às informações mútuas entre as partes graças ao *disclosure regime*;

visualização da paridade de armas, tratar dos pontos mais relevantes já enfrentados e sedimentados pelo TEDH permite ir além dos aspectos suscitados pelos autores anteriormente mencionados. Conforme a lição da citada professora italiana, pode-se chegar ao seguinte e mais amplo catálogo:

i) prova testemunhal: observância do direito de se confrontar com as testemunhas arroladas pela acusação e de inquiri-las livremente, sejam elas testemunhas no sentido estrito do termo, sejam peritos indicados pela acusação;⁵²⁸

ii) prova documental: observância do dever de a acusação mostrar à defesa todos os materiais que detém e que digam respeito – contra ou a favor – ao investigado ou acusado;⁵²⁹

iii) direito de presença perante o juiz ao longo do arco instrutório e, inclusive, no julgamento de apelação;⁵³⁰

disponibilidade de fundos e facilidades para a defesa a partir de sua posição institucional; apresentação do caso propriamente dito pelas partes (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 19)

⁵²⁸ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 518-519. No âmbito dos precedentes, cita-se o conhecido *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain* (Application nº 10.590/83, julgado em 6 de dezembro de 1988, § 78), quando foi enfocado não só o lado adversarial da instrução oral, mas a igualdade de condições em que as testemunhas defensivas devem ser ouvidas, quando comparadas com as trazidas pela acusação. Cita-se também *Bonisch v. Austria* (Application nº 8.658/79, julgado em 6 de maio de 1985), precedente no qual a Corte enfatizou que, em tendo sido o próprio perito arrolado pela acusação, a ele se deve dispensar o tratamento de testemunha comum para que a defesa possa questioná-lo em igualdade de condições às demais testemunhas acusatórias. Isso foi dito particularmente nos §§ 29 a 35.

⁵²⁹ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 519. O precedente citado foi *Edwards v. United Kingdom* (Application nº 13.071/87, julgado em 16 de dezembro de 1992). No § 36 daquele julgado, nota-se a referência à paridade de armas. Em *Jasper v. United Kingdom* (Application nº 27.052/95, julgado em 16 de fevereiro de 2000), contudo, o TEDH, ante o argumento – improvável no sentido de que *não há, logicamente, como prová-lo em sentido contrário* – de que não há direitos absolutos, entendeu que em determinadas circunstâncias o direito à publicidade dos elementos de informação devem ceder. Assim, mesmo que possam incriminar o aplicante, o TEDH entendeu não ter havido violação na não exibição de parte significativa dos documentos desfavoráveis à defesa (vide: §§ 52 e 53). Ainda assim, há interessante voto vencido, do Juiz Zupančič, segundo quem “non-disclosure, that is, secrecy concerning some aspects of prosecution’s case, is of course a problem in itself. However, compared to the preponderantly inquisitorial Continental systems of criminal procedure in which the ex officio investigation used to be entirely secret, the partial non-disclosure in an adversarial system cannot be seen as a breach of a fundamental procedural standard. Still, for me this is not a minor technical consideration because it affects the whole philosophy of criminal procedure”. Mesmo que se tenha considerado as aplicações limitadas do preceito de publicidade dos documentos da investigação, aquele juiz ponderou, ainda, que não seriam quaisquer argumentos que poderiam, validamente, afastá-la, mas sim, somente “insurmountable difficulties”. Como se nota, eis aí interessante critério de ponderação: não a mera existência de direito contraposto, mas sim a ponderável dificuldade probatória, o que é distinto.

⁵³⁰ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 520. Como se citou em *Belziuk v. Poland* (Application nº 23.103/93, julgado em 25 de março de 1998), mesmo que o representante do órgão acusatório não tenha apelado, sua mera presença no julgamento de apelação defensiva, na ausência do réu-apelante, significou ofensa à paridade de armas. Não se concordou com o argumento de que o representante do órgão acusatório teria assento na sessão de

iv) em hipótese de prisão cautelar,⁵³¹ direito de ser ouvido rapidamente por um juiz e de apresentar oralmente – ou no mínimo por escrito e, para tanto, em tempo razoável⁵³² – argumentos que possam rebater os fundamentos dos pedidos da medida cautelar.⁵³³

Em vista disso, pode-se dizer que, na síntese do posicionamento do TEDH, se por um lado a paridade de armas se liga ao aspecto probatório (prova testemunhal, pericial e documental, sobretudo) durante a instrução, por outro, ela abrange também o direito de se fazer presente e de ser ouvido independentemente da fase da persecução penal (os exemplos do TEDH remontam ora às investigações, ora aos julgamentos de recursos acusatórios ou defensivos).

Nessa segunda vertente, portanto, a paridade de armas não se exterioriza como atinente à prova processual penal, mas como norma de tratamento de um de seus envolvidos. E isso resgata um lado genérico da conceituação, qual seja, o que demanda a igualdade na apresentação do caso, em sentido amplo, não só no aspecto probatório, de forma a evitar que um lado esteja em situação desfavorável – também em sentido amplo – quando comparado a seu antagonista.

Portanto, pode-se concluir que paridade de armas não só significa repartição de oportunidades de produção de provas, mas também envolve o tipo de tratamento conferido

julgamento a título de representante do interesse público, mas sim como expectador ativo da manutenção da decisão condenatória contra a qual a defesa tinha recorrido (ver, a respeito, § 39).

⁵³¹ Os precedentes consultados são fiéis à premissa de prisão como medida cautelar, e não a outras, porque o artigo 5º, § 4º, da CEDH prevê aplicação de seus preceitos na hipótese de “qualquer pessoa privada de sua liberdade por prisão ou detenção tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal”.

⁵³² NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 520-521. Em *Frommelt v. Lichtenstein* (Application nº 49.158/99, julgado em 24 de setembro de 2004), o TEDH viu violação à paridade de armas porque não se deu ao advogado que iria replicar os argumentos usados para a medida de prisão processual o tempo razoável para sua elaboração e apresentação ao juízo (§ 33). Na situação concreta, cogitou-se inclusive das hipóteses aceitáveis de renúncia ao exercício da faculdade processual permitida pelo princípio.

⁵³³ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 520-521. A propósito, *Megyeri v. Germany* (Application nº 13.770/88, julgado em 2 de maio de 1992, § 22), que cuidou de prisão processual, tratada, contudo como medida de segurança. No caso concreto, havia revisões periódicas da situação mental do cidadão recolhido em hospital psiquiátrico e, como o TEDH vê aspecto judicial nas decisões concernentes à prisão e viu na situação também a equiparação aos tais tratamentos psiquiátricos, cobrou-se a possibilidade de que o aplicante apresentasse seus argumentos para que pudesse deixar o local. Em *Frommelt v. Lichtenstein* (Application nº 49.158/99, julgado em 24 de setembro de 2004), entendeu-se da mesma forma, malgrado aqui propriamente se cuidasse de detenção típica de persecução penal de cidadão imputável (a respeito, ver § 29). O trabalho de Rowland James Victor Cole, conquanto nele se possa ler classificação distinta, ora remonta ao núcleo de Stefania Negri, ora extravasa do campo estrito do princípio. Note o rol vislumbrado por aquele autor: “i) right to be afforded a reasonable opportunity to present the facts of his case to the court; ii) right to present his legal arguments to the court; iii) right to respond to evidence; iv) right to comment on legal arguments of the prosecution; v) right to disclosure of evidence in the possession of the state that is necessary for preparation of the defence cause; vi) right to legal representation; vii) right to be presumed innocent” (*Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 39).

ao acusado e ao acusador quando se tem em vista a apresentação do caso de cada parte, em sentido amplo. Isso supõe, evidentemente, não apenas o tratamento igualitário na questão das provas, mas a regra de tratamento antes e depois de instrução processual penal, ou seja, em fase investigativa, recursal e de execução.

Em última instância, não é só da repartição na possibilidade de aptidão probatória que nasce a possibilidade maior ou menor de influência em decisão judicial; ela surge também a partir do modo como – abstratamente – o sistema trata (conferindo-se, aí, maior ou menor possibilidade de se fazer presente em atos decisivos) seus envolvidos, independentemente da prova a ser produzida.

5.3. Contribuições conceituais trazidas pelo ICTY e pelo ICTR

O Tribunal Penal Internacional de Ruanda (art. 20 do Estatuto do Tribunal) e o da ex-República da Iugoslávia (art. 21 do Estatuto do Tribunal) seguem quase que literalmente as previsões contidas no artigo 6º da CEDH.⁵³⁴ Neste texto, porém, conquanto se conheçam abordagens doutrinárias que enfocam precedentes do Tribunal de Ruanda, será dada preferência ao tratamento do princípio da paridade de armas conferido pelo Tribunal da ex-Iugoslávia, tendo em vista suas lições serem mais frequentes e influentes.

De toda forma, os dois tribunais (Ruanda e Iugoslávia) especificam o princípio da igualdade de armas em questões afetas ao regime de provas na medida em que colocam *no mesmo pé* a acusação e a defesa. Os principais aspectos perceptíveis a partir das regras de prova que cada um deles tem e que podem ser lembrados como indicativos da paridade de armas são: vedação às vantagens probatórias da acusação (ICTY, regra 41 e 66; ICTR regras 66 a 68); direito de defesa por advogado na fase investigativa (ICTY, regra 42; ICTR, regra 45); direito de audiência pública (ICTY e ICTR, regra 78); direito do acusado de testar a prova acusatória e apresentar suas próprias testemunhas (ICTY e ICTR, regra 85); presunção da inocência (ICTY e ICTR, regra 87); e direito de se proteger contra a autoincriminação (ICTY e ICTR, regra 90).⁵³⁵

---

⁵³⁴ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 543, rodapé n. 94.

⁵³⁵ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 543. A nosso ver, tanto a presunção de inocência quanto a proteção contra a autoincriminação mais se ligam a outros favores, que admitem desequilíbrio processual em favor do acusado, do que à paridade de armas, na vertente aqui exposta. Consultou-se, do ICTR, a versão atualizada até a modificação de 1º de outubro de 2009 de suas regras de evidência, adotadas desde 29 de junho de 1995. Do ICTY, consultou-se a versão atualizada até a emenda de 20 de outubro de 2011.

Um caso elucidativo no qual o ICTY aplicou o princípio da paridade de armas e no qual se percebe consonância com os critérios já vistos pelo TEDH foi *Prosecutor v. Tadic*.⁵³⁶ Ali, a defesa havia alegado violação ao princípio da paridade de armas na medida em que um dos Estados que reconhecia a jurisdição do Tribunal teria dificultado a apresentação de uma testemunha para ser ouvida.⁵³⁷ Segundo os reclamos defensivos, tal situação impediu que se desfrutasse de tempo adequado para a preparação dos argumentos defensivos.

Ao ter se deparado com o princípio (sobretudo como feito nos §§ 46 a 48), o Tribunal ponderou ainda – não sem se reportar a alguns dos precedentes há pouco referidos neste texto do TEDH – que, em matéria de produção de provas, deveria ser dada à aplicação do princípio uma “interpretação mais liberal” do que aquela dada pelas Cortes de cada Estado que reconhece sua incidência.⁵³⁸ Foi nesse precedente, aliás, que o ICTY mencionou que a paridade de armas entre a acusação e a defesa em julgamento penal vai ao coração da garantia do processo equitativo.⁵³⁹

Depois, em *Prosecutor v. Oric*,⁵⁴⁰ o ICTY analisou o princípio da paridade de armas à luz do direito de a defesa dispor ou não, rigorosamente, do mesmo tempo concedido à acusação para produzir suas provas. Na nova abordagem, entendeu o Tribunal que o princípio da paridade de armas, conquanto revestido de toda a densidade que já lhe

⁵³⁶ Case nº IT-94-1-A, julgado em 15 de julho de 1999.

⁵³⁷ O ICTR defrontou-se com questão parecida em *Prosecution v. Nahimana et al.* (ICTR-99-52-T, decision on the motion to stay the proceedings in the trial of Ferdinand Nahimana, decisão de 05.06.2003). Naquele caso, a defesa de Nahimana argumentava afronta à igualdade de armas entre acusado e acusador porque teria tido dificuldades intransponíveis em colher informações testemunhais e documentais em Ruanda para enfrentar a acusação posta. Do precedente, vê-se que o ICTR claramente adota como regra de decisão a linha fixada pelo ICTY em *Tadic*. A propósito disso, na decisão consultada, ver §§ 4º a 6º.

⁵³⁸ *Prosecutor v. Tadic*, § 52. O texto entre aspas é tradução livre da expressão “a more liberal interpretation”. O ICTY, naquele caso, deu prevalência ao princípio com vistas a respeitar toda a possibilidade defensiva – mesmo se tendo de enfrentar resistências por parte de Estados que reconhecem a jurisdição do ICTY – de apresentar suas provas para serem apreciadas. Nesse caso, segundo Stefania Negri, chegou o ICTY inclusive a prestigiar uma chamada *concepção material*, e não meramente *processual* de paridade de armas (The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 545).

⁵³⁹ *Prosecutor v. Tadic*, § 44: “[...] The principle of equality of arms between the prosecutor and accused in a criminal trial goes to the heart of the fair trial guarantee”. Nesse precedente, houve outra interessante discussão: a de a defesa mostrar previamente à acusação eventuais depoimentos das testemunhas que queria indicar para serem ouvidas na Corte. A regra que incidia à época do julgamento (art. 67ter G das regras de procedimento e provas do ICTY) determinava, no que se chamava *reciprocal disclosure*, que as partes adiantassem, reciprocamente, as testemunhas que queriam levar ao tribunal para depor e, também, a linha de depoimento que seria utilizada (se para provar álibi etc.). Por maioria de votos, o ICTY decidiu que não havia tal reciprocidade e que o acusado “need not afford the prosecution any assistance in making out the Prosecution case” (FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 279-280). O ICTR também se defrontou com esse princípio em *Prosecutor v. Renzaho* (ICTR-97-31-T, julgamento de 14.07.2009, judgement and sentence, particularmente nos § 59 e 62).

⁵⁴⁰ Case nº IT-03-68-AR73.2, julgado em 20 de julho de 2005.

deu o TEDH (citado no precedente), não renderia entre acusação e defesa uma igualdade absoluta de tempo de exposição dos argumentos. De acordo com o raciocínio do ICTY,

a acusação tem a carga de dizer uma história inteira, de colocar uma narrativa coerente e provar todos os elementos dos crimes além da dúvida razoável. A estratégia da defesa, em contraste, normalmente foca em apontar buracos escolhidos no caso da acusação, um desafio que pode requerer menos tempo e menos testemunhas. Essa é uma razão suficiente para explicar porque um princípio de básica proporcionalidade, e não um princípio estrito de igualdade matemática, geralmente governa a relação entre tempo e testemunhas disponíveis para os dois lados.⁵⁴¹

Em outro julgamento, *Prosecutor v. Simic*,⁵⁴² o ICTY reiterou o que já fora afirmado pelo TEDH no sentido de determinar que a acusação fornecesse à defesa os elementos de informação aos quais teve acesso, sob pena de, em caso contrário, não se aplicar um processo equitativo.⁵⁴³

---

⁵⁴¹ Tradução livre de: “The Prosecution has the burden of telling an entire story, of putting together a coherent narrative and proving every necessary element of the crimes charged beyond a reasonable doubt. Defense strategy, by contrast, often focuses on poking specifically targeted holes in the Prosecution’s case, an endeavor which may require less time and fewer witnesses. This is sufficient reason to explain why a principle of basic proportionality, rather than a strict principle of mathematical equality, generally governs the relationship between the time and witnesses allocated to the two sides” (*Prosecutor v. Oric*, Interlocutory Decision on Length of Defence Case, § 7). Nesse caso, malgrado a Corte tenha iniciado a abordagem restritiva da aplicação do preceito – dado que *comparou a facilidade defensiva à acusatória* –, concretamente desceu às minúcias que comprovaram ter havido a violação do princípio. Entre outras razões, porque enquanto a defesa teve 27 dias para ouvir 30 testemunhas, a acusação usufruiu de nada menos que 100 dias para ouvir as 50 que arrolou. No mesmo julgamento e ainda conforme as premissas que, em tese, possibilitariam a flexibilização do princípio – pois é de *princípio* e não de *regra* que se cuida –, o Tribunal entendeu ter havido violação porque, também, tão perceptível era a disparidade no tempo concedido à acusação e à defesa que, naquele caso, sequer seria necessária a demonstração do prejuízo.

⁵⁴² *Case n° IT-95-9*, julgado em 28 de fevereiro de 2000. “Decision on (1) application by Stevan Todorovic to re-open the decision of 27 July 1999, (2) motion by Icrc to re-open scheduling order of 18 November 1999, and (3) conditions for access to material.”

⁵⁴³ *Prosecutor v. Simic*, § 22: “[...] It was clear to the Trial Chamber that not only equality of arms but also common fairness demanded that he should have such access for that purpose, and that the confidentiality presently accorded to the whole of that material should be lifted so far as he is concerned, just as the prosecution had access to the whole of it for the purposes of the motion which led to that decision, subject to redaction to protect the identity of the witness. The Trial Chamber believed that it could not reasonably be argued to the contrary”. Na configuração da paridade de armas sob a perspectiva do *disclosure*, Masha Fedorova, além de cotejar as disposições das regras de prova e procedimento do ICTY e do ICTR, lembra a recomendação adotada no âmbito da Comunidade Europeia. Segundo a Rec (2000) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 6 de outubro de 2000, “public prosecutors should seek to safeguard the principle of equality of arms, in particular by disclosing to the other parties – save where otherwise provided in the law – any information which they possess which may affect the justice of the proceedings” (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 251, rodapé n. 89). Como possível solução adotada, no âmbito do ICTR: *Prosecutor v. Bizimungu et al.* (ICTR-99-50-T, j. 30.09.2011, *Judgment and Sentence*). Conforme noticiado no precedente, a acusação reteve, por período entre nove e catorze meses, relevantes informações do caso que poderiam favorecer a defesa. As soluções dadas pelo ICTR foram: a disponibilidade imediata das informações que a acusação tinha e indevidamente não expôs à defesa; a reabertura para que testemunhos fossem ouvidos de novo à luz da documentação dividida com a defesa; a valoração *pro reo* de grande parte do material segregado com a acusação (*Prosecutor v. Bizimungu*,

Em visão crítica desses precedentes, pode-se perceber dois enfoques doutrinários distintos, tanto no que se refere aos próprios julgamentos, quanto no que tange às configurações exemplificativas da paridade de armas no processo penal.

De acordo com Stefania Negri, as três principais manifestações nas quais o ICTY se deparou com a paridade de armas são as concernentes ao (i) indiciamento dos investigados; à (ii) análise de meios e facilidades para a preparação da defesa; e (iii) à atenção à revelação de provas ou elementos de informação que estejam em poder da acusação.⁵⁴⁴ Desta feita, se por um lado há preocupação quanto à comunicação prévia da fundamentação para o indiciamento, por outro se tenta atingir um paralelo entre uma *acusação efetiva*⁵⁴⁵ (dadas as relevâncias e complexidades características das ofensas humanitárias que rendem ensejo à jurisdição do ICTY) e uma *defesa efetiva*.⁵⁴⁶

Em tal particular é que se vê a difícil questão de como se contemplarem recursos financeiros para que a defesa produza as provas que julgar pertinentes à comprovação de sua(s) tese(s).⁵⁴⁷ Por fim, a revelação de provas, na lição do ICTY, assim como se viu em

§§ 170-175). No âmbito do ICTY, ver o precedente de *Prosecutor v. Karadžić* (IT-95-5/18-T, T. Ch., julgado em 2 de novembro de 2010, *decision on accused's eighteenth to twenty-first disclosure violation motions*). No caso, diante da violação à regra do *disclosure*, a Corte adiou o depoimento de testemunhas que seriam afetadas pelo desconhecimento – por parte do acusado – do conteúdo do material segregado e concedeu novo prazo para que a defesa pudesse se manifestar sobre os documentos (*Prosecutor v. Karadžić*, §§ 40-41).

⁵⁴⁴ The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 545.

⁵⁴⁵ Tradução livre de: “effective prosecution office”.

⁵⁴⁶ Tradução livre de: “effective defence”.

⁵⁴⁷ O ponto é, como se percebe sem dificuldades, de delicado equilíbrio, pois até pelo que já se viu aqui, a questão financeira é ordinariamente tratada como se estivesse fora do processo. Introjetá-la para que se concretize a aplicação do princípio da paridade de armas não prescinde de valoração sobre a necessidade de se disponibilizar fundos para que a prova defensiva seja produzida, o que, como não é raro, inviabiliza a aplicação do princípio. Particularmente complexa é a situação em casos envolvendo crimes humanitários, os que causam ojeriza no senso comum, o que faz com que se confundam, muitas vezes, noções de processo justo (aptidão do pedido para a produção da prova defensiva e, conseqüentemente, imaginado deferimento de ajuda financeira para tanto, observado o processo penal como um meio para se atingir justiça, e não como um fim em si) com a de justiça sumária. A respeito disso, ver: KNOOPS, Geert-Jan Alexander. The dichotomy between judicial economy and equality of arms within international and internationalized criminal trials: a defense perspective. *Fordham International Law Journal*, n. 28, 2004-2005, p. 1577. O próprio autor, aliás, é cético quanto à igualdade de armas quando a questão atinge a igualdade de recursos disponíveis para a defesa e para a acusação. A partir de comentário ao precedente *Prosecutor v. Milutinović* (case n. IT-99-37), no qual a Corte negou pedido de concessão suplementar de fundo ante o argumento de que careceria de justificativa excepcional, conclui que não existe igualdade de armas quando a questão envolve fontes de recursos (p. 1581). Do mesmo viés crítico, ver também a tese de Rowland James Victor Cole, segundo quem “the lesson to be learnt from these tribunals is that resources are a fundamental Pillar of the equality of arms principle”. O autor, com foco no ICTY, pondera: “while equality of arms does not means precise equality of resources, it is clear that there is substantial inequality in the allocation of resources to the prosecution and defence in international tribunals. This is inevitable as they depend on the goodwill and financial contributions of states and are usually under pressure to wrap up proceedings. With limited budgets, they are obviously compelled to employ judicial economy with the result that equality of arms is compromised. The situation is similar on the domestic front. As the fight against crime is seen as a pressing social demand, statemachineries established for this purpose attract funding, whereas the importance of allocating funds to

relação ao TEDH, convive com as excepcionalidades que justificariam o desconhecimento, até certo tempo razoável, dos elementos de informação por parte do acusado.⁵⁴⁸

Ao lado disso, há quem analise a incidência do princípio sob o plano da razoabilidade à luz de cada situação concreta.⁵⁴⁹ Isso porque o ICTY também teria os seguintes critérios de aplicação da paridade de armas: como dito em *Prosecutor v. Tadic*, (i) não existe “precisamente o mesmo montante de tempo ou o mesmo número de testemunhas” disponíveis à defesa e à acusação, pois, como já se falou, (ii) prevalece um critério de básica proporcionalidade e não um de igualdade matemática na relação de tempo disponível para as testemunhas dos dois lados,⁵⁵⁰ o que faz com que o ICTY analise essa questão (iii) a partir da conjunção entre o artigo 73^{ter} das regras de procedimento do Tribunal⁵⁵¹ e o artigo 21 de seu Estatuto.

Assim, ao mesmo tempo em que se percebe que as remissões aos julgados do TEDH são comuns, vê-se preocupação com o uso da proporcionalidade como limitadora

protect individual human dignity is relegated to the background” (*Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*, cit., p. 52).

⁵⁴⁸ A autora cita os chamados *interesses primários* como a proteção das vítimas, das testemunhas, a segurança nacional e diligências em curso como justificativas (à luz dos arts. 66, 67 e 69 das regras de procedimento do ICTY) de não se fornecer, imediatamente, a informação detida pela acusação ao acusado (NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 561). Masha Fedorova é do mesmo entendimento, com a ressalva de que, em se tratando de *exculpatory evidence*, o conteúdo do material deve, incondicionalmente, ser dividido com o acusado (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 250-251). Especificamente a respeito da *exculpatory evidence*, ver: ZAPPALÀ, Salvatore. The prosecutor’s duty to disclose exculpatory materials and the recent amendment to Rule 68 ICTY RPE. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 2, 2004, p. 620-630; AMBOS, Kai. Confidential investigations (article 54(3)(E) ICC Statute) vs. disclosure obligations: the Lubanga case and national law. *New Criminal Law Review*, v. 12, n. 4, 2009, p. 543-568.

⁵⁴⁹ KNOOPS, Geert-Jan Alexander. The dichotomy between judicial economy and equality of arms within international and internationalized criminal trials, cit. Esse pesquisador é crítico quanto ao que nomeia um encaminhamento da *civil law* em questões de prova do ICTY, ordinariamente talhado para a assunção do modelo *common law* de conhecimento dos fatos. Assim, ao lado de mais poderes instrutórios cedidos aos juízes, como retratado nas regras de procedimento, haveria, também, a limitação, em prol de expressões como economia processual, do exercício dos direitos de defesa perante aquele Tribunal. Isso é o que se vê, a partir do alerta do autor, por exemplo, na regra 73 *ter* dos procedimentos do ICTY.

⁵⁵⁰ KNOOPS, Geert-Jan Alexander. The dichotomy between judicial economy and equality of arms within international and internationalized criminal trials, cit., p. 1578.

⁵⁵¹ Rule 73 *ter* Pre-Defence Conference: “(A) Prior to the commencement by the defence of its case the Trial Chamber may hold a Conference. (B) In the light of the file submitted to the Trial Chamber by the pre-trial Judge pursuant to Rule 65 *ter* (L)(ii), the Trial Chamber may call upon the defence to shorten the estimated length of the examination-in-chief for some witnesses. (C) In the light of the file submitted to the Trial Chamber by the pre-trial Judge pursuant to Rule 65 *ter* (L)(ii), the Trial Chamber, after having heard the defence, shall set the number of witnesses the defence may call. (D) After commencement of the defence case, the defence may, if it considers it to be in the interests of justice, file a motion to reinstate the list of witnesses or to vary the decision as to which witnesses are to be called. (E) After having heard the defence, the Trial Chamber shall determine the time available to the defence for presenting evidence. (F) During a trial, the Trial Chamber may grant a defence request for additional time to present evidence if this is in the interests of justice”.

da eficácia do princípio da paridade de armas. Isso, particularmente, com o endereçamento de recursos financeiros para a produção de elementos de prova e facilidades investigativas. Enquanto essas questões financeiras não forem equacionadas, não haverá paridade de armas.⁵⁵²

Assim, se já se nota não uma divisão matemática, mas uma divisão proporcional do ICTY no que pertine à repartição das aptidões conferidas às partes para as exposições de teses, pelos precedentes e comentários doutrinários pode-se ver outro passo importante à delimitação conceitual da paridade de armas: a repartição de recursos financeiros disponibilizados à acusação e à defesa, independentemente da gravidade do caso.⁵⁵³

5.4. Contribuições conceituais do CDHONU

Na 19ª seção do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, ocorrida entre 9 e 27 de julho de 2007 em Genebra, formulou-se o Comentário nº 32 ao PIDCP. Tal comentário se prestou a analisar o artigo 14 do documento e tratou da paridade de armas.

A regra geral, de acordo com a interpretação do Comitê, é que o direito de igualdade diante de cortes e tribunais e de um processo justo é um “elemento chave da

---

⁵⁵² The dichotomy between judicial economy and equality of arms within international and internationalized criminal trials, cit., p. 1590-1591. No mesmo sentido, ver: COLE, Rowland James Victor (*Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial*, cit., p. 50-52).

⁵⁵³ Um detalhe do julgamento do ex-presidente da Libéria pelo Tribunal Especial de Serra Leoa (SCSL) pode elucidar a frase final. Em 4 de junho de 2007 tinha início o julgamento de Charles Taylor. Naquela oportunidade, o acusado não teve o adequado contato com seu até então único advogado. Enquanto Taylor estava preso na Holanda, o advogado oficiava em Serra Leoa e não foi disponibilizado fundo para o custeio da passagem. Na sessão de 4 de junho, após várias advertências da juíza presidente da Corte, o advogado leu uma carta do cliente com as explicações pelas quais não pôde fazer-se presente no julgamento e, por tomar o julgamento como injusto (entre outras razões, o time de acusadores era composto por nove profissionais, ao passo que o da defesa contava com apenas um), renunciou à causa e deixou o plenário. O julgamento chegou a ter curso naquela sessão, mas foi interrompido ao final. Determinou-se sua suspensão até que a Corte garantisse o contato direto do cliente com seu advogado. Assim, sete meses depois, com com uma equipe de advogados, o julgamento foi retomado. Em comentário àquele episódio, Richard Wilson ponderou: “The right to equality of arms is a deeply established, and particularly apt, precept in the European system for protection of human rights, and one which has been imported into each of the international and hybrid criminal tribunals. While that guarantee does not mean dollar-for-dollar parity with prosecution funding, the defense must be provided with resources – time, space, library, staff, and compensation – sufficient for the task. The actions of the court, although not explicitly acknowledging their grounding in the concept of equality of arms, implicitly recognized the premise by ultimately ordering significant additional funding for the defense, and by Nmehielle’s appointment of a defense team more nearly adequate to the challenges posed by the trial of a former head of state” (“Emaciated” defense or a trend to independence and equality of arms in internationalized criminal tribunals? *Washington College of Law Research Paper*, n. 43, 2008, p. 7-8). A transcrição da sessão aqui referida pode ser consultada em: <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=SA/7CCB4VCc=&tabid=160>>.

proteção aos direitos humanos e serve como um meio processual de se salvaguardar a regra da lei”.⁵⁵⁴

A partir dessa regra geral, a Comissão ora se aproxima dos ditames já analisados do TEDH, ora deles se afasta, ainda que em pequena medida. Nota-se aproximação quanto ao espírito de que cada país signatário do PIDCP deva amoldar sua legislação à interpretação do artigo 14, e não o contrário.⁵⁵⁵ A interpretação do Comitê também se avizinha da consagrada no TEDH quando rechaça a possibilidade de cada Estado ditar o que venha a ser uma violação, de forma a tratar de matérias que por si não poderiam ser discutidas como ofensas aos direitos humanos.⁵⁵⁶

O Comitê de Direitos Humanos entende, na Recomendação aqui estudada, que

o direito de igualdade diante de cortes e tribunais, em termos gerais, garante, além dos princípios mencionados na segunda seção do artigo 14, parágrafo 1, aqueles de igual acesso e igualdade de armas, e garante que as partes nos processos em curso sejam tratados sem qualquer discriminação.⁵⁵⁷

Particularmente, o item 13 do Comentário traça as linhas gerais da interpretação que se pretende dar à paridade de armas conforme aquele órgão consultivo da Organização das Nações Unidas:

---

⁵⁵⁴ Tradução livre de: “The right to equality before the courts and tribunals and to a fair Trial is a key element of human rights protection and serves as a procedural means to safeguard the rule of Law” (Comentário nº 32, item 2, disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/71/PDF/G0743771.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 8 mar. 2012.). Foi com essa fórmula genérica que o Comitê enfrentou a delicada questão posta pela família da viúva e dos filhos de Thomas Sankara, presidente assassinado de Burkina Fasso, que apontavam não ter havido investigação pública ou eficaz para esclarecer a autoria do assassinato do então presidente. No que pertine à paridade de armas, entendeu o Comitê ser ela um dos princípios implícitos na noção genérica de igualdade (art. 14, PIDCP). *Communication* nº 1.159/2003, *Sankara v. Burkina Fasso*, decisão do Comitê de 28 de março de 2006, § 12.4.

⁵⁵⁵ Comentário nº 32, item 4: “Article 14 contains guarantees that states parties must respect, regardless of their legal traditions and their domestic law”.

⁵⁵⁶ Isso foi dito na *Communication* nº 1.015/2011 (*Perterer v. Áustria*, 20 de agosto de 2004, § 9.2), quando o governo austríaco pretendeu, ante a alegação de que se tratava de ofensa de natureza civil, retirar a questão do âmbito do Comitê de Direitos Humanos da ONU, e também na *Communication* nº 961/2000 (*Everett v. Spain*, § 6.4).

⁵⁵⁷ Tradução livre de: “the right to equality before courts and tribunals, in general terms, guarantees, in addition to the principles mentioned in the second sentence of article 14, paragraph 1, those of equal access and equality of arms, and ensures that the parties to the proceedings in question are treated without any discrimination” (Comentário nº 32, item 8). É verdade que, conforme o item 13 do mesmo Comentário, desce-se um degrau para tratar da paridade de armas como exigência de direitos processuais que devem ser disponibilizados às partes, “a não ser que haja distinções baseadas em lei e que possam ser justificadas a partir de razões objetivas e razoáveis” (tradução livre). E foi exatamente nesse sentido, inclusive com repetição das palavras que poderiam trazer a exceção à baila (justificativas baseadas em razões legais e com bases objetivas e razoáveis) que o Comitê, no caso *Dudko v. Australia* (*Communication* nº 1.347/2005, decidido em 23 de julho de 2007), entendeu ter havido violação ao artigo 14 do PIDCP a cidadão a quem os direitos de igualdade processual não foram assegurados. A esse respeito, na decisão, § 7.4.

o direito de igualdade diante de cortes e tribunal também assegura igualdade de armas. Isso significa que os mesmos direitos processuais devem ser providenciados para todas as partes a não ser que distinções sejam feitas na lei e possam ser justificadas em objetivos e razoáveis fundamentos, não trazendo desvantagem atual ou outras injustiças ao acusado.⁵⁵⁸

Como exemplos da aplicação do princípio apresentados pelo Comentário nº 32, citam-se: o acesso a documentos pela acusação – o que, necessariamente, deve ser garantido também à defesa –, o acesso ao intérprete⁵⁵⁹ e a disponibilidade de atuação profissional gratuita em favor dos mais necessitados (*legal aid* – item 10 do Comentário nº 32⁵⁶⁰).

Além disso, o CDHONU se aproxima dos julgados do TEDH também porque segue uma regra geral no sentido de vincular a paridade de armas à adversarialidade do processo. Afinal se entende que o princípio deve garantir que “cada parte seja dada a oportunidade de contestar todos os argumentos e evidências trazidos pela parte contrária”.⁵⁶¹

A leitura do item 12 do Comentário, contudo, permite ver sinalização contrária aos repetidos julgados do TEDH no sentido de que o princípio da paridade de armas se aplica não só em primeiro grau, mas também em questões recursais. Isso porque, conquanto o TEDH seja firme em entender que o princípio é aplicável em situações perante tribunais, o aludido item do Comentário prevê que “o direito de igual acesso a uma corte, abrigado no

---

⁵⁵⁸ Tradução livre de: “the right to equally before courts and tribunal also ensures equality of arms. This means that the same procedural rights are to be provided to all the parties unless distinctions are based on law and can be justified on objective and reasonable grounds, not entailing actual disadvantage or other unfairness to the defendant”.

⁵⁵⁹ De forma bastante limitada, pois parece que a permissão é, como dito no Comentário nº 32 (item 13), em caráter excepcional, e para que o acusado participe das audiências e possa entender os depoimentos colhidos por provas orais em seu desfavor.

⁵⁶⁰ A propósito da defesa técnica, em *J. Campbell v. Jamaica* (*Communication* nº 307/1988, decisão de 24 de março de 1993), o acusado só soube o nome do advogado que já o defendia depois de ter seu pedido de apelação negado (cf. § 6.2). Em *L. Simmonds V. Jamaica* (*Communication* nº 338/1988, decisão de 23 de outubro de 1992), o acusado nem sabia a data do julgamento, e por isso não pôde ter com o advogado e preparar a defesa. A propósito, disse o Comitê que o que estava em questão era: “What is at issue is whether he should have been notified of this assignment in a timely manner and given sufficient opportunity to consult with counsel prior to the hearing of the appeal, and whether he should have been afforded an opportunity to be present during the hearing of the appeal” – § 8.4). Em *Simpson v. Jamaica* (a assistência jurídica deve abarcar, inclusive, a fase pré-judicial da persecução penal), o Comitê entendeu ter havido violação ao artigo 14, do PIDCP (GAMBLE, Roger; DIAS, Noel. Equality of arms is a blessed phrase..., cit., p. 199).

⁵⁶¹ Comentário nº 32, item 13, tradução nossa. Ver, a propósito: *Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland*, *Communication* nº 779/1997, decidido em 7 de novembro de 2001, § 7.4.

artigo 14, parágrafo 1, concerne ao acesso aos processos de primeira instância e não endereça a questão do direito de apelo ou outros remédios”.⁵⁶²

Malgrado o Comentário nº 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU seja sintético ao tratar da paridade de armas e forneça poucos exemplos a esse respeito, pode-se notar, na questão probatória, a atuação do mesmo Comitê em prol da implementação do princípio.

Foi o que se viu em *Larrañaga v. The Phillipines* (*Communication* nº 1.421/2005, decidido em 24 de julho de 2006), em que o cidadão hispano-filipino, juntamente com outras pessoas, foi acusado do cometimento de mais de um sequestro – tendo um deles ocasionado a morte de uma vítima – de cidadãos filipinos.

Inicialmente, Larrañaga havia recebido pena de prisão perpétua, que depois foi convertida em pena de morte. No curso do procedimento em primeiro grau, um dos acusados se valeu do benefício da delação premiada e, em audiência, reconheceu haver mentido para incriminar Larrañaga. Isso motivou pleitos sucessivos da defesa de que fossem refeitas as colheitas da prova testemunhal. Pedidos indeferidos, os advogados deixaram a causa e a Corte nomeou defensores públicos aos acusados que se encontravam presos e sem defesa constituída.

Naquele caso, colheu-se farta prova oral acusatória e se cerceou a colheita da prova oral defensiva que mesmo os defensores constituídos tentaram fazer (pois se trouxe aos autos o álibi de que, no momento dos acontecimentos, Larrañaga e os outros imputados estariam em cidade distante cerca de 500 km do local dos crimes). Os advogados nomeados também tiveram dificuldades em proceder ao *cross-examination* ante o cerceamento quer na oitiva das testemunhas defensivas, quer nas perguntas que intentavam fazer às arroladas pela acusação. Desse modo se reconheceu, sem prejuízo de violações a outros artigos do PIDCP, a violação à igualdade processual.⁵⁶³

---

⁵⁶² Tradução livre de: “The right of equal access to a court, embodied in article 14, paragraph 1, concerns access to first instance procedures and does not address the issue of the right to appeal or other remedies”. De toda forma, e por isso se transcreveu literalmente a redação do Comentário, conhece-se precedente do Comitê segundo o qual se viu a violação à igualdade no tratamento a cidadão que acabou sendo extraditado e que não pôde apelar da decisão malgrado a acusação tenha podido fazê-lo (*Weiss v. Áustria*, *Communication* nº 1.086/2002, decisão de 15 de maio de 2003, § 9.6).

⁵⁶³ Para o caso, ver em detalhes §§ 3.1. e ss. (ONU. *Selected decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*. v. 9. New York & Geneva: United Nations, 2008, p. 266 e ss.). Em outro caso, *Robinson v. Jamaica* (*Communication* nº 223/1987, decisão de 4 de abril de 1989), o Comitê entendeu ter havido violação à paridade de armas em situação envolvendo questão probatória: pretendia-se manter hígida a condenação à morte de Frank Robinson, cidadão acusado de assassinato, mesmo que o julgamento, adiado seis vezes a pedido da acusação, não tivesse sido adiado por uma sequer a seu pedido diante do não-comparecimento de seu advogado. Assim, realizado o julgamento mesmo com a recusa por parte de

Assim, mesmo que o entendimento do Comitê não seja tão abertamente fiel àqueles seguidos até aqui pelo TEDH e pelo ICTY – principalmente porque as abordagens aparentam cingir-se às questões probatórias –, e tampouco às de regras de tratamento dos envolvidos, é importante perceber que a interpretação da paridade de armas no processo penal decorre da igualdade processual.

Na sequência, pergunta-se da influência que as abordagens da CIDH têm sobre a construção do conceito da paridade de armas no processo penal.

5.5. Contribuições conceituais da CIDH

Uma particularidade que se nota no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é que enquanto o TEDH (como visto) enfoca a aplicação do conceito de paridade de armas e questões domésticas – leia-se: em aplicação a cada caso prático –, a CIDH enfoca a aplicação do princípio a partir da relação entre partes que demandam perante a Corte.⁵⁶⁴ Ainda, enquanto o TEDH enfoca a análise a partir das leis internas de cada país para ali perceber violação do princípio, na CIDH a abordagem da paridade de armas se dá a partir das possibilidades de acesso à própria jurisdição da Corte.

Tem fundamental importância a paridade de armas no sentido de equilíbrio processual entre demandante (cidadão) e demandado (Estado), notadamente com vistas a garantir o princípio do acesso à jurisdição especial do CIDH.⁵⁶⁵ Também por isso, nota-se que o tratamento conferido ao princípio da paridade de armas está ligado à igualdade (particularmente à igualdade material, no que há de destaque ao acesso à CIDH de pessoas humildes assistidas por organizações não governamentais), e não ao contraditório.⁵⁶⁶

---

advogados nomeados – pois não tiveram contato suficiente com a causa e não trariam testemunhas para o ato –, o acusado foi processado sem defensor, arrolou sua mãe como testemunha e, em defesa oral final, falou por três minutos (menção à paridade de armas: § 10.4).

⁵⁶⁴ NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., p. 531.

⁵⁶⁵ Dessa mesma percepção é Masha Fedorova (*The principle of equality of arms in international criminal proceedings*, cit., p. 38).

⁵⁶⁶ Justamente esse é o foco de artigo de José Miguel Vivanco e Lisa L. Bhansali, quando apontam: “no que concerne às questões de admissibilidade, esgotamento de remédios internos e confidencialidade, a Comissão deve reexaminar suas regras e procedimentos com o propósito de reformar o sistema para assegurar o pleno respeito por uma igualdade de armas e maior equidade entre as partes” (Procedural shortcomings in the defense of human rights: an inequality of arms. In: HARRIS, David J.; LIVINGSTONE, Stephen (Eds.). *The Inter-American system of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 439). Tradução livre de: “with regard to the issues of admissibility, exhaustion of domestic remedies and confidentiality, the Commission should re-examine its rules and procedures with the aim of reforming the system to ensure full respect for an equality of arms and greater equity between the parties”. Nesse mesmo sentido, ver:

Foi nesse sentido, por exemplo, quer por questões de forma de envio de petições à Corte (via fax ou telex), quer pelo atendimento incorreto de formalidades procedimentais (quantas vias de petições deveriam ser encaminhadas à Corte), que reiteradamente (e, como se viu no TEDH, em certa medida autorreferencial) firmou a Corte o seguinte entendimento:

A Corte deve guardar um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos, fim último do sistema, e a segurança jurídica e equidade processual que asseguram a estabilidade e confiança da tutela internacional [porque do contrário] acarretaria a perda da autoridade e credibilidade indispensáveis aos órgãos encarregados de administrar o sistema de proteção de direitos humanos.⁵⁶⁷

O voto do Juiz Cançado Trindade em *Castillo Petruzzi y otros v. Peru* (sentença de 4 de setembro de 1998, exceções preliminares, § 39) é emblemático do ponto de vista da CIDH sobre paridade de armas no que tange ao direito do cidadão de acesso à Corte (ou à Comissão de Direitos Humanos). Ali, na aderência aos votos dos demais juízes, há

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 666.

⁵⁶⁷ Tradução livre de: “A Corte debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional [porque de lo contrario] acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos” (Caso *Cayara v. Peru*, sentença de 3 de fevereiro de 1993; exceções preliminares, § 62). Nesse caso, em que se decidiu não se atrelar ao formalismo do número de cópias que a Comissão de Direitos Humanos deveria encaminhar à Corte para ter a demanda como aceita, uma vez que na redação do Estatuto da CIDH anterior à demanda eram necessárias vinte cópias, e depois passou a se exigir dez – como em vários outros julgados da CIDH, estabelece-se um equilíbrio não unicamente entre as partes na demanda, mas, como diz a Corte, “entre la justicia y la seguridad jurídica” (Caso *Cayara v. Peru*, sentença de 3 de fevereiro de 1993; exceções preliminares, § 42). O entendimento – quer de tal *equilibrio*, quer da medida da paridade –, prevalentemente de acesso à Corte, pode ser visto, v.g., nos seguintes casos: *Caballero Delgado & Santana v. Colombia* (sentença de 21 de janeiro de 1994, exceções preliminares, § 44), em que se discutiu se o prazo que a Comissão tinha para analisar a viabilidade de levar a causa à CIDH era peremptório ou não; *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros v. Guatemala)*; sentença de 25 de janeiro de 1996, exceções preliminares, §§ 38, 42, 44), no qual se cuidou de envio, primeiro, de fax e, depois, de dez vias para a CIDH, o que foi aceito. Além do *equilibrio* entre justiça e segurança jurídica, foi dito no precedente que: “es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos” (§ 42). Em *Baena Ricardo y otros v. Panamá* (sentença de 18 de novembro de 1999, exceções preliminares), por exemplo, a Corte decidiu que, exatamente para que não estourasse o prazo de três meses para deliberar sobre o encaminhamento da demanda à CIDH, a conferência telefônica havida entre os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não poderia ser tida como ilegítima. Naquele precedente se apontou, inclusive: “en cuanto a la observancia de ciertas formalidades, que es esencial preservar las condiciones necesarias para la plena vigencia de los derechos procesales y para que se alcancen los fines para los cuales han sido establecidos los procedimientos en la Convención y los reglamentos de la Comisión y la Corte” (§ 41). Por outro lado, se o Estado demandado foge do razoável na obediência ao prazo para se manifestar, o imperativo de “segurança jurídica e igualdade processual” motiva a que a Corte firme entendimento de não se receber as extemporâneas manifestações estatais. Assim, por exemplo, *Cantoral Benavides v. Peru* (sentença de 3 de dezembro de 2001, reparações e custas, § 31). Identicamente, *Barrios Altos v. Peru* (sentença de 3 de setembro de 2001, interpretação da sentença de fundo, § 6).

referências à comparação entre os sistemas europeu e interamericano de proteção aos direitos humanos. Também se tratou da assimilação do sistema interamericano ao europeu quanto ao funcionamento ininterrupto da Corte e a proteção dos direitos fundamentais a partir do acesso direto dos cidadãos à Corte.

No voto proferido em *Gangaram*,⁵⁶⁸ Cançado Trindade teceu considerações acerca da interpretação que deveria ser dada à vinculatividade da opinião da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como pré-requisito de acesso à CIDH à luz da “desigualdade fática de ‘status’ entre as presumidas vítimas e os governos demandados no procedimento ante a Corte” (§ 6), à “igualdade processual” e ainda a “uma disparidade entre as partes” (§ 8).

A CIDH foi bastante direta, embora genérica, na abordagem da paridade de armas como decorrente do princípio da igualdade entre os litigantes, também, na Opinião Consultiva nº 16/99, de 1º de outubro, acerca do direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Na ocasião, ao tratar dos contornos mínimos do devido processo legal, a Corte afirmou: “para que exista ‘devido processo legal’ é preciso que um reclamante possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses em forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros reclamantes”. Mais do que isso, assentou a Corte que

o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real de quem é levado à justiça. É assim que se atende ao princípio de igualdade perante a lei e os tribunais e à correlata proibição de discriminação. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existissem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, dificilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condições de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não tenham essas desvantagens.⁵⁶⁹

Sobre o posicionamento da CIDH a respeito da paridade de armas, conhecem-se, ainda, casos em que se debateu sua similitude com o princípio do contraditório, particularmente no que concerne à ciência de cada parte a respeito de admissibilidade de

---

⁵⁶⁸ *Gangaram Panday v. Surinam* (sentença de 4 de dezembro de 1991, exceções preliminares).

⁵⁶⁹ Opinião Consultiva OC 16/99, de 1º de outubro de 1999, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos, “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, §§ 117 e 119.

provas. Isso se vê, desde logo, no artigo 43 das regras de procedimento da CIDH, segundo o qual só se pode pleitear nova produção probatória se antes da decisão a parte contrária puder manifestar-se acerca do pleito.⁵⁷⁰

Ainda assim, a abordagem que prevalece é a de tratar a paridade de armas a partir do prisma da igualdade. No cenário interamericano, há a particularidade de se ligar a paridade de armas à superação de desigualdades entre os litigantes. Como lembra Amaya Úbeda de Torres, tal tratamento prevalece no entendimento da CIDH, e vale mencionar a passagem do Juiz Sergio García Ramirez segundo a qual o artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica deve ser lido de forma a

projetar outro princípio radical do sistema democrático no exercício da função judicial: a igualdade entre as partes que reclama que para o mesmo padrão de julgamento, sem prejuízo às singularidades derivadas do assunto da demanda e com a inclusão de elementos igualitários quando a controvérsia é entre indivíduos com uma natural “desigualdade de armas”.⁵⁷¹

Isso porque o foco da CIDH decorre não de possíveis ofensas à paridade de armas em processos originários de cada país, mas da igualdade que se confere aos demandantes perante a Corte, isto é, na relação *cidadão reclamante versus* país, mais do que nas normas específicas de processo penal de cada Estado.

---

⁵⁷⁰ Art. 43: “Posteriormente à recepção do escrito de submissão do caso, ao escrito de petições, argumentos e provas e ao escrito de contestação, e antes da abertura do procedimento oral, a Comissão, as supostas vítimas ou seus representantes, o Estado demandado e, se for o caso, o Estado demandante poderão solicitar à Presidência a realização de outros atos do procedimento escrito. Se a Presidência estimar pertinente, fixará os prazos para a apresentação dos respectivos documentos”. Consultou-se a versão portuguesa das regras de procedimento aprovadas pela Corte no XXXV período ordinário de sessões, entre 16 e 28 de novembro de 2009 (disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>). A propósito, *Maritza Urrutia v. Guatemala* (sentença de 27 de novembro de 2003, fundo, reparações e custas, § 46). No rodapé da citada decisão, há referências a outras decisões, no mesmo sentido, tomadas pela CIDH. No texto de Stefania Negri há fartíssimas referências de precedentes na matéria (The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure, cit., 537, rodapé n. 74).

⁵⁷¹ Tradução livre de: “to project another radical principle of the democratic system over the exercise of the judicial function: that equality between the parties which claims for the same trial pattern, without detriment to the singularities derived from the action’s subject matter and from the inclusion of equaling elements when the controversy is between individuals with a natural ‘inequality of arms’” (BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights*, cit., p. 666). O excerto de Sergio García Ramirez a que a autora faz referência foi retirado de: *Palamara Iribarne v. Chile*, Merits, Reparations and Costs. CIDH, 22.11.2005, *series C* n° 135, Separate Concurring Opinion of Judge S. García Ramirez, § 10.

5.6. Distinção entre paridade de armas e *par condicio* no processo penal

Após as análises sobre as principais manifestações dos órgãos supraestatais que trataram da paridade de armas no processo penal e sobre a prevalência que todos dão à fundamentação do princípio no aspecto da igualdade, e não no contraditório – opção que também foi seguida neste trabalho –, deve-se distinguir entre a paridade de armas e a *par condicio*.

5.6.1. A *par condicio* e sua ligação com a doutrina da relação processual e com o contraditório

Em influente monografia, Claudio Faranda, na década de 70 do século passado, afirmava, logo na primeira página, que “*Il problema della par condicio non s’identifica con quello della cosiddetta “parità d’armi”*”.⁵⁷²

O autor italiano construía sua teoria sobre a *par condicio* no processo penal não só a partir da distinção (na verdade, para ele, uma superação) da paridade de armas, mas com base na premissa segundo a qual, no processo penal, existiria uma estrutura cooperatória entre as partes e o juiz com vistas a se atingir a decisão justa.⁵⁷³

Por isso é que é importante dizer que Faranda reconhecia a ligação que a paridade de armas tem com a igualdade, em contraposição à *par condicio* e sua ligação com o contraditório. É importante, ainda, reter que a construção era mesmo composta de duas duplas: de um lado, a igualdade e a paridade de armas; de outro, o contraditório e a *par condicio*. O estudo de Faranda refutava a primeira e privilegiava a segunda.

Pela perspectiva daquele autor, a estrutura cooperatória entre as partes e o juiz com vistas ao atingimento da sentença se dá com a observância rígida do contraditório, tido como “método de pesquisa da verdade fundado na contraposição dialógica”, pelo qual “a

---

⁵⁷² La “*par condicio*” nel processo penale. Milão: Giuffrè, 1968, p. 1. Daí chamar a atenção um viés da leitura que fez Welton Roberto (*Paridade de armas no processo penal*, cit., p. 96) da obra de Faranda. Segundo o autor brasileiro, a paridade de armas seria sinônima da *par condicio*. Não nos parece que a melhor interpretação da obra italiana seja essa. A propósito, inclusive Mauro Fonseca de Andrade, que assume posição com a qual aqui não se concorda (pois também toma como sinônimas a paridade de armas e a *par condicio*), cita a obra de Faranda e lembra que o autor italiano não igualava uma noção à outra, no que está correto (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 158, rodapé n. 591).

⁵⁷³ Logo nas páginas iniciais da obra, nota-se a exposição da distinção entre *par condicio* e paridade de armas: “Il superamento di una concezione di ‘parità d’armi’” seria consequência de uma “presa di coscienza del valore pubblicistico che, particolarmente nel processo penale, assume la funzione di accertamento giurisdizionale” (FARANDA, Claudio. *La “par condicio” nel processo penale*, cit., p. 2-3). O autor reafirma seu vínculo com a doutrina da relação processual.

atuação da *par condicio* entre as partes do processo é considerada como uma exigência sistemática imprescindível”.⁵⁷⁴ O contraditório foi por ele tomado como exigência que ultrapassa a necessidade de se conferir igualdade processual, pois entendido como método de se garantir, em construções dialógicas entre as partes, a verdade processual.⁵⁷⁵ Por esse motivo, para Faranda, a *par condicio* – ligada ao contraditório – assume relevo autônomo a respeito do dito princípio constitucional da igualdade.

A respeito disso, a interpretação que Ada Pellegrini Grinover deu ao texto do autor é fidedigna no sentido de que tal estrutura cooperatória caracterizar-se-ia pela “colaboração entre partes e juiz”. Nas palavras de Grinover a propósito das lições de Faranda,

a participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de aumentar uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.⁵⁷⁶

Assim, a autora deduz a proposição de que “as partes é que são necessárias para o desenvolvimento do processo. A proposição contrária, no sentido de o processo servir às partes, só é válida na estreita medida em que estas têm interesse no provimento”.⁵⁷⁷

Como se vê, entendem Faranda e Ada Pellegrini Grinover que a *par condicio* tem ligação com o contraditório. Ambos também dizem que o processo se desenvolve não a partir da sequência de situações jurídicas, mas como uma complexa e progressiva relação

---

⁵⁷⁴ FARANDA, Claudio. *La “par condicio” nel processo penale*, cit., p. 7. Traduções livres de, respectivamente: “metodo di ricerca della verità fondato sulla contrapposizione dialogica” e “l’attuazione della par condicio tra le parti del processo va considerata come un’esigenza sistematica imprescindibile”.

⁵⁷⁵ No Brasil, o estudo de Joaquim Canuto Mendes de Almeida sobre o princípio do contraditório no processo penal, se por um lado obedece às reservas teóricas do autor quanto à existência de partes em processo penal, por outro foca na possibilidade de ação e reação e, assim, na possibilidade concreta de que isso aconteça. Assim, se primeiro se pode ver a sempre repetida passagem segundo a qual o contraditório é “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, especificamente para o direito processual penal, o contraditório se manifestaria “pela ciência tempestiva dada ao imputado de todas as cargas judicialmente contra ele acumuláveis isso significa que o réu não deve ser processado sem citação e sem termo para contrariedade” (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., respectivamente, p. 82 e 107).

⁵⁷⁶ Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, cit., p. 3. A ideia, com outras palavras, de tratamento das partes como auxiliares na busca da verdade, e não como protagonistas da cena judiciária, era vista, também, por Canuto Mendes de Almeida (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 107). No mesmo sentido, seguindo a tal concepção cooperatória na atuação das partes no processo penal, situa-se o estudo de Welton Roberto (*Paridade de armas no processo penal*, cit., p. 96).

⁵⁷⁷ Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória, cit., p. 3.

jurídica em que as partes devem ter participação cooperativa com o Poder Judiciário no accertamento dos fatos.⁵⁷⁸ Trata-se, por isso, de processo com estrutura cooperatória.

O autor italiano critica abertamente a paridade de armas e sua ligação com a igualdade para tentar, conforme suas próprias palavras, *superá-la*. De acordo com ele, a paridade de armas estaria presa à noção privatística de processo, ao contrário do que deveria haver na chamada *estrutura cooperatória* do processo.

Por seu turno, Ada Pellegrini Grinover, exatamente por privilegiar a relação jurídica processual em detrimento dos interesses das partes, asseriu que mais importa a aderência da sentença à situação fática debatida do que a satisfação dos interesses das partes.⁵⁷⁹

Daí que a *par condicio* se liga ao contraditório como método processual atrelado à ideia de cooperação, típica de sistema processual moldado pela noção de relação jurídica processual. Isso afasta a sinonímia entre *par condicio* e paridade de armas em processo no qual importa a situação jurídica dos envolvidos, mas não a relação que os anima entre si e, menos ainda, a ambos perante o juiz.

5.6.2. A paridade de armas, sua separação da doutrina da relação processual e sua decorrência da igualdade

Assume-se aqui que a paridade de armas é princípio aplicável no campo processual penal e não tem como fundamento constitucional o contraditório, mas a igualdade processual, a partir da previsão constitucional.⁵⁸⁰ Ela não depende da chamada estrutura cooperatória do processo, que é estranha à concepção de processo penal como sequência de situações processuais em que cada um dos envolvidos aproveita as chances disponíveis, sob pena de não se atingir decisão favorável.

Quer-se, com isso, dizer que: enquanto a *par condicio* depende da consideração da relação jurídica entre as partes e o juiz na busca da verdade, a paridade de armas atine com

---

⁵⁷⁸ Na lição de Canuto Mendes de Almeida, almeja-se um *concurso* entre Ministério Público e imputado na realização da justiça (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 107).

⁵⁷⁹ Também assim, antes, posicionou-se Canuto Mendes de Almeida (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 100 e ss).

⁵⁸⁰ Com o que se discorda da posição de James E. S. Fawcett, segundo quem “the principle of the equality of arms is an expression of the rule audi alteram partem, and implies that each party to the proceedings before a tribunal must be given a full opportunity to present his case, both on facts and in law, and to comment on the case presented by his opponent” (*The application of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 154).

a própria relação entre acusado e acusador com vistas não ao atingimento da verdade, mas ao conjunto de posições jurídicas e meios processuais que cada um dos lados poderá ter na apresentação da causa ao julgador.

Nas duas concepções do processo há, naturalmente, sujeição das partes ao sujeito imparcial (não fosse assim, o Estado não regeria as condutas, nem importaria sua força autoritativa em provimentos judiciais, sejam quais forem). Mas, de um lado, a sujeição decorre da premissa da busca da verdade como conformadora das ações e reações das partes, sendo que as próprias partes são contingenciais no escopo de, cooperativamente, atingir-se a chamada decisão justa. De outro, a sujeição se dá a partir da lealdade processual prevista em normas deontológicas que variam, no plano do direito positivo, de sistema a sistema.

Por esse prisma, a participação das partes é central, pois o que importa é o atingimento dos objetivos, dadas as regras de distribuição das chances no processo, algo muito diferente do que prega a estrutura cooperatória, ligada à *par condicio*. Na segunda hipótese, trata-se de paridade de armas; na primeira, de *par condicio*.

Além disso, em processo penal estruturado segundo a garantia constitucional da presunção de inocência, com a particularidade de se respeitar o direito ao silêncio – e a consequência de seu exercício⁵⁸¹ –, não se prestigia, na extensão em que o faz Faranda, a tal estrutura cooperatória do processo penal.

Em enfoque diverso, pode-se dizer que a lição de contraditório – embora seja das mais caras ao processo penal –, assim como seu aspecto de formação de síntese a partir de teses e antíteses, ainda que presente tanto quando há observância da *par condicio* quanto quando se trata da paridade de armas, não é nuclear no último caso.

O contraditório se refere ao “jogo de ações, reações e controles recíprocos”⁵⁸² e, em alguma medida, até pode coincidir com o resultado de ter sido obedecida a paridade de armas. Mas a consequência de tal sintonia, ainda que decorra da paridade de armas, nem por isso se confunde com ela. Em outros termos: porque *há* a paridade de armas, *pode haver, conseqüentemente*, garantia do contraditório, mas essa equação não é infalível.

É possível exemplificar os dois lados aí envolvidos: primeiro, hipótese em que se preveja número diferenciado de testemunhas, se arroladas pela acusação ou pela defesa,

---

⁵⁸¹ Não parece ser possível concordar com a tal estrutura *cooperatória* se, em processo penal, ninguém é obrigado a se autoincriminar.

⁵⁸² Tradução livre de: “gioco di azioni, reazioni e controlli reciproci” (FAZZALARI, Elio. Processo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII. Turim: UTET, 1966, p. 1074).

significa contraditório sem paridade de armas, pois permite a concretização da ideia de conhecimento e reação, mas não evita tratamento díspar às partes;⁵⁸³ de outro lado, há paridade de armas, mas não há contraditório, quando a nenhum dos contendores se abre a possibilidade de exporem seus argumentos perante a Corte sobre documento que esteja nos autos e tenha sido produzido, por exemplo, por perito criminal ou autoridade da Receita do Brasil em razão de determinação judicial.⁵⁸⁴

Do ponto de vista do momento em que o princípio da paridade de armas pode incidir, entende-se aqui que ele seja um continente no qual o contraditório é conteúdo (a paridade de armas incide durante maior arco processual do que o contraditório). Igualmente, a noção de contraditório em alguma medida supõe igualdade no tratamento dos oponentes no processo, daí porque ter origem próxima à da paridade de armas.

Todavia, como as hipóteses de manifestação dos dois princípios não é necessariamente coincidente, a relação de continente e conteúdo não é inexorável. Por isso se pode assumir, neste trabalho, que o círculo de incidência da paridade de armas é maior do que o coberto pelo contraditório,⁵⁸⁵ mas as incidências nem sempre se dão nas mesmas situações.

A paridade de armas, que se estrutura sobre a noção ampla de apresentação da causa em situação não desvantajosa perante o oponente, não é sinônimo processual de contraditório – *rectius, par condicio* –, pois permite que se atinjam situações em que não

---

⁵⁸³ É o caso do vigente Código de Processo Penal Militar brasileiro (Decreto nº 1.002/69): a acusação pode arrolar seis testemunhas com a inicial (art. 77, CPPM), enquanto a defesa pode inicialmente arrolar três (art. 417, § 2º, CPPM). Além disso, também há contraditório, com tratamento diferenciado entre acusação e defesa na situação em que o Ministério Público recebe intimações em caráter pessoal (art. 18, II, h, Lei Complementar nº 75/93; Lei Federal nº 8.625/93, art. 41, IV).

⁵⁸⁴ Elisa Toma cita outro exemplo para a distinção: “The court states on the differences between the two principles in regards to the case where the miscommunication of a document from the cause’s file affects only one of the parts, when the other part had access to that document. It is specified that in these situation we are confronted with a violation of the principle of equality of arms. The parts must be treated in an equal manner, without having one part enjoying a right to which the other didn’t had access. Opposed to this case, if the both parts didn’t have the possibility to study a useful information that already reached the judge, the violation concerns the principle of contradictory” (The principle of equality of arms..., cit., p. 4).

⁵⁸⁵ Daí parecer correta a separação feita por Welton Roberto ao dispor que a paridade de armas é “elemento cerne para a realização do contraditório” (*Paridade de armas no processo penal*, cit., p. 93). Até por isso, insista-se, a paridade de armas se separa do contraditório. Tiago Félix da Costa constrói uma ligação recíproca entre paridade de armas e contraditório: de um lado, afirma que “o contraditório pode ser entendido como uma decorrência do princípio da igualdade de armas, no sentido em que este princípio – de caracter mais abrangente – exige que as partes possam pronunciar-se sobre todas as questões respeitantes à lide, sob pena de se gerar um desequilíbrio de suas situações no processo”; de outro, indica que “a igualdade de armas pode ser entendida como uma exigência do contraditório, uma vez que este, enquanto direito de ser ouvido e a influenciar a decisão final, exige uma igual oportunidade de exposição de razões e argumentos” (*A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*, cit., p. 31).

há o jogo de ações e reações tratado por Fazzalari e, no direito processual penal brasileiro, por Joaquim Canuto Mendes de Almeida.⁵⁸⁶

Em vez de se ligar ao contraditório, a paridade de armas no processo penal vincula-se à igualdade porque “trata de assegurar que ambas as partes em conflito gozem dos mesmos meios de ataque e de defesa e da igualdade de armas para fazer valer suas alegações e meios de prova”.⁵⁸⁷ Nas palavras de Mirjan Damaška, “todos os litigantes devem ser tratados como iguais para o propósito de disponibilidade de armas processuais, assim como todos os eleitores devem ser considerados como iguais para o propósito de regular a eleição (um homem, um voto)”.⁵⁸⁸

Elio Fazzalari, em sutil colocação que auxilia na separação aqui adotada, cuida de situações de *dialeticidade* e de *paridade* entre sujeitos.⁵⁸⁹ Para ele, tais noções não se confundem: a paridade de armas é decorrente da igualdade, ao passo que a *par condicio*, com base no contraditório, liga-se à dialeticidade. E mais: a primeira não depende da atuação formal de parte; a segunda, sim. Dessa forma, pela construção de Faranda, limitam-se o contraditório e as atuações defensiva e acusatória até decisão de provimento de mérito.

Também por isso a paridade de armas é vista autonomamente em relação à *par condicio*, já que, como aqui já se adiantou mais de uma vez, ela supõe igualdade na apresentação da causa, e não somente na repartição das regras atinentes à prova ou à dinâmica de ação e reação no processo penal. Assim, malgrado seja fecundo pensar nos aspectos probatórios para a paridade de armas (e também para a *par condicio*), a primeira pode ter aplicação antes de instaurada a fase judicial da persecução penal (isto é, antes que existam as *partes*), com típicas medidas investigativas que indiquem que alguém possa ser tido como suspeito da prática de determinada infração.

A paridade de armas também pode ter aplicação em campo recursal com a observância do direito de presença do acusado e do direito, se cabível, de ser ouvido sobre os fatos, sendo que isso não necessariamente tem relação com a noção de contraditório.

---

⁵⁸⁶ O contraditório, para aquele professor, é a expressão formal da *contrariedade* (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 79). Não tem ligação com a *igualdade*.

⁵⁸⁷ MORENO, Faustino Cordón. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 145-146. Do mesmo sentir é a doutrina de Marcelo C. Castañeda Paz (La igualdad de armas: de la teoría a la realidad. *Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, ano VII, n. 12, 2001, p. 571 e ss).

⁵⁸⁸ *The faces of justice and State authority...*, cit., p. 107, tradução nossa.

⁵⁸⁹ Processo, cit., p. 1074.

Essa argumentação, inclusive, privilegia o aspecto do suporte fático amplo da norma de direito fundamental, na medida em que não exclui, aprioristicamente, algum campo de incidência do princípio da paridade de armas no processo penal. Assim, concede-se maior proteção ao direito fundamental do destinatário da norma protetiva.

Outra situação exemplar da distinção entre paridade de armas e *par condicio* está na execução penal: há, ainda, o direito de liberdade em jogo, mas não há estrutura cooperatória. Isso porque até os contornos do debate que se trava em execução penal são distintos daqueles havidos em instrução da ação penal transitada em julgado, e também porque a própria legitimação para agir, em execução penal, é distinta.

A relação firmada entre executado e os demais órgãos envolvidos na execução penal – particularmente o Ministério Público – é inconfundível com a que animou interesses contrapostos perante o juiz durante a instrução criminal. Isso porque, em execução penal, já não se controverte sobre situação fática que motivou a persecução penal. A própria instrução processual que pode existir em execução penal decorre de incidentes atrelados à forma do regime de cumprimento de pena, a eventuais recálculos, remições, incidências de faltas e cálculos para progressão de regime.

Se se cogita de aplicação de paridade de armas nessa fase, e se até se pode indicar a presença de contraditório em determinadas manifestações pontuais, o certo é que não se cuida de estrutura cooperatória, tampouco de dialeticidade com vistas à consonância da decisão judicial à situação de fato. Ou seja: pode se dizer existir paridade de armas, mas não *par condicio* em execução penal.

Na execução penal não há acusação da prática de crime, mas, pontualmente, manifestação do Ministério Público – ainda que discordante de pleitos do executado – em incidentes na fase executiva do processo penal cuja ação penal tenha transitado em julgado. Tanto na fase inicial quanto na fase final do processo penal, não há identidade de possibilidades de ação entre acusação e defesa.⁵⁹⁰ A incidência da paridade de armas nesses momentos processuais separa o contraditório (e a *par condicio*) das conseqüentes

---

⁵⁹⁰ “É de reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se coloca em uma posição de desvantagens na fase de investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes de provas. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais, estruturados para tanto. Por outro lado, a defesa deve desenvolver sua investigação com as próprias forças. O problema se mostra ainda mais sensível ao se considerar que a imensa maioria dos acusados e investigados no processo penal é pobre e não tem condições de desenvolver qualquer atividade investigativa” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo: Elsevier; Campus Jurídico, 2012. p. 23).

lições de *ação e reação* do que aqui se expõe como integrante do conceito de paridade de armas.

A propósito, veja-se decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que trouxe ao processo penal a lição do contraditório sem a consideração de evitar que se implementasse uma dupla manifestação nos autos do órgão acusador em prejuízo de um só lado: o cidadão que foi denunciado à justiça pública. No precedente, entendeu-se operar o contraditório no sentido de que, da juntada de documentação de uma das partes, fosse aberta vista à parte contraposta.⁵⁹¹

O raciocínio ali desenvolvido até pode ser explicado pela premissa do contraditório, mas não se fundamenta a partir da paridade de armas porque, ao que transparece o teor do julgado, seguiu-se à risca a noção do contraditório, mas não a da difícil equação entre situação inicial do acusador público e do cidadão que deve defender-se da acusação penal.

Afinal, é o acusado quem deve conhecer os elementos e pormenores acusatórios para poder endereçar a reação defensiva ao órgão do Poder Judiciário. Implementar, para garantia do contraditório, a abertura de vistas ao acusador a depender do conteúdo da resposta defensiva é possibilitar a nova manifestação acusatória, dessa vez em rebate aos argumentos da defesa. Assim, a lógica do próprio contraditório no momento processual da resposta defensiva é desvirtuada: o que se almeja é que a defesa reaja à acusação; mas não o contrário. Nesse particular momento processual, a norma de proteção garante ao acusado o conhecimento da linha acusatória, e não se justifica que o órgão acusatório rebata os argumentos defensivos, até porque o ponto da controvérsia é a própria inicial do órgão acusador.

A partir da perspectiva da paridade de armas, ademais, não se cuida apenas da possibilidade de a acusação rebater teses defensivas, mas de se impedir que uma das partes não tenha mais eficácia argumentativa para convencer o juiz do que a outra. Tal concepção implica ver na paridade de armas não só a relação entre ação e reação ou manifestações paritárias sempre que a parte contrária se manifesta nos autos.⁵⁹²

---

⁵⁹¹ HC nº 105.739, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.02.2012.

⁵⁹² Por se assumir essa postura é que não se concorda com Manoel Monteiro Guedes Valente, que professa a ideia de que a paridade de armas é “corolário inequacionável do princípio do contraditório” e que, ainda, seria um “acelerador” deste último (*Processo penal*. Tomo I, 2. ed. rev., atualizada e aumentada. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009, p. 135 e 152, respectivamente). Ao nosso sentir, a tal aceleração do contraditório não existe, pois o que há é uma fundamentação, a partir da igualdade processual, para que ele se concretize no processo penal. Daí porque, também, o contraditório ser corolário da paridade de armas, mas não o inverso.

Que essa promessa pode ser cumprida com o implemento do contraditório, não há a menor dúvida, mas a paridade de armas é mais ampla do que a sistemática ação-reação no processo penal. Quanto aos destinatários, ela não depende da conceituação de parte em sentido restrito; quanto ao âmbito temporal, independe da judicialização da persecução penal; quanto ao conteúdo, independe da dinâmica processual, porque ultrapassa os limites do contraditório.

Assim, não é correto afirmar que a paridade de armas decorre não da igualdade, mas do contraditório. E tal equívoco tem consequências visíveis no processo penal.

Como visto dos precedentes citados do TEDH, do ICTY, da CIDH ou do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, a paridade de armas ultrapassa a sistemática ação-reação, pois significa garantir direitos que não surgem necessariamente do ato da parte contrária (ex.: o acesso a documentos; a possibilidade de exercício do direito ao confronto; a presença em audiências e em sessões de julgamento de recursos; a vedação às manifestações acusatórias travestidas de órgão *custos legis*; a ciência prévia de determinação de indiciamento). A paridade de armas, portanto, é conceito que independe de ato ou reação da parte contrária.

5.7. Distinção entre paridade de armas e presunção de inocência

Da mesma maneira, há de se distinguir conceitualmente o princípio da paridade de armas de outro que lhe é, em alguma medida, correlato: a presunção de inocência, em sentido amplo, no processo penal.

Adota-se aqui o chamado *sentido amplo da presunção de inocência* porque se segue o entendimento de Maurício Zanoide de Moraes, segundo quem a presunção de inocência traz em si, como “aspectos, significados, projeções ou manifestações”, o *favor rei* e o *in dubio pro reo*.⁵⁹³ Ou seja, na linguagem de direito fundamental, o *favor rei* e o *in dubio pro reo* “integram o âmbito normativo da presunção de inocência”.⁵⁹⁴ Assim, na

---

⁵⁹³ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 367. Justifica-se a menção aos componentes da fórmula da presunção de inocência, porque, como alude o autor, até tempos anteriores aos dos tratados internacionais de direitos humanos e das chamadas teorias constitucionais dos direitos fundamentais, entendia-se o oposto, ou seja, justamente do *favor rei* é que adviriam a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Também para Enrique Bacigalupo o *in dubio pro reo* é um componente da presunção de inocência (Presunción de inocência, “in dubio pro reo” y recurso de casación. In: MARTINEZ, Edmundo Vasquez. *Derechos fundamenatles y justicia penal: Liber Amicorum*. San Jose da Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992, p. 77).

⁵⁹⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 369.

esteira da teoria dos direitos fundamentais, confere-se à presunção de inocência o suporte fático amplo.

Por isso é que não se adere, nesse particular, ao entendimento de Alexandra Vilela, para quem o *favor rei* teria abrangência mais ampla do que a presunção de inocência porque poderia ser tomado como “critério superior de liberdade e princípio geral informador do direito processual penal moderno” que, por isso, “encontra-se sempre presente em qualquer norma ou instituto que, sob qualquer ponto de vista, se venha a revelar favorável ao acusado”.⁵⁹⁵

Seguir a lição segundo a qual o *favor rei* e o *in dubio pro reo* são projeções da presunção de inocência impõe que, primeiro, ambos sejam analisados em separado e, depois, volte-se a tratar da relação deles para com a presunção de inocência.

5.7.1. *Favor rei* e *in dubio pro reo* em processo penal: distinções

Enquanto o *favor rei* implica escolha valorativa do intérprete a partir dos “ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão”, o *in dubio pro reo* implica escolha a partir de critérios de dúvida no plano processual, isto é, na dúvida fática acerca da aplicação da lei ao caso concreto.⁵⁹⁶

Por conta da diferente valoração do intérprete – quanto ao *favor rei* e quanto ao *in dubio pro reo* – é que o *favor rei* pode mostrar-se como significado da presunção de inocência não só no plano jurisdicional (quando a norma é aplicada pelo juiz na solução do

---

⁵⁹⁵ *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 73. Como também não se segue a de Giuseppe Bettiol, segundo quem a presunção de inocência seria a consagração em plano constitucional da norma da Convenção Europeia de Direitos do Homem, atrelada, segundo ele, ao *favor rei* (*Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966, p. 215).

⁵⁹⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 365. Nesse ponto, concorda-se com Bettiol, que lembrava, para o *favor rei*: “invero, Il giudice non può essere agnostico rispetto l'imputato” (*Istituzioni di diritto e procedura penale...*, cit., p. 214). Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em artigo recente, vai na mesma linha ao distinguir o *favor rei* do *in dubio pro reo*. O autor, no texto que tratou do resultado a se esperar no julgamento da Ação Penal originária 470, que tramitou no STF, disse que o *in dubio pro reo* aplica-se no caso de “dúvida sobre fato juridicamente relevante, enquanto regra de julgamento no processo penal”. Assim, na esteira de Lozzi, Badaró separou-o do *favor rei* (*O empate no julgamento da ação penal de competência originária do STF: absolver por quê?*, artigo gentilmente cedido pelo autor e publicado no site *Consultor Jurídico* em 22 de outubro de 2012 sob o título *Em caso de empate, inocência deve ser assegurada*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/gustavo-badaroem-empate-presuncao-inocencia-assegurada>>).

caso), mas também no plano legislativo (pois, no suporte fático amplo da presunção de inocência, deve-se adotar interpretação que favoreça a liberdade).⁵⁹⁷

De sua sorte, o *in dubio pro reo* tem o campo próprio para manifestação estritamente processual a partir da demanda e da dúvida surgida.⁵⁹⁸ Enquanto a dúvida que guia a aplicação do *favor rei* é uma dúvida axiológica que não depende da situação processual,⁵⁹⁹ a que motiva a aplicação do *in dubio pro reo* é concreta e necessariamente está atrelada à incerteza fática.⁶⁰⁰

A propósito, conforme as lições de Gilberto Lozzi, é de se pensar em aplicações do *favor rei* na contagem de votos de acórdãos quando o empate favorece à defesa,⁶⁰¹ e em casos nos quais a esta se garanta manifestação sempre posterior à acusação.⁶⁰²

No Brasil, particularmente no âmbito de alguns recursos e ações impugnativas, pode-se notar a consagração do princípio *favor rei*. Assim, por exemplo, como lembra Rogério Schietti Machado da Cruz, observa-se aplicação do *favor rei* no último dos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal,⁶⁰³ que concerne às previsões de recursos e ações impugnativas de manejo exclusivo pela defesa, como os embargos infringentes (e de

⁵⁹⁷ Gilberto Lozzi, ao decodificar linguisticamente o *favor rei*, fazia-o a partir da palavra *favor*. Com isso incluíam-se no *favor rei* as locuções *favor defensionis* e *favor libertatis* (*Favor rei e processo penale*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 178). No mesmo sentido posicionou-se Alexandra Vilela (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, cit., p. 76). Para Mario Chiavario, também Carrara ligava a presunção de inocência à ideia de “favores para a defesa” (*Presunzione d’innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, fascículo 2, abr./jun. 1991, p. 359). Entre nós: CRUZ, Rogério Schietti Machado da. *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 103; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 50.

⁵⁹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 366. Para o autor, o *in dubio pro reo* é de ser levado em conta pela autoridade como norte decisório em absolutamente todas as fases do processo penal. Concorde-se com essa posição e, por isso, não se acata a lição de Alexandra Vilela, segundo quem o *in dubio pro reo*, no aspecto de regra probatória, “tem os seus momentos principais de actuação em sede de acusação e de julgamento” (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, cit., p. 77).

⁵⁹⁹ Que norma deve o juiz aplicar ao caso concreto em que se possibilita mais de uma interpretação – em situação na qual tecnicamente qualquer decisão seria axiologicamente justificável a partir da ideologia seguida? Ou, mais abstratamente, que norma deve o legislador produzir para atingir determinado efeito processual?

⁶⁰⁰ Que decisão deve ser proferida diante de determinado cenário probatório, isto é, a depender da situação fática que se apresente à decisão?

⁶⁰¹ *Favor rei e processo penale*, cit., p. 54. Diversa e precisamente nesse ponto, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, para quem a questão não é de aplicação do princípio do *favor rei*, mas de pura não superação do estado inicial de inocência, afirma: “no caso de empate na votação do órgão colegiado, não houve condenação. O empate não transforma o inocente em culpado. A hipótese a ser acertada não atingiu o resultado positivo necessário para alterar o *status* de inocente! Se há empate, a tese condenatória não venceu” (*O empate no julgamento da ação penal de competência originária do STF...*, cit., p. 3).

⁶⁰² *Favor rei e processo penale*, cit., p. 177.

⁶⁰³ *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 103. É de se pensar: o *favor rei* se vê pela previsão abstrata da lei; e o *in dubio pro reo* se vê na decisão judicial de se utilizar ou não da norma do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

nulidade) e a revisão criminal,⁶⁰⁴ o uso exclusivamente em prol da defesa em ação de *habeas corpus*, a proibição (ainda que indireta) da *reformatio in pejus*.⁶⁰⁵

Tratam dos embargos infringentes e de nulidade como decorrência do *favor rei* autores brasileiros como André Nicolitt,⁶⁰⁶ Paulo Rangel,⁶⁰⁷ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes.⁶⁰⁸

No que tange especificamente à revisão criminal como decorrente da consagração do *favor rei*, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes tomam a ação constitucional revisional como decorrente do “*favor defensionis* (desdobramento daquele do *favor rei*)”.⁶⁰⁹

A esse respeito, por se tratar de decisão favorável à liberdade que pode inclusive ultrapassar o trânsito em julgado de condenação, é importante a menção a Gustavo Badaró. Para o autor, mesmo que historicamente a atual Constituição Federal não preveja a garantia fundamental da revisão criminal, a vedação à chamada revisão criminal *pro societate* decorre da noção de *favor rei* estampada no artigo 8.4. da CADH.⁶¹⁰

Ambos, o *in dubio pro reo* e o *favor rei*, na lição de Maurício Zanoide de Moraes, integram o chamado âmbito normativo da presunção de inocência porque cada um deles confere à presunção de inocência maior gama de aplicação e, portanto, possibilitam que atinja maior eficácia.⁶¹¹

5.7.2. O conceito amplo de presunção de inocência

Uma vez separados o *favor rei* e o *in dubio pro reo*, chegar a um conceito mais amplo de presunção de inocência como norma de direito fundamental é tarefa menos

⁶⁰⁴ *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 104.

⁶⁰⁵ *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 104. Ou seja: a própria previsão visa beneficiar exclusivamente a defesa, daí porque não se falar em proteção à acusação contra a *reformatio in pejus*.

⁶⁰⁶ *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012, p. 575.

⁶⁰⁷ *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1017. O autor se situa na corrente que entende que também o Ministério Público poderia interpor o recurso, desde que o réu “permaneça inerte e se configure uma injustiça inominável sua condenação em face da descoberta, após o julgamento da apelação, de provas de sua inocência”.

⁶⁰⁸ *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162.

⁶⁰⁹ *Recursos no processo penal*, cit., p. 238.

⁶¹⁰ *Processo penal*, cit., p. 690. A disposição protetiva da Convenção Americana é a seguinte: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Há recente obra que trata de possíveis situações processuais-penais decorrentes de trânsito em julgado de decisões condenatórias à luz do princípio do *favor rei*: QUEIROZ, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012; sobre o *favor rei* e a confirmação do que aqui se tem exposto, ver p. 46-47.

⁶¹¹ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 369.

árdua. Segue-se, na conceituação ampla, a classificação segundo a qual a presunção de inocência é tanto *norma de tratamento*, quanto *norma probatória*, quanto, ainda, *norma do juízo*.

Pela primeira denominação, a presunção de inocência faz observar, “na maior medida possível, que ao imputado não seja dado qualquer tratamento de culpado antes do trânsito em julgado de eventual decisão condenatória”.⁶¹² Na segunda, impõe-se que, “para se ter uma decisão condenatória legítima ou se requerer qualquer tipo de restrição aos direitos do imputado no curso da persecução, é necessário que o acusador apresente provas incriminadoras e lícitas”. Finalmente, na terceira acepção, cobra-se do juiz que “demonstre que aquele material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do imputado”.⁶¹³

Se a presunção de inocência, como visto aqui, abarca os sentidos de *favor rei* e *in dubio pro reo* (e não o oposto),⁶¹⁴ pode-se voltar à distinção entre ela e a paridade de armas no processo penal.

5.7.3. A distinção entre a paridade de armas e a presunção de inocência

A presunção de inocência não se confunde com a paridade de armas, ainda que a premissa presa ao *favor rei* de mitigação do desequilíbrio entre acusação e defesa no processo penal (conforme as abordagens de Gilberto Lozzi e Alexandra Vilela) aproxime um pouco as duas noções.

O *favor rei*, na vertente de *favor defensionis*, desequipara acusação e defesa no processo penal. E o faz com vistas a desequilibrar a nítida situação de vantagem que o órgão da persecução penal tem em comparação com o da defesa. Além disso, por razões que extrapolam a presente pesquisa, o *favor rei* liga-se muito mais às justificativas de

---

⁶¹² Presunção de inocência no processo penal brasileiro..., cit., p. 405.

⁶¹³ O amplo elenco de situações exemplificativas e o repertório doutrinário correlato podem ser vistos, na doutrina brasileira, em obra de Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 405 e ss.). A propósito, para aquele autor, só na terceira acepção é que o *in dubio pro reo* tem aplicação no direito processual penal, dado que seria ele uma pura norma de juízo.

⁶¹⁴ Postura diversa da adotada, por exemplo, por Alexandra Vilela (*Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, cit., p. 73-81), que segue critério amplíssimo de *favor rei* e, quanto ao *in dubio pro reo*, adota o entendimento de que seria uma norma ligada à “questão da produção da prova e da distribuição do ônus da prova” (p. 77).

tratamento privilegiado ao acusado do que à operatividade mesma do processo penal, tema caro à paridade de armas.⁶¹⁵

Assim, o problema da justificativa do tratamento igualitário pode até se manifestar de forma semelhante na paridade de armas e na presunção de inocência, mas a última, na faceta de *favor rei*, tem nítido contorno de privilégio defensivo, pelo que se justifica, para se atingirem outros valores extraprocessuais, a desigualdade processual.

Aliás, entende-se que a paridade de armas liga-se mais à possibilidade de as partes trazerem os argumentos em iguais condições ao julgador para que as demandas sejam apreciadas imparcialmente. Em boa medida, tal perspectiva está atrelada, como já se adiantou, à concepção de processo penal adversarial ou de partes. De sua sorte, a existência do *favor rei* se deduz da concepção de Estado de Direito que o processo penal – pela consequência que pode ter no plano do direito individual em jogo – traduz.

Maurício Zanoide de Moraes explica que o *favor rei*, como faceta da presunção de inocência,

deve orientar a formação legislativa infraconstitucional processual penal de modo a não se elaborarem leis abstratamente desconformes àquele dispositivo constitucional, quanto no âmbito judicial, para orientar a escolha da interpretação mais favorável ao imputado.⁶¹⁶

Além da distinção no plano teórico, a presunção de inocência (e o *favor rei* como um de seus significados) arranca fundamento, no âmbito da CEDH, do artigo 6º, 2.⁶¹⁷ A paridade de armas, como já se viu, tem esteio no art. 6º, 1, da CEDH.

No plano constitucional brasileiro, em continuação à distinção, enquanto a presunção de inocência e seus significados (*favor rei* e *in dubio pro reo*) decorrem do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sustenta-se aqui que o fundamento da paridade de armas é outro: o artigo 5º, *caput*, do mesmo documento. Assim, conquanto seja possível, ao menos na faceta do *favor rei*, colher-se certa aproximação entre paridade de armas e presunção de inocência, certo é que, até pelo fato de o *favor rei* (como vetor decisório

⁶¹⁵ Esse recorte torna mais fácil a separação entre ambos. Isso porque é sabido que, fora de determinado processo – no qual podem aparecer as tais situações de vantagem ou desvantagem de lado a lado –, o *favor rei* tem justificativas ideológicas. Tais justificativas podem ser vistas tanto no *in dubio pro reo*, o que tem relação com a gestão dos riscos da dúvida, quanto na revisão criminal *pro reo*. Como se disse no capítulo 1, as justificativas ideológicas da paridade de armas – igualar os iguais ou desigualar os desiguais – são testadas no processo.

⁶¹⁶ *Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 369.

⁶¹⁷ “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*, cit., p. 11). Ver também: BACIGALUPO, Enrique. Presunción de inocência, “in dubio pro reo” y recurso de casación, cit., p. 78.

pautado por critério axiológico incidente sobre o juiz e sobre o legislador) ser um dos aspectos da presunção de inocência, a paridade de armas com ela não se confunde.

A paridade de armas pode eventualmente ter fundamento parecido com o *favor rei*, mas não necessariamente terá com outros desdobramentos da presunção de inocência em sentido mais lato. Por isso, de novo, ela não se confunde com o *favor rei*: enquanto este é conteúdo do princípio da presunção de inocência, a paridade de armas não é contida por outro princípio processual penal. Ela tem autonomia e, dada eventual semelhança com o *favor rei*, pode-se até arriscar a dizer que seu âmbito normativo, nesse ponto, confunde-se com o da presunção de inocência.

Tanto a presunção de inocência quanto a paridade de armas, portanto, têm o *favor rei* como possível sentido aplicativo. Assim, como dito no início deste capítulo, continua-se a definir o que a paridade de armas *não é* para que, então, possa se depurar seu conceito.

5.8. O *legal aid* e a igualdade substancial

Não há aplicação da paridade de armas no processo penal caso não se aplique a noção material da igualdade. A propósito disso, são pertinentes os precedentes e a interpretação que se deu, sobretudo, no âmbito da CIDH e inclusive na repartição dos custos processuais – principalmente nos casos do ICTY discutidos.

A defesa da introjeção da igualdade material no processo implica cuidado na assimilação automática das noções de adversarialidade e paridade de armas, e por isso se justifica, outra vez, certa separação. Como já dito aqui, é certo que o processo adversarial é propício ao princípio, não sendo imprescindível ao seu desenvolvimento.

Toma-se a cautela de separar, conceitualmente, o processo penal adversarial da paridade de armas porque, quer pelo que a doutrina mais atenta europeia já disse,⁶¹⁸ quer pelo cenário interamericano (sistema jurídico inserido em contexto socioeconômico distinto do modelo em que gestou e se desenvolveu o sistema do *common law*), há razões suficientes para distingui-los.

Assim, e a propósito, se é comum a lição segundo a qual as inatas diferenças entre acusador (com a exclusividade de mover o poder de coerção legítimo) e acusado tornam impossível a igual distribuição de possibilidades no processo penal, a paridade de armas tem de cuidar de outra grave questão: a introjeção, no processo penal, das desigualdades

---

⁶¹⁸ Ver tópicos 4.5. e 5.2.1. deste trabalho.

sociais ou, se não isso, como se viu no cenário do ICTY, dos próprios custos para que seja implementada a defesa de cidadãos acusados de condutas complexas que por vezes causam ojeriza e, não raro, têm alta significação financeira.

O pano de fundo do que se conhece, a partir dos exemplos norte-americano e inglês de *legal aid*,⁶¹⁹ consiste exatamente em impedir que as desigualdades socioeconômicas sejam *esquecidas* quando se passar ao cenário estrito do processo penal. A razão de ser do auxílio aos mais pobres no processo penal, como diz Taruffo, é justamente uma atuação de fundo caritativo sem a qual a diferença (extraprocessual) entre ricos e pobres, trazida ao processo, seria sumamente desconsiderada. A isso se soma, como visto nas análises dos casos do ICTY, que independentemente da fortuna dos acusados, muitas vezes a defesa necessita de fundos para que possa produzir eficazmente as provas que entender pertinentes.

Caso se desconsidere a necessidade do *legal aid*, a aplicação da paridade de armas não ocorre. A conclusão atende não só à ideologia do *welfare state*, mas também à do *fair trial*, aplicável aos casos de crimes contra a humanidade – mesmo os mais abomináveis – com os quais se defrontou, por exemplo, o ICTY.

Sem a consideração de mecanismos de reequilíbrio de forças (de fora para dentro) no processo penal, não se fala de paridade de armas e, então, *Fiat justitia, pereat mundus*.⁶²⁰

5.9. A utilidade da teoria dos princípios na conceituação da paridade de armas

Por decorrer da igualdade, o princípio da paridade de armas não tem como ser conceituado sem que se resgate, ainda que de forma bastante resumida, os principais traços já apontados no trabalho.

Na investigação do que seja a paridade de armas no processo penal, importa repetir que se segue um conceito amplo de suporte fático da norma de direito fundamental. Com isso se quer dizer que, aprioristicamente, inexistente campo em que não se possa aplicar o preceito da paridade de armas.

---

⁶¹⁹ A propósito, ver: TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana...*, cit., p. 56 e ss.

⁶²⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

Ao se admitir o suporte fático amplo da norma de direito fundamental, se por um lado se abre espaço para a incidência do princípio, por outro sua não incidência em determinadas situações significa que tal inaplicação decorreu ou de uma violação (inadmitida), ou de uma restrição (admitida). Em nenhuma hipótese trata-se de apriorística vedação na incidência.

Isso porque se adota doutrina segundo a qual a proteção advinda de normas jusfundamentais principiológicas conferem proteção *prima facie* na medida do juridicamente admissível. Não se segue, no particular, a teoria do suporte fático restrito, dado que ali incidiria vedação apriorística para a incidência da norma em determinadas situações a partir de uma filtragem prévia da incidência da norma protetiva. Se tal teoria fosse seguida, haveria incidência com caráter de definitividade.⁶²¹

A adoção de um suporte fático amplo e a separação do contraditório tornam possível a incidência do princípio da paridade de armas em fases processuais em que o contraditório não incidiria. Exemplos disso são a execução penal e a fase pré-judicial de persecução penal. Daí, no resgate da lição de Virgílio Afonso da Silva,

toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão – o que é protegido *prima facie*? – segue o mesmo caráter aberto.⁶²²

E assim, dado que o suporte fático da norma de direito fundamental é composto por “aquilo que é protegido” (seu âmbito de proteção) e por aquilo “contra o qual é protegido” (a intervenção estatal),⁶²³ pode-se imaginar, na delimitação da incidência da norma, as seguintes perguntas a serem respondidas: a) Por se tratar de norma de direito fundamental, que nível de interveniência estatal se exige para a eficaz proteção? (Apenas do Legislativo? Do Judiciário? Do Executivo? De todos eles? De alguns deles?); b) Quais são,

---

⁶²¹ Isto é: *definitivamente* haveria uma ou outra área não coberta pelo princípio, como as situações surgidas em investigação preliminar ou execução penal.

⁶²² *Direitos fundamentais...*, cit., p. 109-110.

⁶²³ *Direitos fundamentais...*, cit., p. 71.

propriamente, os chamados *bens da vida* protegidos?; c) Qual é a extensão subjetiva e objetiva no processo penal, isto é, sobre *quem* a norma incide e em *quais situações*?⁶²⁴

O tratamento da paridade de armas a partir da adoção de um suporte fático amplo torna problemáticas as situações de limitação e restrição do direito fundamental. Numa palavra: tal abordagem situa em ponto central a própria delimitação do suporte fático amplo. Isso porque, no que tange às limitações e restrições dos direitos fundamentais, segue-se a teoria externa. E de acordo com ela, como já se disse antes, o limite do direito fundamental não é algo *interno*, do próprio direito (pois, se o fosse, algo que em teoria se toma como princípio mais se assemelharia a uma regra), mas sim deduzido a partir de ponderações com outros que se lhe contraponham.⁶²⁵

Nesse particular, conforme já se pôde perceber a partir de alguns julgados do TEDH e do ICTY, a regra⁶²⁶ da proporcionalidade⁶²⁷ pode indicar a melhor forma de incidência do princípio da paridade de armas para que se dê maior proteção no caso concreto. Por ser norma-princípio de direito fundamental, a paridade de armas tem suporte fático amplo, e é só após o sopesamento e as justificativas que acompanham eventuais intromissões em cada caso concreto que se descobre seu conceito.

Caso haja justificativa para não se seguir a noção igualitária de tratamento entre acusado e acusador no processo penal, não há uma ilegítima intervenção estatal, mas uma restrição ao exercício do direito fundamental. É o que se vê, por exemplo, na abstrata previsão da possibilidade de o acusador oficial se valer de alguns dos meios expeditos na busca de informações para esclarecimento de possíveis crimes, como a medida de interceptação telefônica.

Por outro lado, se o tratamento disparitário decorrer de norma ou ato sem fundamentação constitucional adequada,⁶²⁸ haverá violação ao princípio da paridade de

⁶²⁴ Essas são, com algumas variações terminológicas, as perguntas feitas por Maurício Zanoide de Moraes atinentes à delimitação do âmbito de proteção da norma ali estudada (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro...*, cit., p. 362).

⁶²⁵ Recapitulando: “A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 140).

⁶²⁶ A proporcionalidade, para Virgílio Afonso da Silva, “tem a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo” (*Direitos fundamentais...*, cit., p. 168.) O autor, a propósito, atento à variação terminológica sobre o que seria a proporcionalidade, não fecha as portas em definitivo às múltiplas nomenclaturas. Enfatiza, contudo, que a forma de incidência é a de regra.

⁶²⁷ A propósito, ver: MARZADURI, Enrico Antonio. La parità delle armi nel processo penale. *Quaderni Costituzionale*, n. 2, 2007, p. 378-381.

⁶²⁸ A menção feita é ao âmbito de proteção da norma proposto no chamado *modelo alternativo*. Tal modelo foi tratado no tópico 1.2. deste trabalho.

armas. Exemplos disso, a serem aprofundados no capítulo seguinte, podem ser vistos na chamada concepção cênica de salas de audiência que desrespeite a atuação paritária de representante da defesa e da acusação; na participação do representante do Ministério Público em tribunais na qualidade de *custos legis*; e na abertura de vistas ao Ministério Público para se manifestar oralmente ou por escrito após a defesa, conforme tenha sido o caso de sua resposta à acusação.

Assim, como se segue a teoria externa no que tange à restrição dos direitos fundamentais, com a paridade de armas, o conceito a se atingir depende da justificativa concreta para, em sopesamento, cogitar de aplicação ou não em uma dada situação.

Por se tratar de norma principiológica, e por se seguir o critério amplo na fixação do suporte fático, sempre se deverá perquirir sobre a existência de fundamentação constitucional para a restrição de seu exercício, com o que se distinguem as situações de restrição (legítima) e violação (ilegítima) ao princípio da paridade de armas no processo penal.

5.10. O conceito de paridade de armas no processo penal

5.10.1. A relatividade do conceito

Em 1937, Giuseppe Guarneri dizia que “as partes, enquanto pedem justiça, devem ser colocadas no processo em absoluta paridade de condições”. Se é impossível a plena concordância com tal ensinamento – que parte da paridade de armas em processo civil para dizer que, no processo penal, a paridade de armas é “um sonho”⁶²⁹ –, uma boa parte dele pode ser resgatada na busca por um conceito operativo da paridade de armas no processo penal.

Pelo desenvolvimento teórico do tema desde a primeira metade do século passado, não se sustenta a ideia de que deva existir uma *absoluta* paridade de condições entre acusador e acusado. Isso porque – e eis uma razão de não ser plena a concordância com Guarneri – a teoria dos princípios induz a tomada da norma de direito fundamental (como é a paridade de armas) como aplicável *prima facie* e não de forma apriorística e absoluta. E,

---

⁶²⁹ Tradução livre de: “la parti, in quanto chiedono giustizia, devono essere poste nel processo in assoluta parità di condizioni” (Sul problema dell’uguaglianza di armi, nel processo penale. *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, Milão, 1947, p. 119). O entendimento de que a paridade de armas em processo penal é um sonho está na p. 136 do referido artigo.

assim como o próprio conceito de igualdade, relativo em sua essência, as igualdades entre as partes não são absolutas.

5.10.2. Decomposição da síntese conceitual do TEDH

A paridade de armas, como se viu a partir do reiterado posicionamento do TEDH, equivale à oportunidade razoável dada a cada parte de apresentar seu caso – inclusive sua prova – sob condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente. Tal conceito amplo, repetido no âmbito do direito processual penal internacional, pode ser decodificado a fim de se atingirem algumas conclusões antecipadas no trabalho.

5.10.2.1. A arma como oportunidade

Quando se fala em *oportunidade*, discute-se no que consiste a *arma* disposta a cada parte. Isso porque aí não se faz menção à competência do defensor contraposta à do acusador, ou às armas no sentido de razões escritas ou faladas ao juiz, como sustentações dessa ou daquela tese. Nesse ponto, ao se conceituar a paridade de armas como uma *oportunidade*, é relevante a exposição feita por Mauro Fonseca Andrade de três posicionamentos que poderia haver no que tange a *o quê* seria a tal arma, cuja repartição seria igualitária.

O autor brasileiro resenhou o entendimento de Canelutti de que à *arma* poderiam corresponder as “razões ou as fundamentações das posições assumidas que as partes podem expor ao juiz”, isto é, a ela equivaleriam a “palavra e a persuasão”. Depois, ressaltou a posição de Goessel, segundo quem a *arma* seria pura e simplesmente a competência do profissional (defensor ou acusador).⁶³⁰ Entre as duas correntes teóricas, situa-se aquela, seguida por Gimeno Sendra, de que *arma* no processo penal deve ser entendida como “situação, meio, oportunidade ou possibilidade”, indicando que “acusação

---

⁶³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 165. As críticas do autor brasileiro às duas correntes teóricas se encontram, na obra referida, nas p. 167-168. Contra a primeira corrente, de nada adiantaria a igualdade de palavras, isto é, de exposição de teses, se antes disso não se instituisse a igualdade na aptidão do uso da palavra ou da tese. Contra a segunda, de nada adiantaria a excelência do advogado se a lei não repartir a oportunidade processual para que possa se manifestar. Essa segunda hipótese, segundo o autor, foi tida metaforicamente como uma arma de grosso calibre, mas sem munição.

e defesa com mesmas tarefas, meios, situações, oportunidades de apresentar e propor provas, para alegar, pedir, recusar e recorrer”.⁶³¹

Essa terceira lição, recorrente em julgados apresentados neste capítulo, é a aqui acatada. A amplitude da abrangência do princípio, dado seu suporte fático amplo, deve comportar a palavra *arma* na acepção de “meios, situações, oportunidades, ou possibilidades, para que as partes possam, em igualdade de condições, demonstrar a validade e correção dos argumentos – ou razões, como prefere Cernelutti – que serão apresentados ao juiz ou tribunal.”⁶³²

A partir disso, recorre-se à teoria dos direitos fundamentais para se responder à primeira das três perguntas elencadas a respeito do âmbito de proteção da norma (Quais interveniências estatais são necessárias à efetivação do princípio?): tanto o Poder Judiciário (norma de tratamento) quanto o Legislativo (edição de leis que atentem à situação igualitária no processo) são cobrados. Isso significa dizer que o *desrespeito* à paridade de armas pode igualmente vir de decisões judiciais que não respeitem a igualitária distribuição de forças no processo entre acusação e defesa, e de atos normativos que desconsiderem a igualdade processual que deve permear cada situação jurídica processual.

5.10.2.2. O que é razoável no conceito de paridade de armas

Depois, o quão *razoável* deve ser a oportunidade refere-se ao aspecto principiológico da norma de direito fundamental. Ou seja: a aplicação da paridade de armas sempre dependerá de situações fáticas a indicarem que, no caso concreto, terá sido justificada, ou não, eventual desequiparação na forma de apresentação dos argumentos de cada parte.

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais, aqui deve-se discernir entre o que é uma restrição (lícita) ao exercício do direito fundamental e o que é, ao contrário, uma intervenção estatal ilícita, configuradora de uma violação. Daí a conceituação abranger as introjeções processuais de diferenças econômicas havidas fora do processo, mas que nele podem clarificar-se, tais como disponibilidades de recursos financeiros à defesa e à

---

⁶³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 166. A lição do professor espanhol diz que o princípio é cumprido quando, “na atuação processual, tanto o acusador quanto o imputado gozam dos mesmos meios de ataque e de defesa e idênticas possibilidades de alegação, prova e impugnação” (SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal penal*. 2. ed., Madrid: Editorial Colex, 2007, p. 91).

⁶³² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, cit., p. 168.

acusação para investigar fontes de prova. Daí também a lembrança, aqui, de justificativas constitucionais para, por exemplo, o acesso ao órgão acusador antes da defesa de meios de produção de prova específicos, tais como a interceptação telefônica.

Mais uma vez, a adoção da teoria dos princípios implica afirmar que, no suporte fático amplo, não há aprioristicamente situação no processo penal que motive a exclusão da incidência da paridade de armas. Sua não incidência em determinadas situações justificadas não significa afronta ao princípio, mas, por ser restrição adequada, conforma-o.

Em outros termos, pela teoria externa das restrições aos princípios, é só após o teste do sopesamento que se cuidará de diagnosticar ter sido *razoável* ou não a apresentação dos argumentos paritários em situação de igualdade ou desigualdade. Isso porque, como se viu, o contorno do princípio se delineia não a partir de suas características internas, mas após os sopesamentos.

5.10.2.3. O que é *parte* no conceito de paridade de armas

A palavra *parte*, logo após a razoável oportunidade que lhe é conferida, deve ser entendida em sentido amplo, tanto que o próprio conceito consagrado pelo direito processual penal internacional também termina com a palavra *oponente*. E isso pela seguinte razão: há *oponente* no processo penal, isto é, *parte* em sentido amplo, sempre que alguém imputa uma acusação a um terceiro ou, de alguma forma, endereça-lhe ato de coação estatal – prisão, medida de busca, de apreensão, sequestro de bens etc.

Com isso se resgata a noção segundo a qual o princípio independe da fase processual. Basta que haja interesse contraposto entre a liberdade (ou, em alguma medida, o direito a ela ligado no âmbito do processo penal) de alguém e o pedido de outrem.

Responde-se, assim, à terceira questão referente ao âmbito de proteção do princípio (extensões subjetiva e objetiva): as pessoas atingidas pela norma são os *oponentes*, em sentido amplo, isto é, não necessariamente as *partes* (no sentido formal), pois há a dualidade de interesses antes mesmo da judicialização da persecução penal. Pelo lado objetivo, afirma-se que a paridade incide ao longo de todo o arco da persecução penal, isto é, desde o momento em que há qualquer medida indicativa de que um sujeito é penalmente investigado, até que seus interesses não se contraponham ao de algum representante do Estado (ou não) que sustente interesse antagônico (isto é, inclusive em execução penal).

Pelo visto, o princípio realmente se aproxima da igualdade e não do contraditório, de modo que se privilegia o entendimento – consagrado no TEDH e na maioria da doutrina

consultada – da incidência do princípio de paridade de armas inclusive antes da fase judicial da persecução penal e após o trânsito em julgado de eventual condenação, já em revisão criminal. Todo o processo penal deve ser, pois, *equitativo*.

5.10.2.4. A *apresentação do caso* no conceito de paridade de armas

A ligação do conceito à *apresentação do caso* ultrapassa a noção do contraditório porque implica a análise do princípio não só sob o ponto de vista dinâmico (ação e reação), mas como norma de tratamento dos envolvidos, independentemente dos atos de cada parte. Em outros termos, *apresentar* um caso envolve tanto a denúncia criminal ao juízo, quanto a indicação de qualquer imputação a alguém – ainda que prodrômica, isto é, anterior à fase judicial do processo penal –, como também qualquer pedido defensivo, inclusive recursal e em fase de execução penal.

Justamente por essa amplitude é que a questão probatória é um aspecto, mas não o único, a se levar em conta na formulação do conceito. Os exemplos vistos nos julgados, aliás, sobre a questão de acesso a documentos sigilosos ou que tenham sido analisados pela parte oponente, são significativos a endossar o que aqui se expõe.

5.10.2.5. A *prova* para o conceito de paridade de armas

Antes de se cogitar da *prova* no processo penal – o que traria ligação com o contraditório –, há que se instrumentalizar o *acesso às informações*, isto é, o *acesso às fontes de prova*. Isso significa regra de tratamento igualitário antes de se adentrarem as regras de apresentação, admissão e argumentação da prova no processo penal. Afinal, sem a paridade de armas no que tange ao acesso à futura prova, não se instrumentaliza, depois, o contraditório *sobre* aquela prova.

5.10.2.6. A *substancial desvantagem*

Enfim, e como uma decomposição que até poderia ser lida com conjunto final, a *substancial desvantagem* significa o complemento do sopesamento (*substancial* é algo que depende de juízo de ponderação, tal qual o termo *razoável*, já tratado na primeira parte do conceito), acompanhado da preocupação com a igualdade de tratamento dos envolvidos no

processo (a *vantagem* ou a *desvantagem* implicam, necessariamente, relação de igualdade ou desigualdade, mas não de contraditório ou reciprocidade).

5.10.2.7. O *oponente* integrante do conceito

A relação com *oponente* indica que o foco da paridade de armas não é a relação das partes para com o juiz – representante imparcial do Estado –, mas a relação entre eles próprios. Daí, novamente, a separação conceitual entre a paridade de armas e o contraditório, e também entre ela e uma estrutura cooperatória no processo penal, na qual as partes teriam um papel de colaboração com a busca da verdade possível no processo penal mais destacado do que o intuitivo objetivo de fazer valer seus interesses contrapostos nas sustentações de suas teses.

Para se responder à segunda pergunta indicativa do âmbito de proteção da norma (os bens protegidos por ela), deve-se tomar a paridade de armas não só como norma de tratamento (do juiz para com os oponentes no processo penal), mas também como norma de juízo (apreciação em cada decisão judicial sobre a observância, como viabilizadora de se atingir a decisão justa).

5.11. Nosso conceito de paridade de armas para o processo penal

Paridade de armas no processo penal é a igual distribuição, durante o processo penal – desde sua fase pré-judicial até a executiva –, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.

Sempre que houver contraposição de interesses no processo penal, na medida do justificável a partir da igualdade, faz-se necessário estabelecer, no sentido mais amplo possível, a igualdade de aptidão para que a acusação e a defesa explorem todos os argumentos possíveis para o convencimento de suas razões perante um órgão imparcial.

Por ter como raiz constitucional a igualdade, sua aplicação não depende de situações pré-estatuídas em lei, mas de cada uma das justificativas, em casos concretos, que poderão ser capazes de explicar o balanceamento de forma a motivar sua total incidência, sua restrição ou, eventualmente, sua não aplicação.

Em razão de tudo isso, se é impossível se cogitar de exemplos aptos a indicar um catálogo fechado de casos em que a paridade de armas pode configurar-se no processo penal (daí porque se afastar de uma tentativa, pois infrutífera, de elenco de situações em que o princípio incidiria), por outro lado é também impossível aprioristicamente estabelecer casos em que ela não deva ter aplicação. Assim, pode-se afirmar que já não se cuida mais de dizer se o princípio da paridade de armas *existe* ou não no processo penal. Isso se assume como incontroverso.

A questão a se tratar, e sobre a qual adiante se discorrerá no que tange ao caso brasileiro, é a medida da incidência, isto é: os casos em que justificadamente o princípio não se aplica e as consequências daí advindas quando não há justificativa para o afastamento.

6. PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

6.1. Delimitação do objeto do capítulo

Chegado a um conceito operativo de paridade de armas no processo penal, é hora de testar sua aplicação no direito processual penal brasileiro. Neste capítulo, pois, tenta-se fazer um diagnóstico a partir de situações processuais escolhidas em que ora o princípio se aplica, ora não se aplica. Também se tenta justificar sua incidência e seu afastamento nos casos concretos selecionados para a análise.⁶³³

Assim, quer por se ter assumido que o princípio da paridade de armas tem um suporte fático amplo (não há uma negativa *a priori* de incidência em determinadas situações), quer por se ter seguido a chamada teoria externa (sua conformação e, com isso, a distinção entre restrições e limitações dependem de situações concretas de sopesamento), ao tempo em que se discorrerá sobre sua incidência em cada situação jurídica, será abordada a negativa da incidência ora como limitação (lícita), ora como restrição (ilícita) ao direito fundamental.

Em situações específicas, traçar-se-á um paralelo entre o direito processual penal vigente e aquele projetado no Brasil, com as vicissitudes já verificadas no processo legislativo do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados.⁶³⁴

Os fios condutores da abordagem da incidência do princípio da paridade de armas no processo penal brasileiro não decorrem exclusivamente dos sujeitos aos quais tal princípio se dirige (visto que a contraposição de interesses é clara entre os antagonistas, de modo que o princípio não depende exclusivamente da noção de *parte* em processo penal). Consideradas as fases do processo, eles decorrem ainda da abordagem a partir de quatro arcos temporais: persecução penal preliminar, ação penal de índole condenatória, recursos e ações impugnativas, e, por fim, execução penal.

Nas quatro etapas processuais há jurisdicionalização dos interesses contrapostos (em maior ou menor medida numas e noutras, e chama a atenção a menor

---

⁶³³ Cogitação de consequências processuais específicas da aplicação ou não do princípio da paridade de armas em cada situação escolhida não faz parte deste capítulo e não era escopo da pesquisa desde o início. Tratar, além do conceito e do diagnóstico, também da possível extensão das consequências jurídicas da (in)aplicação do princípio levaria a dissertação a um rumo distinto do imaginado e proposto. Trata-se de possível trabalho a ser feito em momento futuro.

⁶³⁴ O Projeto de Lei nº 8.045/2010, que ora tramita na Câmara dos Deputados, decorre da redação final conferida, no Senado Federal, ao PLS nº 156/2009, como versão do Senado ao anteprojeto de Código de Processo Penal consubstanciada no Relatório nº 1.636/2010.

jurisdicionalização de casos na primeira e na última fase, justamente o nascedouro e o morredouro das potencialidades de defesa e ataque aos direitos fundamentais). Nelas deve valer a lógica da *apresentação do caso* em situação de relativo equilíbrio entre os antagonistas, atendidas distinções justificáveis.

Em cada uma das fases, o tratamento dispensado aos destinatários da norma (no polo passivo: se investigado, se acusado, se recorrente ou paciente, se condenado; e no ativo: Ministério Público ou vítima atuante em fase investigativa, na fase instrutória do processo penal de conhecimento, na fase recursal ou em manifestação em ações de impugnação ou na execução penal) varia, mas o que torna útil a abordagem é a aplicação da paridade de armas no arco temporal escolhido.

Devido ao suporte fático amplo, o princípio da paridade de armas não é dependente de questões probatórias (ex.: oportunidades para apresentação paritária de elementos de prova dos envolvidos no processo penal; acesso a documentos e informações), tampouco se prende a prazos (igualdade de distribuição para acusação e defesa, termos inicial e final da contagem), nem tem sua incidência circunscrita às questões dinâmicas de audiência (concepção de salas de audiência, ordens de perguntas de parte a parte) ou marcha processual penal (lógica de respostas à acusação e quem se manifesta por último no processo penal).

Por se privilegiar a noção ampla de suporte fático, a paridade de armas está presente em várias situações. Tal modo de pensar implica duas dificuldades: a primeira consiste em justificar a incidência do princípio na maior gama possível de situações, e também em justificar casos de afastamento; a segunda refere-se à aproximação que o princípio da paridade de armas pode ter com alguns outros temas caros ao processo penal, como o *favor rei*, a presunção de inocência e o contraditório. Afinal, ocorrências há em que seria possível dizer incidir o princípio da paridade de armas quando, em verdade, a razão de ser desse ou daquele instituto é outra (ex.: revisão criminal, embargos infringentes).

Se da segunda dificuldade tratou o capítulo anterior, agora há de se cuidar da primeira.

6.2. Paridade de armas na investigação preliminar: conhecimento ativo e passivo

Antes de instaurada a ação penal, não há partes em processo penal. Ainda assim, é possível notar a contraposição de interesses em jogo, o que se percebe a partir da dupla

função da investigação preliminar e também a partir da noção substancial de acusação que nela já se formula.

Em relação ao primeiro aspecto, por um lado se afirma que a investigação criminal tem o papel de apurar fatos com vistas a instruir futura ação penal – isto é, pode ser vista como procedimento cautelar de busca de elementos de informação para que a acusação formule a chamada *opinio delicti* – e, por outro, assume-se que ela é um “procedimento para proteger o inculpado”, conforme as palavras de Canuto Mendes de Almeida.⁶³⁵

Na primeira concepção, conforme enfatiza Nereu José Giacomolli, se a investigação preliminar visa dar uma “base acusatória”, ela também serve como “filtro” acusatório. Por isso, segundo o autor, tal investigação tem a função de “viabilizar e, ao mesmo tempo, impedir o exercício da ação penal”.⁶³⁶

Já na segunda função, a noção não se atrela ao conceito técnico de acusação posta em juízo e nem à forma com que se dá em investigação preliminar, cujo ato que a indica é o de indiciamento, como “rascunho de eventual acusação”.⁶³⁷

Como já adiantado, o conteúdo da acusação rascunhada importa mais do que a forma com que o ato de acusação se reveste. Daí porque a incidência do princípio da paridade de armas não depende do ato formal do indiciamento, mas de decisões no curso

⁶³⁵ Disse Canuto Mendes de Almeida que a chamada *instrução preliminar* “dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidos a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções” (*Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 11). Em visão distinta, Aury Lopes Júnior assume que “a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente” (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272). Gustavo Badaró elenca como objetivos do inquérito policial não só a colheita de elementos para incoação de ação penal, mas também para que o titular da ação penal possa requerer medidas cautelares (*Processo penal*, cit., p. 70). Em sentido estrito da colheita de “conjunto de atos do Estado voltados à apuração da autoria e da materialidade de uma infração penal”, ver: NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 69.

⁶³⁶ *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50-51.

⁶³⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Edições Cejup, 1987, p. 38. O indiciamento tem “efeitos endo e extraprocessuais” (GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar no processo penal...*, cit., p. 112), na medida em que formaliza o juízo de valor do delegado sobre determinado autor e crime (influência interna) e insere informações da pessoa em bancos de dados dos órgãos de segurança pública (influência externa). Com a promulgação da Lei nº 12.683/2012, que alterou os dispositivos da Lei nº 9.613/98, o indiciamento passou inclusive a ser causa de afastamento, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até o retorno do funcionário público indiciado às suas funções (art. 17-D). Pela inconstitucionalidade de tal dispositivo já se manifestaram Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini (*Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 359-361).

da apuração preliminar que atribuam a determinada pessoa a qualidade de suspeito do fato investigado.

Tomada a cautela de ver na apuração preliminar a garantia do cidadão contra futuras acusações levadas a juízo sem o mínimo substrato de informações que tornem útil (e por isso menos infamante ao acusado) a demanda penal, cogita-se de, no vindouro Código de Processo Penal, delimitar a “identificação das fontes de prova” como objetivo da investigação criminal.⁶³⁸

É particularmente devido à formulação do juízo (ainda que precário) de imputação a alguém pelo cometimento de determinada ação ou omissão penalmente relevante que a acusação no processo penal e na investigação prévia à ação penal depende do que Marta Saad chama de “juízo de probabilidade” de alguém ter cometido um crime. Nas palavras da autora, a “acusação se revela seja por ato formal (indiciamento, denúncia), seja pela maneira como a pessoa é tratada, de fato”,⁶³⁹ o que amplia a possibilidade defensiva na fase investigativa.

A concepção aqui acatada toma como acusação não só o ato determinado por autoridade policial – indiciamento e outros atos específicos da mesma autoridade (representações por prisão preventiva, *ex vi* do art. 13, IV, c.c. 311, CPP; representação por medidas de buscas e de apreensões, *ex vi* dos arts. 241 e ss., CPP;⁶⁴⁰ representação por medida cautelar de sequestro no processo penal, *ex vi* dos arts. 127, CPP e 4º da Lei nº 9.613, na redação conferida pela Lei nº 12.683/2012; representação por prisão temporária,

---

⁶³⁸ Art. 8º do PL nº 8.045/2010 em curso na Câmara dos Deputados. A lição de Paulo Rangel dá conta de que esse conceito (identificação de fontes de prova) já poderia ser usado atualmente na conceituação do inquérito policial e seu objeto, que é a investigação preliminar. Para o autor, o conceito já se encontra no Código de Processo Penal de Portugal (“Conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação” – art. 262, item 1). Ainda conforme Rangel, “a investigação tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal” (*Direito processual penal*, cit., 2012, p. 71). Não se concorda com o autor quando ele defende que “não havendo acusação no inquérito policial, mas, sim, mera investigação de fatos, o indiciado não precisa se defender” (p. 75).

⁶³⁹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 263-264.

⁶⁴⁰ Ao nosso sentir, a previsão do artigo 241 do Código de Processo Penal é inconstitucional, quer porque significa burla à inviolabilidade do domicílio atrelada à situação de flagrante ou exibição de mandado (art. 5º, X, CF), quer porque, a se dar a busca diretamente pelo juiz, despe-se da função judicante e se traveste de investigador. Nesse sentido, ver: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 346. Particularmente sobre a impossibilidade de busca efetuada – salvo casos de flagrante – pela autoridade policial sem mandado, ver: PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 126. Dessa autora, ainda: Licitude da prova obtida por meio da busca e da apreensão. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia R. Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65-66.

nos termos do art. 2º, Lei nº 7.960/89) –, mas também requerimentos formulados pelo órgão do Ministério Público com vistas ao futuro oferecimento de denúncia.

A partir da acusação em sentido amplo, portanto, abre-se leque de atuação defensiva no processo penal,⁶⁴¹ pois há inclusive garantia constitucional (art. 5º, LV) que prevê a defesa aos acusados em geral.

A propósito, o texto em tramitação na Câmara dos Deputados (PL nº 8.045/2010), em seu artigo 9º, prevê:

Para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de “investigado” a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Ainda assim, o exercício do direito de defesa, inerente inclusive à fase investigativa, não possibilita necessariamente ver concretização do princípio de paridade de armas nem em todos os momentos, nem em todas as possíveis situações.⁶⁴²

Como pano de fundo da incidência do princípio da paridade de armas em investigação preliminar, pode-se apontar o que aqui se toma como conhecimento da investigação.

A expressão *conhecimento da investigação*, para os fins deste trabalho, tem dois lados: um passivo e um ativo. O lado passivo consiste em receber as informações da investigação que lhe digam respeito, isto é, *vir a conhecer* a investigação em curso. O lado ativo, por sua vez, como oposto de *vir a conhecer* a investigação, consiste em apresentar informações pertinentes a ela em favor do investigado, na mesma medida em que se dá com a colheita de provas para formação da *opinio delicti* do acusador futuro.⁶⁴³ Assim, os lados passivo e ativo da expressão *conhecimento da investigação* são, para este trabalho, *vir a conhecer* e *dar a conhecer*; ou, ainda, tal noção equivale a fazer com que algo chegue a si (o conhecimento da investigação) e, de outro lado, a levar a informação que se tem a algum lugar (à investigação).

⁶⁴¹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 233.

⁶⁴² Mesmo que o *momento* e a *situação* em que o princípio da paridade de armas sejam coincidentes com a manifestação do direito de defesa na investigação preliminar, não se perde de vista que a separação entre paridade de armas e direito de defesa está na constatação antes exposta de que a paridade arranca o fundamento da igualdade constitucional, e não do exercício do direito de defesa. E a paridade de armas, no que pertine ao conhecimento da investigação, instrumentaliza o direito de defesa.

⁶⁴³ Emblematicamente, Nereu José Giacomolli fala de *paridade de forças* na investigação preliminar (*A fase preliminar do processo penal*, cit., p. 57).

As manifestações de sua incidência são distintas e, portanto, assim o serão as abordagens de sua manifestação e de sua delimitação.

6.2.1. Conhecimento passivo: atos instrutórios e atos de investigação

Aquele que sofre carga acusatória já em investigação preliminar tem o indeclinável direito constitucional de conhecer, na maior amplitude possível, tudo o que consta do procedimento apuratório. Tal acesso aos documentos da investigação é o principal indicativo da paridade de armas nessa fase da persecução penal.

Por se tratar de princípio e não de regra, é impossível estabelecer aprioristicamente a medida da incidência do princípio da paridade de armas em investigação preliminar, assim como é impossível antecipar a medida do que é dado ao investigado conhecer.⁶⁴⁴ Em outros termos, não há como evitar ou garantir, a princípio, a situação de equilíbrio *vis-a-vis* seu oponente,⁶⁴⁵ pois não é possível então dizer *a que* pode o investigado ter ou não acesso, tampouco *o que* pode ele apresentar à apuração preliminar.

Mesmo que se tenha percebido, no capítulo anterior, que o acesso ao conteúdo da investigação (ou seja, aos documentos dos autos) é uma capital forma de manifestação da paridade de armas, no Brasil, com a vigência da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal,⁶⁴⁶ o primeiro ponto da questão impõe que se trate das chamadas *diligências em curso*.

A partir das tais diligências em curso, pode-se dizer da situação de *vantagem* de um dos polos da relação prodrômica já existente entre defesa e acusação, pois tais *diligências*, se representadas pela autoridade policial ou requeridas pelo Ministério Público, têm o

---

⁶⁴⁴ Daí também se vê nítida separação entre *paridade de armas* e *direito de defesa*: em alguma medida na investigação preliminar, sem a incidência do primeiro princípio, não se chega ao segundo.

⁶⁴⁵ Como não há *parte* em investigação preliminar, tampouco se cogita de *oponente*. Ainda assim o princípio incide, na medida em que a *apresentação da causa* já está em jogo e já há, ainda que prodromicamente, o antagonismo entre o acusador e o acusado.

⁶⁴⁶ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (DJe de 9 de fevereiro de 2009, p. 1). No mesmo sentido é a previsão do art. 11, do PL nº 8.045/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados: “É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso a que faz referência o *caput* deste artigo compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material”. Igual escopo está presente no artigo 27, que prevê a necessária compreensão dos intimados do fim para o qual são intimados. É sem razão de ser, contudo, à luz da paridade de armas, a previsão do artigo 66 do texto ora em tramitação na Câmara dos Deputados, ao prever que no momento do interrogatório na fase da apuração preliminar o investigado não tem o direito de conhecer das “fontes de prova já identificadas” (art. 66, I, c.c. parágrafo único).

aparato estatal a seu favor, até porque são tomadas ordinariamente com o fim precípua de instruir a rascunhada acusação.⁶⁴⁷

Com isso, e a fim de limitar a norma principiológica de direito fundamental, justifica-se o não acesso às diligências. Tal como indica Marta Saad a partir de lições colhidas de João de Deus Cardoso de Mello, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Canuto Mendes de Almeida, é inerente à investigação preliminar a separação conceitual entre atos *instrutórios* e atos *de investigação*.⁶⁴⁸

De forma resumida, enquanto os atos *instrutórios* seriam aqueles destinados a informar, instruir, apresentar dados e, enfim, documentar ao juiz e ao promotor o resultado das investigações (pois o que se instruiu na investigação preliminar pode ou não se repetir em instrução contraditória em juízo), os *investigatórios*, na síntese de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, seriam os de rastreamento do fato e de sua autoria.⁶⁴⁹

---

⁶⁴⁷ Tome-se como exemplo a interceptação telefônica, que tem como fim a produção de prova em instrução processual penal, mas não a prova defensiva, aprioristicamente. Não é à toa que o acusado não tem, sequer, legitimidade ativa para pleitear a medida (art. 3º, Lei nº 9.296/96). Em visão crítica do dispositivo e exatamente por essa razão, ver: STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 78-81. E, com menção clara ao princípio da *paridade de tratamento*, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel concebem, excepcionalmente, a hipótese de interceptação telefônica *pro reo*. Utilizam-se, para tanto, da amplitude do vocábulo *instrução criminal* (não é direcionado à defesa ou à acusação) e do exemplo do funcionário público que precisa desse meio de pesquisa de prova para argumentar que o que pode parecer ser uma corrupção passiva não passa de uma corrupção ativa (*Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 146).

⁶⁴⁸ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*, cit., p. 165 e ss. As lições dos autores referidos se encontram nas p. 171-175.

⁶⁴⁹ “A *investigação* consiste no indagar, de modo metódico e continuado, a respeito de certa noticiada ocorrência. Quem investiga só rastreia o fato – que lhe pareceu ilícito e típico –, suas circunstâncias, bem como possível autoria. A *investigação* ou averiguação pode levar a uma *proposição* simples, cabendo à *instrução* concluir se verdadeiro ou falso o mero *enunciado*. Em regra e por isso, a *investigação* antecede à *instrução preliminar*. Já, em ambas as fases da persecução penal, a *instrução* mostra-se como atividade – que a *proposição*, simples ou qualificada, provocou – dirigida e tendente a colher ou produzir prova, sobre a existência de fato, que se desenha ilícito e típico; e, ainda, lhe indicar o agente, ou agentes. Na fase preliminar prévia, ou preparatória da ação penal, de índole condenatória, a polícia judiciária pratica atos de *investigação* e outros de *instrução criminal*, suscetíveis de se repetirem, em juízo, ou não” (Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação criminal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*: criminalista do século. São Paulo: Ed. Método, 2001, p. 344). Conhece-se, também, a posição de Aury Lopes Júnior, que, apegado à doutrina espanhola, separa os *atos de prova* dos chamados *atos de investigação*. Acontece que o autor conclui “que o IP somente *gera atos de investigação*, e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo” (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 331-332). Por nos parecer que o inquérito policial não produza tão somente os tais atos de investigação, mas também atos de prova, não se segue aqui o rigorismo da separação daquele autor. Nereu José Giacomolli aponta: “em determinadas situações, na práxis forense, os elementos colhidos na fase pré-processual possuem entidade determinante da decisão superior aos colhidos na fase processual, em juízo, como o são as interceptações telefônicas e as provas técnico-científicas” (*A fase preliminar do processo penal...*, cit., p. 99). No sentido

A relação entre os dois, conforme lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, seria a seguinte:

Consiste a “investigação” em procura daquilo que está oculto: a colheita de provas, não raro, depende de investigação. A “investigação” produz resultados preprozessuais: o delegado ou o subdelegado de polícia, após sentir em si mesmo esses resultados, é que, empreendendo o registro escrito deles, cria, por assim dizer, os elementos informativos de convicção.⁶⁵⁰

Ao investigado, em síntese, deve-se resguardar o direito de conhecer dos atos instrutórios, mas não dos investigatórios⁶⁵¹ que porventura ainda estejam em curso.⁶⁵² Negar o acesso aos primeiros significa violar não só o direito de defesa, mas também a paridade de armas entre os oponentes. Afinal, desse modo haverá tratamento injustificado de desvantagem ao investigado, impossibilitando-lhe que apresente seus argumentos ao Poder Judiciário em posição igualitária àquela da qual desfrutará o acusador.

6.2.1.1. Conhecimento passivo: dois exemplos de limite ao sigilo interno da investigação preliminar

Neste texto, não se concorda em prestigiar a interpretação dada ao artigo 20 do vigente Código de Processo Penal⁶⁵³ de modo a dali se construir a regra de limitação de

deste texto, com a policialização da instrução, ver: ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação..., cit., p. 529 e ss.

⁶⁵⁰ *Princípios fundamentais do processo penal*, cit., p. 211-212.

⁶⁵¹ O Instituto Brasileiro de Direito Processual propôs a Emenda Modificativa nº 3 ao texto do atual PL nº 8.045/2010 (à época, o documento analisado pelo IBDP era o originário PLS nº 156/2009). Onde no futuro Código de Processo Penal pode passar a se prever “diligências em andamento” das quais o investigado não tem porque conhecer, o Instituto propôs que a expressão passe a ser “medidas cautelares em curso, em curso, cuja ciência ao investigado ou defensor possa prejudicar a eficácia do ato” Realmente, a redação ficaria mais precisa e também se tornaria mais nítida a ligação da não comunicação nos autos de situações que, se reveladas, poderiam comprometer a investigação.

⁶⁵² Também nesse sentido: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Sigilo e processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

⁶⁵³ “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” Modelar do ponto de vista aqui criticado é o entendimento de Marcellus Polastri Lima (AMBOS, Kai. *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos)*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54 e ss.). Tem razão Nereu José Giacomolli quando acentua que a incidência do artigo 20 do Código de Processo Penal é para *fora* do procedimento, isto é, *sigilo externo*; nas palavras do autor, “no que tange a terceiros” (*A fase preliminar do processo penal...*, cit., p. 92). Assim também Maurício Zanoide de Moraes: “Não poderá mais prevalecer a

ciência aos elementos de informação ao investigado, sendo as hipóteses de prisão processual – em que se lhe possibilita tal conhecimento – meras exceções.⁶⁵⁴

No que tange à situação processual do investigado (preso, solto ou alvo de alguma outra medida de constrição processual), não há distinção quanto ao alcance do sigilo do inquérito (art. 20, CPP), até porque o extrato constitucional do sigilo em qualquer situação processual depende de *intimidade e interesse social* (art. 5º, LX), o que se sobrepõe à vetusta regra do Código de Processo Penal vigente.⁶⁵⁵

As justificativas para o sigilo independem de o acusado estar nessa ou naquela situação, isto é, solto ou preso. E, assim, o acesso aos elementos de informação da investigação preliminar também não deve depender de o investigado encontrar-se solto ou preso.

Regra infraconstitucional que trilhe o caminho dessa interpretação ofende o princípio da paridade de armas no viés do necessário acesso aos elementos de informação disponíveis nos autos, da mesma forma com que foram disponibilizados aos representantes do Estado (quer sejam autoridades policiais, quer sejam representantes do Ministério Público). Não há motivo para, no sistema de investigação preliminar vigente, negar-se ao investigado (repita-se: tomado em sentido amplo, a partir da incidência de carga substancial de acusação a ele endereçada) o acesso a todos os elementos de informação que lhe seja possível dar.

A propósito, e para tratar da questão de forma aproximada à paridade de armas, Maurício Zanoide de Moraes leciona:

A limitação da publicidade interna, por sua vez, mesmo que por um período, tem o efeito imediato de criar uma desigualdade na persecução, pois somente ocorre para uma parte da persecução, qual seja o sujeito investigado/acusado, remanescendo irrestrita a publicidade interna para os demais sujeitos atuantes (Polícia Judiciária e Ministério Público).⁶⁵⁶

---

crença de que essa fase persecutória é em regra sigilosa, sendo a publicidade exceção” (Publicidade e proporcionalidade na persecução brasileira, cit., p. 44).

⁶⁵⁴ Marcellus Polastri Lima defende, a propósito, que “não impera o sigilo como no caso do inquérito de suspeito solto, e isto se dá justamente em vista da prisão do suspeito, em vista da restrição da liberdade individual que passa a exigir do ato maior transparência” (AMBOS, Kai. *Processo penal europeu...*, cit., p. 56).

⁶⁵⁵ A esse respeito, ver: MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-172.

⁶⁵⁶ Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira, cit., p. 43.

Daí que a partir da premissa constitucional das hipóteses de sigilo e publicidade (ao menos interna, isto é, abrangendo no mínimo o investigado), é fático o critério delimitador da justificativa de se impor o sigilo de determinadas informações ao alvo da persecução penal preliminar.

Da aderência à limitação fática é que se analisa a constitucionalidade de previsões de direito positivo. E em cada situação fática, sopesam-se – ou não – interesses no processo penal. Tal sopesamento, aliás, deve observar a prevalência sempre do direito fundamental envolvido (paridade de armas), potencialmente violado, e não o resultado de interpretação que possibilite sua violação.

Mesmo que a paridade de armas, como princípio, seja oponível a outro princípio processual, há que se cuidar de não lhe aniquilar o núcleo fundamental. Isto é: do próprio sopesamento pode vir seu contorno mínimo de aplicação, mas não sua redução total de eficácia, tornando-o nulo. Ou (o que é pior inclusive na teoria dos direitos fundamentais): tomando um conflito entre princípios como se fora de regras e, assim, com o argumento de que se estaria a sopesar um princípio em conflito com outro, pura e simplesmente revogando-o.

Como mesmo assim haverá situações em que a incidência será mitigada, vale reter que o Estado, principalmente no processo penal, deve ser o protetor dos direitos fundamentais envolvidos, e não o protagonista de sua violação. Com isso se quer dizer que, tal qual o princípio da paridade de armas, também se deve garantir a publicidade na maior medida possível, posto se tratar, também, de garantia fundamental inerente ao processo penal. Aliás, ao alvo da persecução penal, só se instrumentaliza o exercício de outros direitos fundamentais (como o contraditório, a ampla defesa, a possível reação defensiva à imputação) quando se lhe garante o primeiro e fundamental passo: conhecer, tal qual a acusação conhece, os elementos de informação constantes na apuração preliminar dos fatos que lhe dizem respeito.⁶⁵⁷

Sendo assim, as hipóteses nas quais não se dará conhecimento ao investigado – sem ofensa à paridade de armas – hão de ser diagnosticadas a partir de constatações empíricas que testem o limite do direito fundamental em questão. E somente a partir disso é possível

---

⁶⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal...*, cit., p. 92. Só assim se cumpre o disposto no artigo 8º, 2, b, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada no Brasil em 1992 pelo Decreto nº 678. Diz Rogério Lauria Tucci que “a publicidade dos atos processuais constitui, como visto, garantia do direito de defesa, situação em que as exceções à regra são deveras limitadas” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 212, rodapé n. 5).

diagnosticar a limitação ao princípio da paridade de armas (fundamentação constitucional adequada) ou sua violação.⁶⁵⁸

Dois exemplos podem esclarecer esse ponto, cada um a seu modo: de um lado, a suspensão do sigilo de comunicações telefônicas (Lei nº 9.296/96) apresenta hipóteses casuísticas em que o afastamento da publicidade, temporariamente, pode se justificar; de outro, a colaboração processual⁶⁵⁹ (Lei nº 8.072/90,⁶⁶⁰ Lei nº 9.034/95,⁶⁶¹ Lei nº 9.080/95,⁶⁶² Lei nº 9.613/98,⁶⁶³ Lei nº 9.807/99,⁶⁶⁴ Lei nº 11.343/2006,⁶⁶⁵ Lei nº

---

⁶⁵⁸ “Não é legítima, portanto, qualquer lei que, embora aprovada pelo Congresso Nacional, segundo processo legislativo constitucional, vede a publicidade dos atos da persecução penal para, por exemplo, torná-la mais ágil ou para que os envolvidos não exerçam ampla defesa (ampla defesa e defesa técnica). Tais leis, conquanto formalmente corretas, seriam em substância desproporcionais e, portanto, ilegítimas” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira, cit., p. 42).

⁶⁵⁹ Em sentido estrito, é o “acordo entre imputado e acusação, no qual são prestadas informações acerca das infrações penais investigadas e de sua autoria em troca de benefícios processuais tais como imunidade, os *non-prosecution agreements*, e o *plea bargain*, consagrados no ordenamento jurídico norte-americano” (LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 64-65).

⁶⁶⁰ Art. 8º, parágrafo único: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. A mesma lei previu causa de diminuição de pena ao agente que, no crime de extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha ou bando, “denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (art. 159, § 4º, CP).

⁶⁶¹ Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

⁶⁶² Incluiu o parágrafo único do artigo 16, da Lei nº 8.137/90: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. A mesma Lei nº 9.080 inseriu o § 2º ao artigo 25 da Lei nº 7.492/86, tratando de idêntica causa de diminuição de pena.

⁶⁶³ Na redação conferida pela Lei nº 12.683, de 2012, § 5º: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

⁶⁶⁴ Art. 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”. Art. 14: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

⁶⁶⁵ Art. 41: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

12.529/2001⁶⁶⁶) expõe hipóteses de risco de a primeira fase da persecução penal beirar o segredo, sem justificativa.

Ao regular as hipóteses de levantamento do sigilo previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, a Lei nº 9.296/96 prevê que o acusado não tenha acesso prévio ao pedido de interceptação telefônica (art. 3º). Ela também prevê que, durante a realização das interceptações, quem tem ciência dos elementos produzidos e em curso de se produzir é o representante do Ministério Público (art. 6º). A participação do investigado só ocorre (art. 9º) na propositura do incidente de inutilização do meio de busca de prova. Em tal situação, empiricamente se nota que o contato prévio do próprio investigado com a diligência em curso retiraria dela sua eficácia.

Nesse caso, além da já tratada distinção entre *atos de investigação* e *atos de instrução*, e uma vez documentados os atos de investigação na instrução que pode vir a ser debatida, há a necessidade de acesso integral por parte do investigado não apenas ao material que documenta as escutas (laudos de transcrição), mas como também às próprias mídias em si.⁶⁶⁷

A possibilidade de se decretar o sigilo da investigação preliminar, não se justifica, portanto, à luz do artigo 20 do Código de Processo Penal. A análise casuística da eficácia investigativa é que deve sopesar a imediata ciência do investigado a todos os dados de informação ou determinar que em momento imediatamente posterior ao da documentação de tudo o que se colheu (atos de instrução) se forneçam ao investigado as mesmas informações, com igual profundidade e facilidade, endereçadas ao representante do Ministério Público.

Ou seja: não se deve aguardar a instauração de futura fase judicial da persecução penal para se dar ao investigado a plena ciência desses elementos informativos. Se é de apresentação do caso em situação não desvantajosa que se cuida, de nada adianta tratar do princípio e defender sua observância se se permite esperar o chamado *contraditório diferido* para a fase de ação penal para apenas então dar ao investigado a possibilidade de

---

⁶⁶⁶ O chamado *acordo de leniência* tem previsões legais nos artigos 86 e 87, aplicáveis àqueles acusados de cometimento de infrações contra a ordem econômica, crimes previstos nas Leis nº 8.137/90 e 8.666/93, bem como os cometidos em quadrilha ou bando (art. 288, CP).

⁶⁶⁷ O acesso às informações não é pura e simplesmente uma matéria de *contraditório diferido*, até porque contraditório ainda não há (no mero acesso), dado inexistir ação e reação. Conquanto dessa separação entre contraditório e paridade de armas já se tenha falado anteriormente, aqui o caso é mesmo de paridade de armas, porque o acesso à documentação pertinente possibilita ao investigado (i) apresentar seu caso em situação menos desvantajosa do que aquele(s) – delegado e promotor – que já conhece(m) o conteúdo investigado; (ii) e só a partir disso estruturar sua futura e hipotética reação à acusação formal.

usar em seu favor informações já documentadas nos autos sobre as quais o Ministério Público pôde se manifestar.

De outro lado, o risco de casos de colaboração processual virem a ser tomados como verdadeiros procedimentos secretos, feitos entre acusadores (em sentido amplo, visto que ainda não há parte na persecução penal) e acusados, afronta a paridade de armas. Isso porque assim se impede que o *delatado*, já na fase em que o acusador tem o conhecimento dos elementos de informação extraídos da colaboração de coinvestigado, conheça com a mesma profundidade o ato já efetuado e possa, então, apresentar sua causa em condição que não a torne desvantajosa *vis-à-vis* a do acusador.

Nas palavras de Mariana de Souza Lima Lauand:

Não poderá ser o termo de declarações do colaborador um documento secreto. Deve ser garantido o pleno acesso ao co-imputado incriminado e a seu defensor a fim de que possam elaborar a melhor estratégia defensiva, e deve o ato ser refeito, na fase judicial, para que possam exercer o contraditório.⁶⁶⁸

A distinção entre paridade de armas, contraditório e direito de defesa é, uma vez mais, importante. O primeiro passo para que se possa *reagir* a uma *ação* tomada na persecução penal – que, se contrastada, pode influenciar na defesa – é o conhecimento dos mesmos elementos aos quais têm acesso os representantes do órgão de acusação. Em se tratando de hipótese de colaboração processual – ou, como vulgarmente se conhece no Brasil, *delação premiada*⁶⁶⁹ –, isso é particularmente importante. Afinal, os tais acordos de delação, embora diminuam ou extingam a pena de quem *delata*, têm consigo eficácia probatória em desfavor do(s) delatado(s).

Uma vez mais resgatando a premissa da distinção entre *atos de instrução* e *atos de investigação*, se realizada a colaboração processual na fase preliminar da persecução penal, há ato de instrução, isto é, ato cuja eficácia probatória é endereçada ao juízo. Por isso, novamente tem razão Mariana Lauand quando afirma que,

feita a imputação a terceiro pelo colaborador, o co-imputado delatado deve tomar conhecimento do teor das declarações, e a ele deve ser possibilitado, acompanhado por seu defensor, refutar as alegações e

---

⁶⁶⁸ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*, cit., p. 76.

⁶⁶⁹ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*, cit., p. 61, rodapé n. 164.

propor diligências que entenda necessárias para evidenciar sua inocência.⁶⁷⁰

Assim, quando se fala em *contraditório diferido* sobre os elementos de informação decorrentes da colaboração processual, é preciso distinguir o *contraditório* (sua noção essencial) e *quão diferido* é ele (isto é: por quanto tempo se pode aguardar para exercer a contrariedade) da noção aqui defendida de paridade de armas.

O *contraditório* supõe o conhecimento do conteúdo do acordo cooperativo entre acusador e acusado, particularmente a narração feita pelo delator que imputa responsabilidade ao delatado. Tal conhecimento se liga à paridade de armas porque para, que se estabeleça a reação (a contrariedade ao conteúdo) à acusação robustecida com o conteúdo dos informes colhidos em delação premiada, é necessário, como premissa, que dela se conheça.

O *diferimento* do acesso às informações, assim como se viu em situações de interceptação telefônica, não há de aguardar a instauração da fase processual da persecução penal.⁶⁷¹ A carga acusatória já terá existido antes (e, assim sendo, ter-se-á impedido que o delatado, em conhecendo dos elementos despejados contra si, possa trazer à luz fatos ou versões defensivas que auxiliem na persecução penal ou contrariem inverdades decorrentes do acordo, ou que ele produza elementos de informação em seu favor), e já haverá acusação substancial a ele – delatado – endereçada.⁶⁷² As condições que ele terá de apresentar sua causa ao juízo são desvantajosas, sem que para isso haja argumento suficiente com base na eficácia da persecução penal.

No exemplo de delação premiada, pois, parece que a observância ao princípio da paridade de armas na fase pré-processual da persecução penal acompanha o voto vencido

---

⁶⁷⁰ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*, cit., p. 76. Em 2003, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo também advertia: “O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o procedimento administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa” (Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, ano 5, n. 22, p. 3, jun./ago. 2003).

⁶⁷¹ Não se concorda com o posicionamento de Gustavo dos Reis Gazzola (Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 179).

⁶⁷² A partir da confusão entre paridade de armas e contraditório, o argumento de inexistência de contraditório na investigação preliminar também não convence. A uma porque o que se cuida é de paridade de armas, e não de contraditório; e a duas porque a própria delação já é um exercício do contraditório, na medida em que quem se porta como delator visa melhorar sua situação no curso da persecução penal, e aí existe uma estratégia defensiva de reação à acusação, ou seja, uma contrariedade defensiva à acusação. Portanto, quem delata, à sua medida, exerce o contraditório, e não há razão para o delatado não rebater as narrativas colhidas nessa fase.

do Min. Marco Aurélio quando, na 1ª Turma, o Supremo Tribunal Federal julgou o *HC* nº 90.688, no ano de 2008.

Naquele julgado, assentou o Ministro – a nosso ver, com razão, ainda que lá se tenha veiculado a ideia de direito de defesa, e não de paridade de armas – que a defesa tem interesse legítimo em “conhecer não só aqueles que subscreveram o citado acordo de delação premiada como também o teor desta, visando mesmo à oposição quanto ao que asseverado na denúncia”. Ainda, e como aqui se tem sustentado, afirmou o Ministro que, à luz da paridade de armas, é fundamental que se prestigie o entendimento segundo o qual o acordo “não pode servir para a persecução criminal e ficar à margem do conhecimento da defesa”.⁶⁷³

6.2.2. Conhecimento ativo: a investigação defensiva

A manifestação da paridade de armas na primeira fase da persecução penal não se esgota no *conhecer* por parte do investigado. Ela também tem seu lado ativo, isto é, *o que é levado ao conhecimento*, não mais dele, mas por parte dele à persecução penal. Em outros termos: não importa apenas o que chega *ao* investigado, mas também o que *parte dele* para a investigação.

Não houvesse o lado que aqui se denomina *ativo* no que tange ao conteúdo da investigação, não se poderia falar em noção igualitária – apresentação da causa com vistas a evitar a desvantagem *vis-à-vis* o oponente – aplicável nessa fase. É a propósito disso que Gustavo Badaró sustenta que negar o direito de investigação defensiva significa “defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas”.⁶⁷⁴

Particularmente, preferiu-se tratar de lados passivo e ativo do conhecimento da investigação porque, com essa escolha metodológica, não se toma a investigação defensiva como sinônima de um possível *direito à prova* na investigação preliminar.⁶⁷⁵ E isso porque, ao se imaginar a investigação defensiva na persecução penal, mais importante do que o *direito à prova* é o direito de levar as informações já colhidas para os autos da investigação.

---

⁶⁷³ STF, *HC* nº 90.688, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 12.02.2008, *DJe* 25.04.2008. Os trechos aspeados são parte do voto do Min. Marco Aurélio.

⁶⁷⁴ *Processo penal*, cit., p. 95.

⁶⁷⁵ Diz Badaró: “O direito à prova pressupõe um direito à investigação” (*Processo penal*, cit., p. 95).

Mesmo que com isso se possa admitir a aproximação de uma das facetas do direito à prova (a admissibilidade de levar à investigação pública o que se colheu em investigação privada), trata-se de lados passivo e ativo do conhecimento da investigação. Assim, além de se separar a abordagem do direito de produção probatória (que não é o foco deste trabalho), a paridade entre acusador e acusado, do ponto de vista da apresentação da causa penal (antes mesmo do deferimento de produção de elementos de informação ou até de meios de busca de prova), torna-se mais clara.

Propriamente por conta disso é que os artigos 14⁶⁷⁶ e 184⁶⁷⁷ do Código de Processo Penal, atrelados à noção de pedidos de diligência ou, no caso do último, prova pericial, não são suficientes para tratar da paridade de armas sob o prisma de levar aos autos os elementos informativos que podem ser importantes na apresentação do caso para a defesa.

A escolha metodológica evita que se trate do termo *prova* nessa fase processual e enfoca o lado ativo do investigado, nitidamente a função de apresentar informações pertinentes às suas teses defensivas na mesma medida (ou em uma medida equiparável) em que se dá a colheita de informações para formação da *opinio delicti* do acusador futuro.

E tratar da abordagem sobre o lado ativo do conhecimento que o investigado tem perante o conteúdo da persecução penal possibilita resgatar a ideia de filtro da fase preliminar da persecução. Se essa fase, ao mesmo tempo em que se presta a informar as fontes de prova ao acusador futuro, visa também evitar acusações temerárias e sem fundamento, estabelecem-se maiores chances de o investigado levar seus elementos de informação aos autos e evitar instauração de ação penal em seu desfavor. Afinal, “a investigação é fase relevante no processo criminal tanto para a acusação como para a defesa”.⁶⁷⁸

A própria ideia de investigação defensiva pode ter sua raiz amparada em duas constatações bem distintas, importantes para o trabalho. Há quem veja seu fundamento no paralelismo que se tem notado em tendencialmente o Ministério Público cada vez mais atuar ativamente na fase investigativa (de fato, um dirigismo investigatório⁶⁷⁹): o

---

⁶⁷⁶ “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

⁶⁷⁷ “Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.”

⁶⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 319.

⁶⁷⁹ A questão de o Ministério Público poder assumir integralmente a função investigativa não é o foco deste trabalho. De toda forma, a chamada investigação criminal direta do Ministério Público é tema do Recurso

Ministério Público investiga; logo, a defesa também pode investigar.⁶⁸⁰ Outra vertente não faz depender a investigação defensiva do papel investigatório do Ministério Público, até porque se reconhece que a própria polícia judiciária primordialmente colhe elementos acusatórios, e não defensivos.⁶⁸¹

A estrutura da investigação preliminar, seja na inquisitorialidade, na limitação dos pedidos defensivos ou no desaguadouro comum que consiste na formação da *opinio delicti* de quem tem o monopólio da acusação (ou, em hipóteses excepcionais, o particular a quem o Estado outorgou extraordinária legitimidade para tanto), é erigida a fim de formular juízo acusatório.⁶⁸² Tanto que essa é apenas a *primeira fase* da persecução penal, a qual, aliás, para ter a *segunda fase* inaugurada, basta-se com indícios de autoria e prova da materialidade de infração penal investigada (art. 395, CPP). E tais hipóteses são muito mais permissivas do que as barreiras de rejeição da inicial (art. 395, CPP) ou de absolvição sumária (art. 397, CPP, em que sempre se nota uma ou outra palavra indicativa de intensidade: *manifesta* e *evidentemente*).

Difícil não verificar que a ideia de encerramento da persecução penal na primeira fase é excepcional. Isso se prova, na prática, com o volume de *habeas corpus* denegados ante o argumento de que, com variações terminológicas, só se admite o *premature* encerramento da persecução penal nessa fase se *extreme de dúvidas* a atipicidade ou coisa que o valha.⁶⁸³

Extraordinário nº 593.727, ainda *sub judice* no plenário do STF (como são, também, as matérias e debate nos *Habeas Corpus* nº 84.548, de relatoria do Min. Luiz Fux; 87.395, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 83.634, Rel. Min. Joaquim Barbosa). A 2ª turma do STF, com composição distinta da atual, já se manifestou favorável a tal poder: HC nº 93.224, 2ª. T., Rel. Min. Eros Grau, DJ 05.09.2008; HC nº 94.173, 2ª. T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.11.2009; HC nº 91.661, 2ª. T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 03.04.2009. Em outra oportunidade, pudemos manifestar nossa opinião contrária a tal possibilidade: VIEIRA, Renato Stanzola. Ainda, investigação criminal direta do Ministério Público: poder implícito ou limite implícito? Proposta de novo enfoque. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 199, jun. 1999, p. 11-12.

⁶⁸⁰ André Augusto Mendes Machado cita as advertências de Antonio Scarance Fernandes, José Barcelos de Souza e Marcos Alexandre Coelho Zilli. Do último, aliás, colhe-se que “o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária” (*Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46-47).

⁶⁸¹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*, cit., p. 46.

⁶⁸² Nesse sentido, ver: RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122-123. Ver também: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 95.

⁶⁸³ Há no direito processual penal brasileiro um entendimento jurisprudencial quase automático de que, com o fim da primeira fase da persecução penal, deve ter início a segunda. Repete-se, sempre, mesmo que nem sempre com a devida atenção ao caso concreto, a excepcionalidade que seria o *premature* encerramento da persecução penal, quando, na verdade, ao que nos parece, não deveria haver pendor algum *pro societate*. Representativo de direcionamento oposto e por isso mesmo digno de ser observado atentamente é o acórdão da 6ª Turma do STJ, que é o correto, segundo o qual a máxima do *in dubio pro societate*, “em verdade, [...]”

Daí porque, conforme diz com razão André Augusto Mendes Machado, “como forma de assegurar a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, a investigação defensiva deve ser admitida tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial quanto a policial”.⁶⁸⁴ Nesse ponto, constata-se momento significativo do direito processual penal brasileiro.

6.2.2.1. Conhecimento ativo: a investigação defensiva no PL nº 8.045/2010

O projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados com vistas a instituir novo Código de Processo Penal brasileiro está a meio caminho da consagração – no aspecto do conhecimento ativo da investigação criminal – da paridade de armas entre acusação e defesa. Isso porque, se hoje inexistisse previsão afeta à investigação defensiva, no cenário do direito processual penal brasileiro projetado, o artigo 13⁶⁸⁵ traz maior possibilidade de atuação defensiva com vistas a introduzir na investigação as fontes de prova diagnosticadas em benefício da defesa.⁶⁸⁶

Ainda assim, a vingar o texto em tramitação na Câmara dos Deputados, a investigação defensiva não terá sido tão ampla quanto possível, notadamente quando se toma como ponto de referência o direito processual penal italiano e suas previsões de *indagine difensiva*.⁶⁸⁷

não possui amparo legal, nem decorre da lógica do nosso sistema processual penal, constitucionalmente orientado” (*Habeas Corpus* nº 175.639, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 11.04.2012).

⁶⁸⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*, cit., p. 46. Sobre o Ministério Público colher, naturalmente, elementos de informação que abonem a hipótese (futura) acusatória, ver: FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na investigação criminal, cit., p. 327.

⁶⁸⁵ Art. 13: “É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”.

⁶⁸⁶ Em outra oportunidade, afirmamos que, com a investigação defensiva, a defesa pode passar a ser também “protagonista das fontes de prova” (VIEIRA, Renato Stanzola. Traços adversariais no projeto de Código de Processo Penal: uma proposta para o estudo da paridade de armas. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Orgs.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 376).

⁶⁸⁷ Na doutrina brasileira, ver: MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*, cit., p. 127 e ss. Ver também: MALAN, Diogo. Investigação criminal defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 96, 2012. Ainda: AZEVEDO, André Boiani; BALDAN,

No contexto italiano, tomado como referencial de direito comparado para a investigação defensiva brasileira,⁶⁸⁸ a Lei nº 397/2000 trouxe igualização de armas no sentido de produção de fontes de prova entre Ministério Público e acusado na medida em que, por exemplo, previu “a possibilidade de o defensor efetuar atos investigatórios similares aos do Ministério Público e da Polícia Judiciária e atribuindo o mesmo valor probatório para o resultado da investigação defensiva e o da investigação pública”.⁶⁸⁹ E assim deve ser para “que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação”⁶⁹⁰ no limite do que for faticamente possível.

No Brasil, contudo, a disciplina em debate na Câmara dos Deputados não prevê a regulamentação dos limites da atuação defensiva na recolha de fontes de prova, de modo que o legislador, de forma até mesmo tímida, limitou-se a estabelecer a possibilidade de identificação de “fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas” (art. 13, *caput*). Anacronicamente, deixou-se ainda a critério da autoridade policial a juntada aos autos do material produzido pela defesa (art. 13, § 5º).⁶⁹¹

Daí ser pertinente a advertência de Gustavo Badaró de que, “sem um regime específico que assegure ao advogado do investigado poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia será diminuta”.⁶⁹²

Se ainda não há paridade de armas na investigação preliminar em sua vertente ativa, para que ela seja efetiva (daí se dizer de *apresentação do caso* em situação não desvantajosa), o mínimo que se deve imaginar a fim de que o princípio seja obedecido parece ser o que se segue.

Edson Luis. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 137, abr. 2004, p. 7. Gustavo Badaró lembra que, além do direito peninsular, a investigação defensiva pode ser vista, no direito norte-americano, como decorrência da VI emenda, que assegura o *right to a counsel* (*Processo penal*, cit., p. 96).

⁶⁸⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*, cit., p. 127.

⁶⁸⁹ MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*, cit., p. 147.

⁶⁹⁰ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado, cit., p. 123.

⁶⁹¹ VIEIRA, Renato Stanzola. Traços adversariais no projeto de Código de Processo Penal..., cit., p. 376-377.

⁶⁹² *Processo penal*, cit., p. 95. A propósito, e ainda com foco na paridade de armas, afirma Diogo Malan: “Digno de menção, inclusive, que a ausência de regulamentação da investigação defensiva e de infraestrutura para realizá-la é um dos principais fatores de fomento à desigualdade estrutural entre as partes processuais penais em nosso país” (Defesa técnica e seus consectários lógicos da Carta Política de 1988, cit., p. 175).

Como primeiro passo, o dispositivo a constar do Código de Processo Penal deve evitar o anacronismo de deixar a critério da autoridade policial a juntada dos elementos informativos carreados pela defesa (até porque o destinatário final das informações colhidas na investigação não é o delegado, mas sim o acusador público ou privado, que formula a *opinio delicti*, e o juiz, que recebe ou rejeita a inicial). Depois disso, e, repita-se, como critérios mínimos à conformação do princípio no âmbito do direito positivo, podem-se imaginar três situações.

A primeira é a prerrogativa de realizar inspeções e diligências investigatórias, o que já se prevê ao Ministério Público da União (art. 8º, V, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “c”, Lei Federal nº 8.625/93), mas não aos advogados constituídos e nem aos defensores da União ou, exemplificativamente, os da Defensoria Pública de São Paulo.

A segunda é o poder de expedição de notificação e intimações, em geral, para a colheita de depoimentos, previsto para os integrantes do Ministério Público da União (art. 8º, VII, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “a”, Lei Federal nº 8.625/93), mas não aos advogados e defensores públicos.

E a terceira, mais complexa, é a atinente ao poder de requisição⁶⁹³ de diligências, a órgãos públicos e privados, previsto para o Ministério Público da União (arts. 8º, II, IV e IX, Lei Complementar nº 75/93) e dos Estados (art. 26, I, “b”, II, III e IV, Lei Federal nº 8.625/93) e, em medida distinta, previsto para a Defensoria Pública da União (apenas para a garantia da incolumidade de seus membros – art. 8º, XIX, Lei Complementar nº 132/2009) e para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (apenas quando em jogo a

---

⁶⁹³ O poder de requisição, mesmo que usado no âmbito de processo penal, não tem o conceito desligado do direito administrativo. A requisição é um exemplo de “ordem”, como ato administrativo “unilateral, discricionário, de manifestação de vontade autoritária, pelo qual se impõe a órgão da Administração Pública, ou a particular, ação ou omissão, a que ficam obrigados” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 566). A requisição, para além do conceito estrito de direito administrativo – “ato administrativo de tomada compulsória, para utilização no interesse coletivo, de bem de particular, com devolução posterior, compondo os prejuízos prefixados ou efetivos sofridos em consequência dessa perda transitória de seu uso próprio” (p. 569) –, é ato em que subjaz uma relação horizontal de poder. Diferentemente da solicitação ou do requerimento, a requisição não é um pedido, mas uma ordem, uma determinação. Como aqui se cuida do “poder de requisição” no âmbito de procedimento investigativo já instaurado, não parece razoável tal relação horizontal de poder socorrer ao lado que produzirá elementos de informação com pendor acusatório, e não se estabelecer a mesma prerrogativa àquele que pode necessitar produzir elementos de informação para se defender. Além disso, e por se tratar de poder de requisição em investigação já em curso, como o ente que tem o poder requisitório (Ministério Público) atuará, na causa penal, como parte (interessada, portanto), não há razão para deixar essa constatação de lado, em privilégio da forma estatal com que o órgão (acusador) se apresenta na primeira fase da persecução penal.

relação com órgãos públicos – art. 162, IV, Lei Complementar Estadual nº 988/2006), mas inexistente para os advogados.

Diz-se que se trata de situação de complexa aplicação porque a requisição é ato administrativo decorrente de relação horizontal de poder. É possível imaginar a outorga do poder de requisição, em maior escala, aos órgãos de Defensoria Pública (da União e dos Estados), mas ficaria difícil prever, no processo penal, a outorga de poder inerente ao de um ato administrativo coercitivo, como é a requisição ao advogado constituído.

De toda forma, e mesmo diante dessa aparente limitação imposta pelo direito administrativo, sempre que se estabelecer o poder de requisição de um lado (normalmente, o titular do exercício do poder de requisição será ente público), parece razoável que a mesma prerrogativa de mando esteja também prevista ao outro lado, sob pena de se privilegiar, no processo penal, não só a desigualdade de forças (para se trazer aos autos o elemento que pode importar apenas à acusação ou à defesa), mas também o cânone administrativo em detrimento da igualdade (trazendo-se, para a investigação preliminar, a relação súdito-subordinado, que é impertinente).

De mais a mais, a tônica que move os interesses opostos de acusado e acusador não é de direito administrativo, assim como não o é aquela que move a busca de informações (mesmo que por parte de ente oficial) em processo penal a fim de tentar provar a hipótese acusatória.

Em processo penal não há, na pesquisa de elementos informativos (acusatórios ou defensivos), relação de direito administrativo entre os requisitantes e os destinatários da ordem. Isso porque a posição do investigado perante o Estado que lhe acusa, ainda que em fase preliminar, não é a de súdito, mas a de sujeito de direitos. Da mesma forma, a posição do representante do Estado, nessa mesma fase, não é assimilável à do poder soberano, mas sim à do representante estatal que tem por função constitucional tanto desenvolver a apuração dos fatos, quanto titularizar a ação penal.

Daí que, em nome de se manter o chamado poder de requisição ao órgão da acusação pública futura, a mesma coercitividade há de se estender aos defensores públicos (isso existe em medida pequena, como já se viu) e aos advogados constituídos e nomeados (para que estes não se vejam em situação de desvantagem perante os defensores

públicos).⁶⁹⁴ Noutro termo, se o impeditivo a isso for mesmo a questão envolvendo o lado de direito administrativo, que se outorguem aos envolvidos – todos: acusadores e acusados – os mesmos poderes de requerimento, e não mais, como hoje se faz, o de requisição com pendor ao órgão de acusação.

As três situações parecem ser imperativas para que se atinja a paridade de armas no viés ativo da persecução penal, isto é, na possibilidade de o investigado *levar à investigação* suas teses. Se essas medidas não se configurarem, não se poderá dizer existir paridade de armas no aspecto ativo do conhecimento da investigação criminal. Não se trata de mera limitação – ou contorno – do direito. Cuida-se do mínimo que se pode esperar, justificadamente, para fazer incidir o princípio da paridade de armas nesse momento e nessa atividade da persecução penal.

Isso porque o ato de pesquisa das fontes de prova não é uma via de mão única – inclusive na investigação. Afinal, não é menos legítimo o interesse público em buscar provar a materialidade e a autoria de determinado fato do que aquele outro interesse – igualmente público, pois decorrente do direito de se defender da carga acusatória pré-processual – que tem o investigado de lançar mão dos meios postos para tentar evitar ter instaurada uma ação penal contra si.

O direito de defesa, como se diz especificamente em doutrina processual penal, mesmo que prodromicamente (como é o caso), é “análogo ao direito de ação”,⁶⁹⁵ isto é, é o reverso da moeda segundo a qual a titularidade do exercício futuro do direito de ação há de se contrapor à titularidade do exercício do direito de defesa.

Tal perspectiva provoca novo modo de pensar, inclusive, acerca de o investigado poder se valer, por exemplo, dos chamados meios de pesquisa de prova abstratamente disponibilizados ao órgão que o acusa mesmo que em fase pré-processual. Em justificativa, pode-se apontar a possibilidade – nada incomum – de que, para se negar a provável autoria de determinada infração penal, seja necessário ao investigado requisitar a quebra de sigilo fiscal de pessoa então alheia à investigação – e sobre a qual possam recair suspeitas iniciais a partir de trabalhos prévios da própria investigação defensiva.

As possibilidades de quebra de sigilo, observada a fundamentação jurídica específica atinente à adequação da medida, devem ser abertas mesmo que o autor seja o

---

⁶⁹⁴ É correto, pois, o entendimento de João Pedro Chaves Valladares Pádua (Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009, p. 13).

⁶⁹⁵ MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988, cit., p. 153.

investigado, pois ambos têm interesse em levar para os autos o maior leque de informações possíveis a justificar suas manifestações futuras (de acusação ou de defesa).

Outro exemplo está em situação na qual, para negar ter sido o autor de determinada conversa telefônica, e uma vez tendo indícios – a partir de prévias diligências investigatórias privadas e lícitas – de quem o seja, o próprio investigado apresenta o pedido de suspensão do sigilo telefônico de pessoa determinada.

Se, especificamente em doutrina processual civil, entende-se que “*defesa é o contraposto negativo do poder de ação*, ou seja, ela é o conjunto de poderes e faculdades que permitem ao demandado opor-se à pretensão do autor, pleiteando sua rejeição”,⁶⁹⁶ não há razão para descartar o conceito para o processo penal.

Mesmo que em dimensão pré-processual, há atividade (ainda que prodrômica) de parte no processo. Daí porque, para a observância da paridade de armas a partir da carga acusatória despejada sobre alguém, deve-se abrir o leque de oportunidades paritárias àquelas disponíveis ao acusador.

6.3. Paridade de armas na fase processual: ação penal, até sentença

Se na fase preliminar da persecução penal não há previsão específica de momentos para se dispor de chances processuais a fim de que o caso seja apresentado em situações não prejudiciais quando comparado com a apresentação da parte oposta; e se ali inexistente momento predefinido em que se dirige, substancialmente, uma carga acusatória a alguém, com a segunda fase da persecução penal acontece o inverso.

Enquanto no procedimento preliminar não há fixação do momento em que a acusação e a defesa se dão, nem de que forma elas aparecem, na fase judicial da persecução penal define-se o momento em que alguém é considerado réu em ação penal; estabelecem-se prazos para que a defesa e a acusação se manifestem; e definem-se provas a serem produzidas, observada a contrariedade.

Por isso, se até aqui se abordou a paridade de armas sob o ponto de vista do conhecimento da investigação (lados passivo e ativo), em ação penal até decisão de primeiro grau é possível tratar de momentos e situações preestabelecidas para se diagnosticar a incidência do princípio da paridade de armas.

---

⁶⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, cit, p. 305.

Com isso não se quer afirmar que, na primeira fase, o princípio da paridade de armas não incida, ou que ele seja mais *dinâmico* (posto não haver rigidez no procedimento, tal como se vê em ação penal condenatória). O que acontece é que, pela forma com que se conduz a investigação preliminar, o posicionamento mais seguro para o diagnóstico do princípio, à luz do conceito atingido no capítulo anterior, é focar diretamente o conhecimento por parte de quem já tenha de se defender.

Mais do que isso, a previsão de momentos claros em que a paridade de armas se apresenta na segunda fase da persecução penal não torna esse princípio mais *estático* do que sua possível apresentação na primeira fase. Ocorre apenas que, por formalmente haver partes no processo penal na segunda fase e também por haver maior rigor com a sequência de atos a se desenvolver até decisão final, é mais nítida a percepção da paridade de armas nessa fase.

Os momentos indicativos de manifestação do princípio da paridade de armas no processo penal brasileiro, na fase judicial da persecução penal até a sentença de mérito, são os seguintes, cada qual com peculiares tratamentos: resposta à acusação, produção da prova, apresentação ao juízo e observância de prazos.

Antes que deles se trate, contudo, o tema exige uma abordagem, ainda que sucinta, sobre a incidência da paridade de armas em dois exemplos capitais do direito processual penal consensual: a transação penal e a aplicação imediata de pena, no procedimento sumário previsto no projeto de novo Código de Processo Penal.

6.3.1. Paridade de armas em transação penal e aplicação imediata de pena (art. 283, PL nº 8.045/2010)

A ideia de consenso entre acusador e acusado é o que anima tanto o conhecido instituto da transação penal (arts. 72 e ss., Lei nº 9.099/95), quanto o instituto da aplicação imediata de pena tratada no chamado *procedimento sumário* do projeto de novo Código de Processo Penal em curso na Câmara dos Deputados (art. 283, do Projeto de Lei nº 8.045/2010).⁶⁹⁷

---

⁶⁹⁷ No plano do direito vigente, também a suspensão condicional do processo (arts. 89 e ss., Lei Federal nº 9.099/95) pode render as mesmas discussões que se seguem. Mas aqui não se trata da suspensão condicional do processo porque, nesse caso, não há tipicamente imposição de pena, mas sujeição a ônus processuais. Ou seja: conquanto a situação de desvantagem no aspecto negocial possa permanecer a mesma, a consequência imediata no caso da transação penal e no da barganha é muito mais dramática do aquela que se vê em suspensão condicional do processo. Por conta dessa distinção, ressalvado que a posição das partes merece a

Da essência da ideia de acordo entre os envolvidos nas duas situações – que se distinguem nas hipóteses de cabimento e na formalização em que ambas se dão na cena processual – ressaí a ideia de acordo entre as partes. E daí a consideração sobre a paridade de armas, junto à pressuposta autonomia de vontade e liberdade para *transacionar* (na hipótese da transação penal) ou requerer aplicação imediata de pena (na hipótese do que doutrinariamente já se chama no Brasil de *barganha*).

Afinal, em qualquer negócio jurídico, um dos requisitos de validade é a autonomia da vontade dos envolvidos. Para o processo penal, importa considerar a igualdade de tratamento entre Ministério Público e acusado, particularmente a equilibrada situação entre ambos. Sem isso não se pode dizer que a consequência da transação ou da aplicação imediata de pena no *procedimento sumário* respeita a paridade de armas.

E justamente aí reside o problema. Não necessariamente na aplicação abreviada de pena, mas naquilo em que consiste, do ponto de vista do tratamento das partes no processo penal, seu fundamento. Em outras palavras: no que concerne à paridade de armas, não se trata de justiça penal consensual, mas de um de seus elementos nucleares para o sistema do direito positivo brasileiro. O que não existe, nesse ponto, é o próprio consenso.⁶⁹⁸

Sustenta-se aqui que, considerado o princípio da paridade de armas, o aspecto cognoscitivo dos fatos debatidos no processo (levados ao juiz) não é tão importante quanto o *como* a situação processual se configurou a partir das situações de *vantagem* ou *desvantagem* de uma parte perante a outra.⁶⁹⁹ E, a respeito disso, é muito difícil não perceber a situação vantajosa da acusação pública (seja na transação penal, seja na aplicação imediata de pena) quando comparada à do acusado.⁷⁰⁰

---

mesma discussão travada na sequência quando se fala da transação e da *barganha*, não se trata aqui da suspensão condicional do processo.

⁶⁹⁸ “Consenso não significa imposição da vontade de um sujeito sobre o outro, por exemplo, do interesse da acusação em livrar-se do procedimento investigatório ou do juiz em terminar logo o processo penal, mas de uma discussão horizontal, não hierarquizada da solução do problema criminal, isto é, com mais comunicação entre os sujeitos processuais” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais, Lei 9.099/95: abordagem crítica: acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo; rito sumaríssimo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60). Ainda: “A anunciada negociação longe está de se inspirar, como seria da essência de qualquer modelo contratual, na autonomia e na igualdade entre as partes” (KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39).

⁶⁹⁹ Ou seja: o déficit instrutório seria já uma importante questão a se tratar, pois o que se atinge com a transação penal e com a *barganha* é uma imposição de pena criminal sem discussão a fundo da questão penal. A propósito, ver: REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25-31.

⁷⁰⁰ Como já se disse aqui e se reconhece ser da conformação do Processo Penal brasileiro: o órgão acusador tem, abstratamente, mais amplos poderes de pesquisa e produção probatória. Na questão da justiça consensual, esse ponto – o da conformação conhecida do Processo Penal – não se coloca, pois, naquele caso,

Não se trata de um verdadeiro acordo baseado na igualdade de tratamento aos lados antagônicos, mas, como há tempos sinalizou Geraldo Prado tendo em vista a transação (em lição também adequada à nova figura da barganha), de algo que parece vestir-se da técnica de “contratos de adesão” e que, assim, acaba gerando um “convencimento forçado” dirigido ao acusado. Mais ainda, transforma “a sala de audiências num balcão de negócios”.⁷⁰¹

A desigualdade no tratamento dos sujeitos é inerente às duas figuras negociais e, como se assume neste trabalho, não tem medida razoável. Isso porque, mesmo que seja incogitável um rígido paralelismo entre o acusador e o acusado, principalmente por ser a perda da liberdade uma noção contingencial a apenas um dos lados, as situações em transação ou em barganha são uma via de mão única. Só uma parte tem algo a ganhar com o acordo, e essa parte é a acusação. E assim o é pela constatação de que, faça-se o acordo (de transação ou barganha) ou não, essa parte – a acusação – nada perde.

Desse modo, na transação, o pedido do representante do Ministério Público é a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72, Lei nº 9.099/95), quando justamente a figura típica abstrata permite, se decorrido o devido processo penal com juízo condenatório, a imposição da mesma pena não privativa de liberdade. Ou seja: ao órgão acusador, o *risco* de se propor a aplicação imediata de pena é apenas o de se livrar da discussão em contraditório que poderia redundar em decisão absolutória ou condenatória para, em economia de tempo (e de processo), ver já imposta a pena. Ao acusado, contudo, a aceitação da proposta equivale a não correr o *risco* de uma absolvição ou, quando muito, condenação que decorreria de instrução criminal, forçosamente não impositiva de pena privativa de liberdade. Quem tem algo a perder com tal acordo, à partida,⁷⁰² portanto, é só uma das partes anuentes: o acusado.

Na aplicação de pena a pedido, tratada no Projeto de Lei nº 8.045/2010, a imposição de pena nos termos em que regram os parágrafos do artigo 283 significa uma autêntica decisão condenatória, malgrado decorrente de mera homologação. Assim, com a

---

encontra-se em jogo exatamente a possibilidade de *acordo*, de *negócio jurídico* a ser celebrado entre o representante da acusação e a pessoa acusada.

⁷⁰¹ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 193 e 196.

⁷⁰² Hipótese interessante é aquela em que as informações dos autos sejam francamente desfavoráveis ao acusado, ou seja: quando, em tese, é vantajoso celebrar o acordo comparativamente ao prognóstico de condenação e perda da primariedade. Tal situação, contudo, decorre de circunstância concreta, e o sopesamento da escolha, dado o prognóstico de condenação, não deve prevalecer sobre a presunção de inocência e, assim, sobre a possibilidade de discussão dos contornos da causa em contraditório. A regra geral de desvantagem para o acusado, portanto, permanece.

dispensa de produção de provas por parte dos envolvidos e com a confissão do acusado, pode-se cogitar de imposição imediata de pena criminal, seja privativa de liberdade, seja pena alternativa.

Ao órgão acusador, a vantagem está, mais uma vez, na condenação antecipada, com dispensa de produção de provas e, então, com dispensa do risco de não restarem provadas as hipóteses apresentadas na inicial. Ao acusado, por outro lado, abrindo-se mão do contraditório efetivo, mas impondo-se-lhe o ônus de confissão para fazer jus ao *procedimento sumário*, também esse acordo é prejudicial, pois retira a possibilidade de almejar decisão absolutória final.

Quer na transação, quer na barganha, a situação de vantagem do acusador é tão patente que até se pode lembrar da lição retirada da doutrina italiana por Maria Lúcia Karam de que, nessas negociações, um lado (a acusação) tem “a faca e o queijo na mão”, ao passo que o outro (o acusado) pode sofrer uma chantagem.⁷⁰³

De volta ao ponto que une as duas figuras, e a partir da perspectiva da situação de vantagem de uma das partes comparativamente à outra, é de se perguntar, com Geraldo Prado: “é possível, de fato, cogitar de ausência de coação e igualdade de oportunidades em atividade dirigida à punição pela prática de infrações penais?”.⁷⁰⁴

A resposta que se assume neste trabalho é a negativa, isto é, não se pode imaginar que as duas partes são tratadas da mesma forma, ou, ao menos, dadas as naturais distinções, a partir de *discrímen* razoável, na situação de transação penal e de barganha. A parte nitidamente prejudicada é o acusado, e exatamente aí está a violação à paridade de armas.

A propósito disso, Diogo Malan (em análise da barganha, mas esposando ponto de vista que se aplica, também, à transação penal) sustenta que o princípio da paridade de armas tem seu “núcleo essencial” “seviciado mortalmente”, visto que o novo instituto acaba por “hipertrofiar os poderes do acusador: este último, na prática, substitui juiz e jurados, concentrando os poderes de formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena”.⁷⁰⁵

---

⁷⁰³ *Juizados especiais criminais...*, cit., p. 39. Os termos coloquiais constam da obra referida. Neste trabalho não se vai explorar em pormenores a existência ou não de *chantagem* como ponto crítico dos sistemas que adotam em medidas variadas o instituto do *plea bargain*. O foco aqui é a vantagem de um dos lados na imposição (a *contradictio in terminis*) desses acordos, venham eles revestidos ou não de chantagem, isto é, *overcharge*.

⁷⁰⁴ *Elementos para uma análise crítica da transação penal*, cit., p. 184.

⁷⁰⁵ Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 207, fev. 2010, p. 2-3.

Eis aí, pois, o ponto intermediário entre a investigação criminal e o processo instrutório em que o princípio da paridade de armas teria tudo para incidir fortemente – dada a premissa teórica do acordo de vontades, o que supõe a igualdade no tratamento das partes –, mas realmente não é consagrado.

6.3.2. Resposta à acusação

O primeiro momento em que o acusado pode rebater argumentos de quem o acusa para que sua situação não seja vista em desvantagem perante o Poder Judiciário é o da chamada *resposta à acusação*.

A oportunidade prevista no artigo 396 do Código de Processo Penal indica que a resposta à acusação é peça obrigatória ao válido desenvolvimento do processo, seja para absolvição sumária, seja para reanálise judicial⁷⁰⁶ da aptidão da denúncia, condições da ação, pressupostos processuais e justa causa.⁷⁰⁷

---

⁷⁰⁶ “Não pode haver, portanto, vinculação do juiz com a decisão anterior que recebeu a denúncia, nos termos do art. 396, *caput*, do CPP, uma vez que inexistente preclusão ou qualquer outro mecanismo que torne o ato imutável ou não passível de reforma. Impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade de partes, inépcia da denúncia, são temas que poderão ser revistos, mesmo após o recebimento da denúncia. Verificadas tais situações, mesmo já tendo recebido a denúncia, o juiz deve extinguir o processo, sem julgamento do mérito” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 421).

⁷⁰⁷ O Código, com a redação dada ao artigo 396 pela Lei nº 11.719/2008, passou a prever dois momentos procedimentais que têm gerado intenso debate doutrinário: o do recebimento da inicial antes da resposta defensiva (art. 395, CPP), e o seguinte à tal resposta, do artigo 399, CPP. Em doutrina, há divisão entre aqueles que entendem haver a partir de 2008 dois momentos, sucessivos, para o recebimento da denúncia (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades da ação penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, cap. XIII, item 2; FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 190, set. 2008; FERNANDES, Antonio Scarance. Resposta à acusação. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*, cit., p. 61 e ss.), aqueles para quem o momento de recebimento da acusação é mesmo o do artigo 396, do Código de Processo Penal (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 928. O autor é categórico: “uma coisa é o que a lei diz, a outra é aquilo que gostaríamos (muito) que ela dissesse, mas não diz”), e aqueles que entendem que o momento de recebimento da acusação é o do artigo 399, CPP (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do código de processo penal..., cit., p. 123-180; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 528 – o autor, aliás, entende que “o legislador cometeu uma falta grave dentro da área da redação do recebimento da denúncia e merece um cartão vermelho”; PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo; n. 190, set. 2008, p. 4-5; NICOLITT, André. *Manual de processo penal*, cit., p. 267). No STJ e no STF parece prevalecer atualmente o entendimento segundo o qual o momento do recebimento da denúncia é o previsto no artigo 396, do Código de Processo Penal (no âmbito do STF: Ag. Reg. na Ação Penal nº 630, plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 22.03.2012. No do STJ: *Habeas Corpus* nº 138.089, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJ 22.03.2010). No ponto, a única unanimidade reinante que se mostra na doutrina está na dura crítica feita ao legislador, particularmente porque ainda quando em curso o processo legislativo, a expressão *recebê-la-á*, que aparece no vigente artigo 396 do CPP, não constava originariamente.

A resposta à acusação é peça fundamental ao processo penal brasileiro e indispensável à configuração da paridade de armas.

Afinal, dela, e por não haver preclusão quanto à apreciação das condições da ação, pressupostos processuais e justa causa, pode decorrer tanto sentença que encerre – já nesse momento – o processo penal com o enfrentamento das questões de direito processual penal que subjazem à acusação (ilegitimidade ativa de parte), quanto sentença que analise os contornos de culpabilidade, ilicitude e tipicidade do fato. Ademais, com a resposta passou-se a tratar da extinção da punibilidade como causa de absolvição no processo penal (art. 397, CPP).

Por isso surgem problemas que, mais do que afetos à interpretação do momento de recebimento da inicial, dizem respeito à possibilidade de os argumentos defensivos serem levados em consideração com o mesmo peso que se dá aos acusatórios.⁷⁰⁸

---

⁷⁰⁸ Problema interessante é o de eventual coincidência entre matéria a ser levada em resposta à acusação e em exceção (arts. 95 e ss., CPP). Isso pode acontecer com a condição da ação da legitimidade *ad causam* (matéria ventilada tanto em resposta à acusação, dado inexistir preclusão nas matérias previstas no artigo 395 do Código de Processo Penal, quanto em exceção específica, nos termos do artigo 95, IV, CPP). Outro exemplo é a discussão da competência do juízo (da mesma forma, ventilada na resposta à acusação, por força do artigo 395, II, CPP e da constatação de se tratar de matéria imprecludível, como também em exceção própria prevista no artigo 95, II, CPP). Além da duplicação para a argumentação das matérias, há ainda dois pontos a chamar a atenção: o primeiro é que, no caso da declinatória, prevê-se oitiva do representante do Ministério Público (art. 108, CPP); o segundo é que, justamente por se tomar, nesse particular, o Ministério Público como órgão *custos legis*, foi o órgão incluído como passível de sofrer a exceção de suspeição (art. 104, CPP). Sustenta-se aqui que a duplicação do tratamento das matérias distintas é consequência da reforma processual de 2008, particularmente por força da Lei nº 11.719/2008, que alterou a matéria procedimental do processo penal em primeiro grau. Antes de tal alteração não havia previsão das matérias a serem enfrentadas pelo magistrado para que se desse a análise preliminar da denúncia, mas apenas as previsões de exceção. Como a nova disciplina do momento procedimental de recebimento da inicial trouxe ao acusado leque mais amplo de atuação defensiva, e ao magistrado leque mais objetivo de análises das iniciais, entende-se que o veículo em que é formulada a reação defensiva importa menos do que seu conteúdo. Não é porque a reação é feita em exceção que, só por isso, abre-se vista ao Ministério Público, não ocorrendo o mesmo quando a reação é feita em resposta à acusação. No mesmo sentido, mas sob outra perspectiva, a reforma processual de 2008 perdeu boa oportunidade para – como parece ser devido e se tem dito neste texto – retirar do representante do órgão acusatório o dever de imparcialidade análogo ao exigível do magistrado e dos serventuários da justiça. Por isso, assume-se que o artigo 104 do Código de Processo Penal é inconstitucional, uma vez que ofende o princípio constitucional da paridade de armas (pois o Ministério Público é parte no processo penal e, logicamente, a parte não tem dever de imparcialidade análogo ao do magistrado); e que as matérias tratadas pela defesa, ainda que em exceções próprias, se abrangidas pelos limites das matérias a serem trazidas em resposta à acusação, não justificam, pelo veículo em que são ventiladas, encaminhamento ao Ministério Público para sobre elas se manifestar. Situação distinta se dá se a exceção é deduzida após a resposta à acusação, em situações nas quais o motivo é superveniente. Nesses casos, se o Ministério Público, como parte, não houver tido ciência para poder se manifestar sobre a existência ou não do motivo superveniente que originou a exceção, há razão plausível para que se manifeste. A propósito do momento em que o fato impeditivo pode surgir, especificamente quanto às hipóteses de suspeição ou impedimento de magistrado, ver: DOTTI, René Ariel. Suspeição de magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, p. 125-126, abr./jun. 1993.

6.3.2.1. A resposta efetiva: acesso aos autos, contato entre advogado e acusado, prazo razoável

O primeiro dos problemas decorre da efetividade da resposta e corresponde ao ponto de contato entre a paridade de armas e o direito de defesa. Isso porque, para que a resposta à acusação seja apta a repercutir as matérias que se pode elencar nessa fase, é imprescindível que acusado e defensor tenham podido debruçar-se sobre os contornos dos elementos a partir dos quais a acusação é construída.

Daí ser fundamental, como já se disse, que ao acusado se oportunize em máxima medida o acesso à íntegra do conteúdo investigatório, pois é com base nos detalhes que constam dos documentos nos quais se baseia a acusação que poderá ele estruturar sua reação. Assim, como primeiro passo à observância da paridade de armas na fase processual, deve-se atentar à disponibilidade total ao acusado, solto ou preso,⁷⁰⁹ de todos os elementos de informação que constam dos autos.

Se o *standard* cognitivo de quem acusa é mais qualificado do que o disponível a quem se defende, viola-se a paridade de armas no processo penal. Afinal, o mínimo que se deve oportunizar àquele que se defende da acusação é que ele conheça os mesmos elementos de valoração que foram levados ao conhecimento do acusador. Mais do que isso – e aqui se aproxima a paridade de armas ao direito de defesa –, a resposta à acusação depende do exaurimento da garantia de contato livre, prévio e reservado entre advogado e cliente.⁷¹⁰

---

⁷⁰⁹ Particularmente na hipótese de acusado preso, o exemplo de interceptação telefônica e do que lhe é disponibilizado pode indicar o respeito ou a violação à paridade de armas: como se sabe, os áudios captados formam documentos que são juntados ao processo como transcrições das conversas interceptadas. Comumente, disponibilizam-se aos acusados e defensores cópias do processo nas quais tais transcrições se encontram documentadas junto às mídias das conversas captadas. O acusado preso, evidentemente, faz jus a ouvir as conversas interceptadas, além de apenas ler as transcritas, pois é sua voz que aparece (ou não) nos áudios, e ninguém melhor do que o próprio acusado (destinatário da inicial e depois, da sentença) tem capacidade mnemônica de trabalhar os contextos em que tais conversas aconteceram. Trata-se, ademais, de exercício de autodefesa. Cogitar-se, porque o acusado se encontra preso, de que ele não pode ouvir os *grampos* constantes da investigação pelo mero fato de estar preso (pois é a isso que se reduz a negativa estatal que mal se esconde por trás de argumentos como carência logística de disponibilidade de salas e equipamentos para ouvir os áudios dentro dos estabelecimentos penitenciários) fere a ampla defesa (no viés da autodefesa) e, particularmente em distinção entre quem está preso e quem está solto, estabelece odiosa – porque sem razão jurídica – limitação do exercício do direito do acusado preso quando comparado àquele que responderá solto à acusação. Não convence o argumento da dificuldade tecnológica de se garantir ao preso que ouça os diálogos, mormente nos dias que correm, quando os aparatos tecnológicos se prestam à produção de tantos meios de prova e de pesquisa de prova no processo penal.

⁷¹⁰ Art. 7º, III, Lei nº 8.906/94 (sob a óptica do *munus* do advogado, seja público ou privado); art. 8º, 2, “d”, da CADH (sob a óptica de qualquer cidadão que esteja sendo processado). Na perspectiva do direito de

Diferentemente da acusação, a apresentação da peça defensiva decorre do exercício de duas vontades que se aglutinam: a do acusado, que tem os elementos factuais a transmitir ao advogado e exerce sempre sua autodefesa, e a do profissional que tecnicamente explora e verte para os fins processuais e penais as matérias discutidas com o assistido.

Em razão de estruturalmente a manifestação defensiva depender da observância das duas manifestações de vontade (acusado e advogado) em conjunto, a limitação no livre exercício de uma delas (se o acusado não tem acesso, pessoal e diretamente, a todos os elementos nos quais se embasa a acusação) ou no entrelaçamento de ambas (se o contato entre acusado e advogado não é livre e reservado) retira da peça defensiva sua possível eficácia. Assim, coloca a defesa, nesse momento processual, em situação desvantajosa quando comparada à da acusação, que desenvolveu a linha acusatória sem qualquer limitação estatal indevida. O embate, no momento processual, entre peças escritas – acusação e sua contraposição inicial – fica desigual.

Por tal motivo, a paridade de armas, nesse particular, integra-se ao necessário conhecimento dos elementos de informação constantes dos autos, com o direito de defesa (no que tange ao contato e à comunicação desimpedida que deve existir entre advogado e cliente). Ainda mais do que isso, contudo, há de se observar razoabilidade no prazo concedido à defesa para sua manifestação nessa fase processual.

Isso porque a CADH, no artigo 8º, 2, “c”, prevê, além dos *meios*, o *tempo* adequado para a preparação de sua defesa. E quando se imagina a incidência do princípio da paridade de armas no processo penal brasileiro, necessariamente se deve tomá-lo como “tempo adequado à preparação da defesa” ao lado do “tempo adequado para a preparação da acusação”. Até porque a garantia da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) é dada ao próprio indivíduo.

Assim, e como a resposta à acusação é peça obrigatória na qual toda matéria que interesse ao acusado pode ser levada à apreciação, não cabe rigor na fixação peremptória do prazo previsto em lei: dez dias, a contar da citação do acusado (art. 396, CPP). A propósito disso, podem-se atingir alguns critérios para que a divisão de oportunidades entre acusação e defesa nessa fase do processo penal não favoreça o argumento de um ou de outro lado.

Um primeiro e mais comum critério seria a distribuição dos prazos nos exatos termos do artigo 46 do Código de Processo Penal. Se o órgão acusatório se desincumbir, em situações sem grande complexidade e em casos de réus soltos, de deduzir acusação dentro de quinze dias a contar do recebimento dos autos (ou cinco dias em caso de réus presos), poder-se-ia esperar da defesa que se desincumbisse, no decênio previsto em lei (art. 396, CPP), de rebater a acusação.⁷¹¹ Tal critério, todavia, é insuficiente por mais de uma razão.

A primeira é que se à acusação se concede o prazo de quinze dias para enviar ao juízo uma mera hipótese acusatória (ou, em termos do Min. Cezar Peluso, uma “proposta de modelo de sentença condenatória” – *HC* nº 83.301, 1ª T., *DJ* 06.08.2004) que pode vir a ser confirmada após o devido processo penal, prever-se prazo menor para que essa hipótese seja rebatida acarreta desigualdade de oportunidades na apresentação de teses.

Afinal, a acusação narra o fato acontecido sob a óptica que justifica a instauração da ação penal, ao passo que o esforço defensivo ultrapassa a mera narrativa do ocorrido, uma vez que pode se endereçar a tratar de hipóteses de carência da ação penal, falta de justa causa, inépcia da acusação e, ainda, descer às minúcias de direito material (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade). O mínimo a que se deveria obedecer, portanto, é a igualdade de prazos entre a acusação e a defesa, mesmo em casos menos complexos. Por essa razão, a previsão do decênio do artigo 396 do Código de Processo Penal parece ser inconstitucional.

Por outro lado, nem dez nem quinze dias podem ser suficientes à manifestação defensiva, em situações mais complexas nas quais, aliás, tampouco a acusação se desincumbe de apresentar a inicial dentro do prazo previsto em lei. A respeito de tais situações complexas, vale mencionar a proposição de Rafael Braude Canterji e Roberta Coelho Verlang. Para os autores, a partir da observância da paridade de armas no processo penal, os critérios de flexibilização do decênio previsto no artigo 396 do CPP podem ser os seguintes: “em casos (a) em que foi concedido maior prazo ao Ministério Público para oferecimento de denúncia do que aquele previsto em Lei; (b) com elevado número de

---

⁷¹¹ A situação de resposta à acusação em circunstância decorrente de ação penal de iniciativa privativa do ofendido não é tratada aqui, porque o exercício do direito de queixa é decorrência do direito de ação e não se liga à rígida previsão de ação-reação inicial no processo penal. A lógica da repartição de prazos específicos, portanto, no momento processual, não se coloca no plano da ação penal privativa do ofendido. Tanto a discussão não está no mesmo plano, que no Brasil é possível, como já se frisou, inclusive o aforamento de queixa-crime de forma subsidiária ao oferecimento da denúncia, na hipótese de excesso de prazo para o oferecimento da denúncia (art. 5º, LIX, CF; art. 29, CPP).

acusados; (c) de considerável complexidade; e (d) com grande quantidade de documentos a serem analisados”.⁷¹²

Assim, o prazo para o oferecimento da resposta à acusação, além de não ser razoável de se preestipular em dez dias (menor do que aquele previsto para quem acusa), não é peremptório e nem tem como ser comparativamente menor do que o previsto (ou concedido, visto que impróprio) para quem acusa.

Mesmo que *a priori* não se diga qual é o prazo razoável para responder a determinada acusação – mas admitido que o limite de dez dias é inconstitucional por, na raiz, desigualar tempo entre acusação e defesa para *formular e rebater* a acusação⁷¹³ –, pode-se afirmar que, em situações nas quais não existam as condições tratadas por Rafael Canterji e Roberta Verlang, o mínimo é que a defesa desfrute do mesmo tempo que a acusação teve para formular seus argumentos.

Em situações complexas, e por se estar diante de norma principiológica, a concessão de prazo mais alargado pode ser necessária para a apresentação de efetiva resposta e, assim, para que se respeite a paridade de armas nessa fase e se cumpra o artigo 8º, 2, “c”, da CADH.⁷¹⁴

---

⁷¹² Prazo razoável para responder à acusação. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 232, mar. 2012, p. 6.

⁷¹³ O entendimento permanece o mesmo ainda que houver sido a peça inicial confeccionada em tempo inferior ao previsto por lei. A elaboração da denúncia em tempo inferior ao previsto no parâmetro legal não faz com que da defesa se cobre, também e simetricamente, a elaboração da resposta em tempo menor do que o previsto em lei. E, em caso de réu preso, sendo o prazo para a elaboração da denúncia reduzido, nem por isso o da defesa também deve sê-lo. O acusado se encontra preso em razão de coação estatal, e a maior celeridade no oferecimento da denúncia é medida que vem a beneficiá-lo (art. 5º, LXXVIII, CF). A celeridade processual, contudo, e aqui se reiterando cuidar-se de medida para o benefício do próprio acusado (que não pode ser interpretada, portanto, contra ele mesmo), não se sobrepõe à garantia do prazo razoável para que a defesa responda à acusação da forma mais eficaz possível.

⁷¹⁴ Questão interessante, levantada por alguns, reside na preocupação com o prazo para oferecimento da resposta à acusação em caso de litisconsórcio passivo. Conquanto o tema não seja próximo à paridade de armas (relação acusado e acusador), pode significar quebra da isonomia entre os próprios acusados, dado que é possível que quem seja citado *por último* responda igualmente *por último* à acusação e, assim, terá tido mais tempo para produzir a peça defensiva. Para se evitar não uma “disparidade de armas entre os acusados”, mas um risco de haver possibilidade mais eficaz que uns teriam, em detrimento de outros (ainda que em paralelo se dirijam todos à mesma acusação), Luis Guilherme Vieira propõe a aplicação analógica do artigo 241, III, CPC, que prevê o início do prazo da contestação civil após a juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido (Paridade de armas: uma leitura constitucional dos arts. 3º e 396-a do CPP e 241, III, do CPC e o termo inicial de contagem do prazo para apresentação da resposta escrita no Processo Penal. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (Coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 607 e ss.). No mesmo sentido, aponta André Nicolitt: “seja qual for o procedimento, havendo multiplicidade de réus, o prazo para apresentação da defesa escrita começará a contar a partir da juntada do último mandado cumprido e não do efetivo cumprimento de cada mandado” (*Manual de processo penal*, cit., p. 272).

6.3.2.2. A questão da abertura de vistas à acusação após a resposta defensiva

Tem-se observado frequente devolução dos autos ao acusador para que este se manifeste em momento posterior à resposta defensiva e antes de decisão judicial sobre ela. Diante disso, o tratamento da paridade de armas no processo penal impõe atenção específica.

A questão agora não é mais a *resposta* em si, mas a *réplica no processo penal*, abrindo-se nova vista ao acusador seja para enfrentar as teses defensivas, seja para lhe dar ciência de documentos juntados.

Possibilitar duplo juízo do acusador (na medida em que ele terá se manifestado primeiro ao subscrever a inicial, e depois ao tomar ciência do que terá sido argumentado pela defesa), para só então haver apreciação judicial em conjunto sobre a acusação e a defesa, pode ofender a paridade de armas no processo penal.

Nesse sentido, assume-se aqui a possibilidade de ofensa ao princípio da paridade de armas uma vez que, em verdade, nem toda e qualquer segunda intervenção do acusador será despropositada. Há de ser feito recorte técnico para melhor exposição da matéria.

6.3.2.2.1. Situações específicas: a abrangência do artigo 409 do Código de Processo Penal e a separação entre resposta à acusação e exceções processuais

Se em resposta à acusação veicula-se matéria que deve ser tratada em exceção própria, o Código de Processo Penal prevê, no parágrafo 1º de seu artigo 396-A, que a exceção seja autuada e processada em apartado, nos termos dos artigos 95 a 112.

Dessa forma, poderá surgir a questão de, em resposta à acusação, veicular-se defesa amparada em falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP).

Tais matérias podem coincidir com as hipóteses previstas em exceções, como se dá com a de incompetência de juízo (art. 95, II, CPP), ilegitimidade de parte (art. 95, IV, CPP), litispendência (art. 95, III, CPP) e coisa julgada (art. 95, V, CPP). Elas redundam no reconhecimento da falta do pressuposto válido para o desenvolvimento processual (em caso de incompetência do juízo), da falta de condição de ação para a ação penal (em caso de parte ilegítima) ou da falta de justa causa para a persecução penal (em caso de litispendência e coisa julgada).

Para que se trate da resposta à acusação separadamente das exceções quando as matérias veiculadas pela defesa couberem em ambas as manifestações (resposta e exceção), a técnica processual impõe que a matéria seja vista também em separado a partir das exposições da peça processual apresentada pela defesa. Em outros termos: se houver exposição direta na peça defensiva de tese que deve ser exposta em exceção, a parte pertinente da peça apresentada como resposta à acusação deve ser processada como tal; caso contrário, não.

Assim, em situação na qual a questão arguível em exceção não venha, na resposta, como tese a ser enfrentada diretamente pelo magistrado, mas decorra do deferimento do pedido apresentado na resposta à acusação (isto é, quando a matéria da exceção surge como uma consequência de concordância judicial com pedido defensivo exposto na resposta), em que se debata, por exemplo, a tipicidade da questão penal ou outro aspecto de pertinência para a resposta à acusação, a matéria deve continuar a ser tratada na amplitude da resposta à acusação.

Um exemplo que explica esse ponto de vista trata de concurso aparente de normas penais e sua possível consequência nessa fase processual. A questão envolve denúncia por conduta tipificada como descaminho e situação na qual, em resposta à acusação, postula-se o enquadramento da mesma conduta em crime contra marca (art. 190, I, Lei nº 9.279/96).⁷¹⁵

A separação proposta significa que, se a *causa* da manifestação defensiva for a incompetência do magistrado ou a ilegitimidade ativa *ad causam*, deverá ser seguido, no capítulo defensivo pertinente, o rito da exceção⁷¹⁶ (a qual, no caso, será dupla: uma peça só com dois argumentos, tratando um da incompetência, e o outro da ilegitimidade ativa. Tudo conforme o art. 110, § 1º, CPP).

Caso isso não aconteça, ou seja, se a incompetência ou a ilegitimidade de parte for uma *decorrência* do acatamento de outro pedido feito em resposta à acusação (como é o caso de discussão do enquadramento da conduta na situação de concurso aparente de normas penais), o rito permanece sendo aquele da resposta à acusação. Nesse caso, do

---

⁷¹⁵ Tal como este, outros poderiam ser imaginados: um pedido de desclassificação de conduta formulado em resposta à acusação em procedimento de crimes contra a vida. Na hipótese, acolhido o pedido pelo magistrado, por reconhecer o excesso da capitulação na denúncia, eventual desclassificação de *homicídio tentado* para *lesão corporal grave* acarretará modificação da competência. O pedido da defesa, contudo, não terá sido trazido em exceção alguma, mas em pura e simples resposta à acusação.

⁷¹⁶ A solução técnica pode trazer dificuldades no dia a dia forense, em que o mais comum é que as peças defensivas não separem cada *capítulo defensivo*, tornando difícil e eventualmente desgastante a separação de parte da peça defensiva que deverá ser autuada em apartado para o processamento como exceção.

deferimento do pedido pertinente da resposta é que surgirá, ou não, o reconhecimento da incompetência ou da ilegitimidade *ad causam*.

Contudo, se a manifestação defensiva for principalmente a propósito da competência (e da ilegitimidade *ad causam*), o rito a se seguir será o das exceções. Ali, por força do artigo 108 do Código de Processo Penal, abre-se manifestação à parte contrária para falar (o Ministério Público⁷¹⁷). Mas se isso não acontecer, se a possível consequência do deferimento do pedido diretamente elaborado na resposta for o eventual deslocamento de competência, não há sentido em se determinar a abertura de vistas à parte contrária para manifestar-se em contrariedade à resposta à acusação.

O que se evidencia a partir de tal separação é que a excepcionalidade da nova manifestação do Ministério Público, nesse caso, não decorrerá da resposta à acusação, mas especificamente do rito previsto para as exceções. Ou seja: se caracterizada a situação como exceção, e não como resposta – do que dependerá a determinação judicial para, uma vez trazida a matéria em resposta à acusação, determinar a autuação em apartado da peça nos limites da matéria que deva ser deduzida como exceção –, a nova manifestação não se dá *por conta da e na* resposta, mas *por conta da e na* exceção.⁷¹⁸

Por outra perspectiva, na coincidência entre as matérias tratadas na resposta à acusação e as atinentes a condições de ação e pressuposto processual, também se deve ter atenção à paridade de armas.

Isso porque, se é certo que o rito dessas exceções assemelha-se àquele da exceção de incompetência (art. 110, CPP), mais do que a distinção entre a tese defensiva coincidente com a de exceção ser tese principal ou não na resposta, aqui se deve considerar o momento em que surgem as situações que poderiam caber isoladamente em exceções (ex.: incompetência e ilegitimidade de parte).

Assim se pode ter maior segurança na interpretação da matéria no caso específico e entender as razões pelas quais se abrem vistas, ou não, à parte oponente à defesa após a apresentação de sua resposta à acusação.

---

⁷¹⁷ O Código não trata expressamente da manifestação do Ministério Público na exceção de ilegitimidade. Limita-se a tratar das semelhanças entre várias exceções com o procedimento previsto para a exceção de incompetência (art. 110, CPP). A nosso ver, esses exemplos em que se pode discutir a abertura de vistas ao Ministério Público provam que seu tratamento no processo há de ser o de *parte*, e não o de *custos legis*.

⁷¹⁸ Explicando: a resposta à acusação desfila várias teses. Duas delas cingem-se por especificamente tratar da ilegitimidade de parte e da incompetência. O magistrado poderá, na análise da resposta defensiva, conhecer das duas partes citadas como *exceção* e determinar a autuação em apartado da mesma peça, observando-se o limite de que a exceção cuidará apenas daqueles dois pontos.

Já, por outro lado, em situações de coisa julgada ou litispendência, o fato impeditivo do novo processo (para o processo penal: o fato obstativo à existência da justa causa do novo processo, uma vez constatada a pendência de lide ou a autoridade de coisa julgada) poderá ter se dado após o oferecimento da denúncia. Tal fato também poderá, eventualmente, ter se dado antes do oferecimento da denúncia, mas, justificadamente, o subscritor da inicial não tinha conhecimento de sua ocorrência.

Numa ou noutra hipótese, a situação é análoga, para a acusação, à chamada *descoberta de prova nova* na hipótese de cabimento de revisão criminal (art. 621, III, CPP). Somente por esse raciocínio é que se entende que nova abertura de vistas ao órgão acusatório não ofende a paridade de armas.

Diversamente, se o fato obstativo de nova persecução penal já fosse (ou devesse ser, na situação de haver certidão comprobatória dos eventos ou exposição da matéria,⁷¹⁹ nos autos, antes do oferecimento da denúncia) de conhecimento do subscritor da denúncia, não há motivo para se colher nova manifestação do órgão acusatório. Em tal perspectiva, a manifestação da acusação não se dá para igualar as forças entre acusação e defesa, mas por um imperativo de lealdade processual: aos atores do processo penal oferecem-se as mesmas possibilidades de conhecimento dos fatos a serem julgados.

E nesse ponto, a nova manifestação do Ministério Público não deve se dar sobre a defesa como um todo, mas apenas sobre as matérias tratadas nos documentos aos quais até então não se tinha acesso ou aos argumentos defensivos referentes à litispendência ou coisa julgada que não fossem de conhecimento do representante da acusação.⁷²⁰

Portanto, a partir dessa segunda perspectiva, se não acontecer a hipótese excepcional e justificada, e se não for observado o limite da manifestação, a nova abertura de vistas ao Ministério Público para falar sobre as considerações defensivas será ofensiva à paridade de armas e colocará a defesa em situação desvantajosa perante a acusação.

Por fim, pode-se prever situação em que a defesa se manifeste com a apresentação de novos documentos. No caso, até mesmo devido à lealdade processual que, como se viu, há de guiar as manifestações paritárias no processo penal, é aconselhável que se determine

---

⁷¹⁹ As hipóteses são distintas: se à comprovação da coisa julgada basta a certidão, para tratar da litispendência, como os dois processos penais seguem seus cursos, não é incomum que ao se arguir tal causa obstativa de justa causa do segundo feito se tenha de argumentar sobre as coincidências objetivas e subjetivas de uma e outra causa penal.

⁷²⁰ Pois se a tese da resposta à acusação já tivesse sido exposta nos autos e, ainda assim, tiver sido oferecida denúncia, isso significa que, mesmo implicitamente, o órgão acusatório dela já discordou. Daí não será razoável abrir vista para que se fale sobre ela com a resposta à acusação. Afinal, sobre ela já se manifestou uma vez antes de oferecer a denúncia, discordando-se da defesa.

a abertura de vistas à parte contrária para que esta possa se manifestar no prazo de cinco dias. Há de se observar, também, o limite da nova manifestação acusatória, isto é: sobre os documentos apresentados e as consequências advindas do pedido defensivo a eles atrelado.⁷²¹

Afora essas hipóteses, não há campo para nova manifestação acusatória sobre a resposta defensiva, sob pena de ocorrer ofensa à paridade de armas.

6.3.2.2.2. A indevida réplica no processo penal: ofensa à paridade de armas

A não ser nas situações excepcionais indicadas, a prática de se determinar nova abertura de vistas para que o Ministério Público se manifeste após a resposta à acusação pode acarretar tratamento desigual e injustificável das partes no processo. Permitir duas manifestações da acusação contra uma da defesa e, concretamente, admitir que a tese da inicial tenha mais eficácia do que a da resposta implica vantagem da acusação perante a defesa.

Assim, ressalvados os casos excepcionais, a prática de se dar vistas do processo com a manifestação defensiva ao acusador antes de decidir sobre a denúncia e sua resposta inverte a lógica do processo penal. Isso porque ela acaba por transformar a peça defensiva (uma reação à acusação) em objeto de nova refutação acusatória. Ou seja, a acusação é que passa a, depois de oferecer a inicial, rebater as teses defensivas.

Sobre o desrespeito que essa prática acarreta ao devido processo legal já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em mais de uma oportunidade.⁷²² Sobre isso também se conhece ponto de vista doutrinário aqui encampado.⁷²³ Contudo, como há

---

⁷²¹ Colhe-se, por analogia, a previsão do artigo 409 do Código de Processo Penal, que, no esteio da mudança legislativa advinda com a Lei nº 11.689/2008, trouxe ao rito do Tribunal do Júri, nessa mesma fase inicial, uma autêntica “réplica, do Ministério Público ou do querelante, para responder às preliminares alegadas pelo acusado ou pelo querelado” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do Júri: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63). A analogia tem razão de ser porque, como parece, essa teria sido a *mens legis* a encampar também a Lei nº 11.690/2008, notadamente por ambas as leis decorrerem dos mesmos estudos, da mesma comissão de juristas (presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover). No processo legislativo, ao que tudo faz crer, tomaram os projetos rumos diversos, mas a ideia que os uniformizava – nesse ponto, a de réplica no processo penal – parece ser a mesma.

⁷²² *Habeas Corpus* nº 172.345, 6ª T. Rel. Des. Convocado Celso Limongi, DJ 19.08.2010. *Habeas Corpus* nº 128.591, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJ 01.03.2010.

⁷²³ DECARO, Luiz Guilherme Rorato. Pode o ministério público manifestar-se sobre a resposta à acusação antes de o juiz a apreciar? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 229, dez. 2011, p. 13-14.

precedente do Supremo atinente à matéria, é importante dele tratar, ainda que resumidamente, a fim de evidenciar a posição assumida neste trabalho.

Ao julgar o *Habeas Corpus* nº 105.739, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em caso relatado pelo Min. Marco Aurélio, entendeu que a abertura de vistas ao Ministério Público para nova manifestação, à luz da resposta defensiva, não implicaria constrangimento ilegal porque:

Descabe, na espécie, transportar para tal fase a ordem imperiosa alusiva às alegações finais, quando, aqui sim, considerado até mesmo precedente de minha lavra, citado na inicial – *Habeas Corpus* nº 76.953/MT –, é impossível a inversão da ordem prevista em lei, ouvindo-se, após apresentação das alegações finais pela defesa, o Ministério Público.

No referido caso, de acordo com o órgão fracionário da Suprema Corte, “a audição deste [Ministério Público] se deu em momento peculiar, estranho ao espaço destinado às alegações finais, antes mesmo da designação de audiência. O que houve, na espécie, foi a observação de princípio medular do processo-crime – o contraditório”.

A decisão aqui salientada merece reparos sob o prisma da igualdade de armas, assumida a premissa conceitual da proibição a que uma das partes apresente seu caso perante o Poder Judiciário em situação concretamente mais vantajosa do que a outra. E, sob o prisma inclusive do contraditório, o argumento desenvolvido no julgado é perigoso, pois deixa espaço para a possibilidade de se eternizar a discussão prévia à decisão sobre a inicial. Afinal, uma vez aberta vista para o Ministério Público a título de exercício do contraditório, não sem razão a defesa (já invocando uma vertente do *favor defensionis*) reivindicará para si a prerrogativa de falar por último, com o que, para se oportunizar o contraditório, deverá haver vista aberta, então, à defesa.

Mais do que isso, entende-se que, ao menos nessa fase processual (de análise de resposta à acusação), o contraditório não se dá para que o Ministério Público conheça dos argumentos defensivos e possa sobre eles se manifestar. Imagina-se, na verdade, a situação inversa: o contraditório, nesse caso, tem a função de possibilitar exatamente que a defesa se situe em contraposição aos argumentos acusatórios – pois é ela quem deve reagir a tais argumentos –, e não que a acusação, com base em refutações já expostas pela defesa, tente referendar suas hipóteses.

É inegável que, com vistas outra vez à paridade de armas, ao se deferirem duas possibilidades ao acusador de convencer o magistrado acerca do acerto de sua hipótese

acusatória, contra apenas uma possibilidade de a defesa tentar refutar a acusação, abre-se àquele que acusa maior aptidão de ver seus argumentos considerados pelo juiz.

E mesmo sob o prisma do contraditório, tal ponto de vista não parece ser o mais correto, pois ao acusado não será possível rebater os novos argumentos acusatórios, seja em caso de eles referendarem a aptidão da denúncia, a presença de justa causa ou das condições da ação penal, ou, ainda, o preenchimento de pressupostos processuais (art. 395, CPP); seja, com redobrada razão, em caso de a acusação tratar novamente de questões afetas à ausência de causas que possibilitam a absolvição sumária (art. 396, CPP).⁷²⁴

6.3.3. Paridade de armas na colheita da provas e sua exploração em juízo

Após a análise judicial das situações possíveis na fase dos artigos 396 a 399 do Código de Processo Penal,⁷²⁵ com a previsão da instrução criminal se inicia novo tratamento da paridade de armas no processo penal.

Na fase instrutória da ação penal, pode-se tratar da incidência do princípio da paridade de armas sob dois enfoques: um deles tem a ver com o tratamento judicial dispensado aos pedidos (em sentido lato), venham eles da acusação ou da defesa; o outro refere-se à distribuição espacial das salas de audiência.

Nas duas perspectivas, é imperioso reter-se que, em ação penal de iniciativa pública, conquanto o Ministério Público seja representante do Estado, a atuação no processo penal é eminentemente interessada, ou seja, trata-se de atividade de *parte*. A esse respeito, é fundamental lembrar algo que já foi dito aqui: a atividade de quem pleiteia em juízo a procedência do pedido inicial é atividade de parte, e não de fiscal da lei. Só em se considerando o representante do órgão acusador como parte no processo penal é que se torna possível seguir adiante, postulando, então, a aplicação do princípio da paridade de armas no processo penal.⁷²⁶

---

⁷²⁴ A propósito disso, em caso concreto, o órgão correicional do Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu, por decisão liminar, haver inversão tumultuária no processo, causada por abertura de nova vista ao Ministério Público Federal para manifestação sobre o conteúdo da resposta defensiva. Liminarmente, determinou-se o desentranhamento da anômala manifestação do órgão acusatório, com o prosseguimento da ação penal (Correição Parcial nº 2012.01.0626, Rel. Des. Fábio Prieto de Souza, decisão datada de 30 de outubro de 2012).

⁷²⁵ O que significa dizer, na esteira de entendimento esposado pelo STF: um requisito *positivo* (aptidão da denúncia) e um *negativo* (não incorrência da inicial em algum dos incisos do artigo 395 do CPP) (HC nº 104.420, 2ª. T., Rel. Min. Ayres Britto, DJ 02.05.2012).

⁷²⁶ No sentido deste texto e com críticas à concepção do processo penal que enaltece o formalismo na atuação do juiz e do órgão acusador oficial como representantes de órgão público e desmerece a atuação defensiva

Posto isso, como já se viu na abordagem da amplitude que é de se dar à investigação defensiva, e depois de se ter tratado da equivalência das possibilidades de investigação a quem acusa e a quem se defende, com a questão em debate na ação penal nem há de se controverter: o direito às provas pertence a ambas as partes; nem mais a uma, nem mais à outra.

A análise dos pedidos de produção de prova em sentido lato, pois, deve ser rigorosamente criteriosa independentemente da parte que os formula, seja a defesa, seja a acusação. Afinal, ambas são – logicamente, até – partes interessadas; e não há motivo jurídico para se privilegiar o pedido provindo de uma parte em detrimento daquele provindo da oponente. Ambas, defesa e acusação, completam-se no exercício do mesmo direito, embora em polos contrapostos: o direito de ação.

6.3.3.1. A instrução processual e o tratamento conferido aos pedidos das partes

O equilíbrio no tratamento dos sujeitos processuais e – para se ater a um dos pormenores do princípio da paridade de armas – a vedação ao tratamento desvantajoso de uma parte em favor da outra implicam que se analisem com máxima neutralidade os pedidos formulados, provenham eles da acusação ou da defesa.

Assim, é fácil perceber que, nessa específica abordagem, a paridade de armas se imbrica com o próprio contraditório, dado que uma vez incidente um pedido, deve-se oportunizar o rebate argumentativo antes de decidi-lo, sob pena de, sem necessidade amparada por alguma razão cautelar processual penal, decidir-se *inaudita altera parte*. Tratar desse pormenor convida a duas reflexões.

A primeira, já adiantada, reside na constatação de que, mesmo com ação penal em curso, há pedidos que por sua própria natureza impedem que se abra o contraditório imediato. Pode-se citar, por exemplo, o caso de eventual medida cautelar requerida pelo representante da acusação que, se oportunizada à defesa desacatá-lo, tirará a eficácia desejada do provimento almejado (art. 282, § 3º, CPP), ou mesmo o pedido de eventual interceptação telefônica que se justifique, ainda em âmbito de ação penal, nos termos da mencionada Lei nº 9.296/96. Essas são situações excepcionais que justificam o

---

por conta de interesses *privados*, ver: PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal..., cit., p. 13. Diogo Malan assenta que o direito à defesa técnica é “permeado de inequívoco interesse público” (Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988, cit., p. 156).

afastamento *hic et hunc* da paridade de armas, particularmente em sua vertente de aproximação com o contraditório.

A segunda reflexão que deve ser feita a esse respeito é de cunho crítico: os pedidos defensivos, via de regra, têm o tratamento oposto ao que é dado àqueles acusatórios, pela simples (e difundida) razão – que não tem sequer previsão legal – segundo a qual se deve abrir vistas ao órgão acusatório para primeiro opinar sobre o pedido defensivo e só depois colher-se decisão judicial. Tal modo de pensar parte da premissa equivocada de que o Ministério Público na persecução penal não é parte, mas sim um fiscal da lei, um auxiliar do juiz.

Com isso, supõe-se que o representante do órgão acusador, se não tem a mesma imparcialidade do juiz, poderia equiparar-se à autoridade judicial no sentido de dele provir melhor entendimento sobre a aplicação da lei ao caso concreto. Esse pensamento não tem aprovação no âmbito do presente trabalho.⁷²⁷

Os pedidos defensivos, assim como os do órgão da acusação, vêm de parte que atua em prol de seus interesses. E os interesses se exercitam, no processo penal, seja pelo Estado acusador, seja pelo particular acusador, seja pelo próprio acusado. Não há como se pensar diferente, até porque o juiz não tem como seu auxiliar aquele cuja tarefa constitucional é desenvolver a acusação.

Os exemplos dessa crítica da segunda reflexão são os mais comuns e podem se estender desde a abertura de vistas ao Ministério Público em pedidos de revogação de prisão preventiva no curso da ação penal (o artigo 316 do Código de Processo Penal não prevê a necessidade de o juiz ouvir a acusação antes de decidir o pedido defensivo), até os pedidos de indicação de prova testemunhal feitos pela defesa no momento em que respondeu à acusação (da mesma forma, o artigo 396-A do Código de Processo Penal não prevê nova oitiva do representante da acusação sobre a conveniência de serem ouvidas as testemunhas defensivas; e dali tampouco se extrai o dever defensivo de indicar antecipadamente a pertinência de se ouvirem as testemunhas arroladas).

---

⁷²⁷ Bem a propósito, João Pedro Chaves Valladares Pádua: “A vingar este argumento, então, como agora parece óbvio, toda a atividade probatória – e processual em geral – da defesa merece uma espécie de presunção de descrédito, já que a ela, ao contrário dos outros atores do processo, cabe proteger interesse privado. E isso, para o que aqui particularmente interessa, se traduz no fato de que, ao contrário do julgador ou do Ministério Público, a defesa não tem *nenhum poder* que a auxilie na sua tarefa de coligar elementos para subsidiar e mesmo constituir a sua atividade probatória – afinal, ela é uma parte ‘privada’, ‘interessada’” (Poder de requisição para a defesa no processo penal..., cit., p. 13).

Observada a necessidade de se garantir a maior isonomia possível na fase judicial da persecução penal, não há como se tratar um dos lados da disputa com maior rigor do que o outro, ou como se merecesse maior crédito em razão de representar interesse *público* ou *privado*.

A *parte*, em qualquer processo, pelo fato de se comportar como interessada na defesa dos interesses que representa, deve ter sempre o mesmo respeito e o mesmo crédito atribuídos à parte oponente. Seja a defesa de interesse público, social, individual ou coletivo, o interesse defendido é o interesse de uma parte processual. Nada mais do que isso, seja em processo civil, seja em processo penal.

Não há isenção nem da defesa e nem da acusação no processo penal, pois ambas defendem seus interesses, mesmo que o interesse defensivo seja, concretamente, individual e o acusatório, abstratamente, público. Não se admite predisposição a qualquer dos lados na instrução criminal, sob pena de, inclusive, a autoridade judicial perder sua imparcialidade, que é o primeiro atributo do julgador.

Não há, no processo penal, *melhor* ou *pior*; nem quem defenda interesse mais ou menos digno de atenção do magistrado. O que existem são interesses contrapostos que merecem a mesma atenção e, por isso mesmo, dispensam sempre a mesma consideração do julgador. Em não se observando isso, haverá situação desvantajosa a um dos lados, ferindo-se, assim, a paridade de armas.

Apresentadas tais ponderações, que devem ser observadas em todos os pedidos feitos em juízo, sejam eles da acusação ou da defesa,⁷²⁸ analisam-se momentos capitais em

---

⁷²⁸ Para se privilegiar o contraditório inato ao processo, deve-se, sempre que possível, resguardar a manifestação defensiva sobre os pedidos provindos da acusação antes de sobre eles decidir, pois o contraditório é uma via de *mão dupla* e não de *mão única*. A propósito de tal *via de mão dupla*, bom exemplo do cuidado que os pedidos das partes merecem é a disciplina do desaforamento, nos termos do artigo 427 do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela Lei nº 11.698/2008. Antes da alteração legislativa, o então vigente artigo 424 do Código de Processo Penal previa – proviesse o pedido de qualquer das partes – o parecer do Procurador-Geral de Justiça (a propósito, inclusive, valia a Súmula nº 712, do STF, sobre caso de desaforamento pedido pela acusação, quando se impunha a oitiva da defesa). Agora, diante da não repetição da exigência, a situação que existe é a seguinte: ao pedido formulado pela acusação em regra não se segue a oitiva da defesa, e vice-versa; finalmente, se a medida for decretada *ex officio*, nenhuma outra parte é ouvida. Essa primeira intelecção que se pode extrair do novo dispositivo não favorece, contudo, o tratamento isonômico das partes, principalmente porque a falta de diálogo acerca dos pedidos de desaforamento poderá enfraquecer ora a acusação, ora a defesa. Por isso – e daí a *via de mão dupla* – parece ser acertado o entendimento de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró: “Melhor será que se continue a respeitar o contraditório, com possibilidade de que cada parte se manifeste sobre o pedido da outra, ou que ambas sejam ouvidas, quando a medida decorrer de representação do juiz” (Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116).

que o princípio deve ser observado, quais sejam: o de medidas cautelares no processo penal e o da produção da prova em audiência.

6.3.3.2. Paridade de armas em pedidos de medidas cautelares pessoais

Em matéria de medidas cautelares pessoais, com o advento da Lei Federal nº 12.403/2011, passou-se a verificar a incidência do princípio da paridade de armas. Aquela lei atribuiu nova redação ao artigo 282 do Código de Processo Penal para que nele passasse a constar o seguinte: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo” (§ 3º).

Aí se vê a colocação da matéria de imposição de medidas cautelares – desde as menos invasivas até, *ultima ratio*, a de prisão preventiva (arts. 319 e 320, CPP) – dependentes de manifestações das duas partes do processo penal. É particularmente importante a novidade legislativa porque, inexistindo demanda contraposta no processo penal guiado por ação penal de iniciativa pública (não há reconvenção), a nova previsão, mais do que implementar o contraditório, determina que a defesa passe a ter a possibilidade de convencer o magistrado de que suas razões são melhores do que aquelas apresentadas por quem tenha formulado o pedido de imposição de qualquer medida cautelar.⁷²⁹

Para que se observe o princípio da paridade de armas em matéria de imposição de medidas cautelares, contudo, é preciso que se atente a duas advertências.

A primeira refere-se à análise judicial de “urgência e perigo da ineficácia da medida”, pois, uma vez que se trata de medida cautelar, poderá surgir a interpretação segundo a qual só por ser *cautelar* o pedido da medida, justificada estaria a não abertura de manifestação à parte interessada em contrariar os argumentos ali expostos.⁷³⁰ Tal modo de

---

⁷²⁹ Metodologicamente se preferiu tratar das medidas cautelares neste subitem do trabalho (na parte sobre a instrução processual, e não sobre a investigação) porque a sistemática seguida pelo Código liga as medidas, em regra, a pedidos das partes, e *parte* existe quando iniciada a ação penal, ainda que prodromicamente se manifeste em investigação preliminar. A razão, pois, foi dupla: evitar duplicação da abordagem (ora na investigação, ora na instrução) e preferir comodidade na exposição (prevalentemente o Código, aqui, fala em *partes*, e a isso se seguiu, na sequência do processo penal, a abordagem neste momento).

⁷³⁰ Parece ser dessa opinião Guilherme de Souza Nucci quando afirma que “a tendência, no âmbito das medidas cautelares, será a prevalência dos casos de urgência ou de perigo na demora (*periculum in mora*), justificando a decretação *sem prévia oitiva* do indiciado ou réu. Afinal, muitas das medidas substituem a

pensar contraria o novo sistema de medidas cautelares na medida em que, justamente por haver leque de medidas que vão das *menos* às *mais* invasivas em matéria de restrição à liberdade, desconsidera que sua fungibilidade só é alcançada se a parte sobre quem cada uma recairá manifestar-se sobre idoneidade e necessidade de cada uma delas.⁷³¹

Exemplificativamente: um pedido de recolhimento domiciliar noturno (art. 319, V, CPP) pode ser facilmente substituído por uma medida de proibição de ausência da Comarca (art. 319, IV, CPP), a depender de comprovação, por parte do destinatário da medida, de que esta se enquadra melhor na hipótese de conveniência à instrução em razão, por exemplo, de turno noturno de trabalho. Sobre essa primeira advertência, pode-se dizer: não é porque a medida é *cautelar* que ela deve ser decidida sem que sejam ouvidos os argumentos da parte contrária.⁷³²

E isso leva à segunda advertência, qual seja, a de que não é porque a ação penal é majoritariamente movida por órgão oficial que o pedido formulado (agora cautelar) deva ser sopesado com vantagem em relação àquele que de alguma forma lhe contrarie.

Já se disse e aqui se insiste: em matéria de medida cautelar, não se atinge a paridade de armas a partir da proveniência do pedido, mas sim a partir dos argumentos que nele se leem. E o pedido de imposição de medida cautelar mais não é do que uma parte do pedido principal, provindo de quem tem legitimidade e interesse para tanto. Assim, a lógica do

prisão, razão pela qual carregam consigo o mesmo caráter de indispensabilidade” (*Prisão e liberdade*: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31).

⁷³¹ E ainda, por outra perspectiva, minimiza a aplicação de normas básicas do devido processo legal. A propósito, Antonio Magalhães Gomes Filho tem importante advertência, feita não no plano da situação cautelar, mas no da técnica da cognição: “A sumariedade ou superficialidade da cognição realizada para que o juiz emita o provimento cautelar, não afasta a indeclinável observância das garantias do *devido processo legal*, que a Constituição assegura a quem esteja diante da possibilidade de sofrer uma restrição de direitos, especialmente quando se trata da liberdade pessoal (art. 5º, LIV, da CF/1988). [...] No Estado democrático não se pode conceber uma decisão judicial em que não se levem em conta as razões dos interessados no provimento” (Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal*: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45). André Nicolitt adverte que, conquanto em matéria de prisão preventiva o contraditório passará a ser diferido, o leque de tantas outras medidas cautelares, distintas da prisão, justifica o contraditório prévio à decretação de medidas cautelares pessoais (*Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 33).

⁷³² A esse respeito, Aury Lopes Júnior ressalta: “Ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema cautelar brasileiro, o contraditório é muito importante e perfeitamente compatível com algumas situações de tutela cautelar” (*O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas* (Atualizado): Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.). O autor entende que o campo mais propício ao contraditório prévio à decretação das medidas é o da substituição, da cumulação ou da revogação de medidas cautelares. Por sua sorte, as hipóteses de prisão preventiva em que haja perigo de fuga seriam o campo propício ao contraditório não prévio, mas posterior à decretação da medida (p. 15-16). De opinião semelhante é Luiz Flávio Gomes (*Prisão e medidas cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-72).

interesse faz com que não se pressuponha maior idoneidade a um pedido (cautelar ou principal) pelo fato de ele advir dessa ou daquela parte no processo penal.

As partes são, ambas, igualmente interessadas. E o pedido de imposição de medida cautelar é apenas e simplesmente uma parte, uma fatia (cautelar) do pedido principal.

Assim, se mesmo que houvesse cuidado na apreciação dos pedidos à luz dos critérios de urgência e perigo de ineficácia das medidas (como visto acima) a autoridade judicial tomasse o pedido vindo do Ministério Público (em investigação ou em ação penal – art. 282, § 2º, CPP) como dotado de apriorística plausibilidade sem atribuir o contrapeso necessário aos argumentos defensivos, não haveria obediência ao sistema vigente no Brasil com o advento da citada alteração legislativa.

A obediência à paridade de armas, em matéria de medidas cautelares, depende da igual consideração que se dê ao argumento defensivo quando cotejada com a atenção que se endereça ao pedido de imposição de medida cautelar. E isso se justifica não só para eventualmente decidir não decretar a medida pedida, mas para decidir, se for o caso, pela imposição de outra(s) mais atenta(s) aos cânones do direito positivo de *necessidade, adequação e condições pessoais* do destinatário (art. 282, I e II, CPP).

6.3.3.3. A distribuição de espaços nas salas de audiência

Além da igualdade de consideração que as partes merecem no momento de apreciação de seus pedidos, nas audiências penais a observância do princípio da paridade de armas é ainda mais visível.⁷³³

Os atos realizados em audiências penais são, inclusive para o público externo à ritualidade processual, a forma pela qual a justiça criminal acontece. Por essa razão, especificamente quanto à arquitetura das salas de audiência, importa lembrar que, como dito em 1991 em julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “*justice must not only be done; it must be seen to be done*”.⁷³⁴ Assim, mesmo que a distribuição espacial das salas de audiência não seja o principal e nem o único aspecto da paridade de armas no processo penal, ela deve refletir o papel desenvolvido pelas partes.

Como no Brasil a questão ainda é pouco debatida, aqui primeiro se lembra a lição de direito processual penal comparado e depois se cuida de situações já enfrentadas. Com

---

⁷³³ Já nos manifestamos a respeito: VIEIRA, Renato Stanzola. Os lugares nas salas de audiência penal. *Valor Econômico*, 14 dez. 2011.

⁷³⁴ *Borgers v. Austria*, Application nº 12.005/86, julgado em 30 de outubro de 1991.

isso se chega ao ponto fulcral da questão, que é o tratamento dado ao acusador e ao acusado na sala de audiência.

No cenário de direito comparado, em sua Norma de Atuação, Coordenação e Transição (Decreto Legislativo nº 271, de 28 de julho de 1989), que seguiu o novo Código de Processo Penal de 1988, a Itália dá exemplo de disposição pertinente à matéria. Ali, no artigo 146, dispôs-se expressamente que:

Nas salas de audiências de julgamento, os bancos reservados para o ministério público e para os defensores estão colocados no mesmo nível e de frente ao órgão julgador. As partes privadas se sentam ao lado dos próprios defensores, salvo se houver exigência de cautela. A cadeira destinada às testemunhas é colocada de forma a que tais pessoas sejam visíveis pelo juiz e pelas partes.⁷³⁵

Em Portugal, Eduardo Maia Costa, Juiz do Supremo Tribunal de Justiça, ponderou que o princípio da “igualdade de armas” tem um papel central. Para o autor, é impositivo que haja uma “nova sala de audiências”. Disse aquele magistrado que:

As partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se no mesmo plano. Donde, inquestionavelmente, o ministério público não pode conservar o plano proeminente que sempre foi o de órgão de justiça, que lhe impõe sempre um dever de imparcialidade e objectividade idêntico ao do juiz, ele é aí sobretudo uma das partes em litígio, aquela que formulou a acusação, a qual, é certo, não é obrigado a defender na alegação final, mas que tem o dever funcional de explorar em todas as suas virtualidades em ordem ao seu sucesso. Em síntese, os princípios do acusatório e da igualdade das partes impõem uma estrita igualdade de direitos na audiência entre acusação e defesa, e consequentemente um posicionamento igual na cena judiciária.⁷³⁶

Se, como já visto, o conceito de paridade de armas no processo penal demanda que às partes se distribuam iguais oportunidades de apresentarem seus argumentos de forma a que nenhum dos lados fique em situação desvantajosa perante o juiz, faz-se necessária a

---

⁷³⁵ Tradução livre de: “Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all’organo giudicante. Le parti private siedono a fianco dei propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti” (Art. 146 da norma de atuação do novo Código de Processo Penal italiano). A propósito, Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, em atenção a essa norma, lembram a tramitação havida durante o processo legislativo que redundou nessa redação da norma de atuação (*Norme di attuazioni di coordinamento e transitorie del nuovo Codice di Procedura Penale*: annotate con le relazioni e con i lavori preparatori. Milão: Giuffrè, 1990, p. 147).

⁷³⁶ COSTA, Eduardo Maia. Para a democratização da sala de audiências. In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (Coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*: homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 359.

readequação espacial do formato das salas de audiência no direito processual penal brasileiro.

Aqui, contudo, são poucos os exemplos da mudança, sendo certo que, se no plano do direito positivo não se nota qualquer exigência nesse sentido, é oportuno traçar primeiro o cenário atual do problema para depois, e a partir de um antigo precedente do Supremo Tribunal Federal, atingir seu cerne.

Atualmente se tem conhecimento que o Instituto Lia Pires, sediado em Porto Alegre, produziu estudo sobre a distribuição espacial de lugares à acusação e à defesa, sobretudo em julgamentos a serem proferidos por Tribunal do Júri. De acordo com aquele estudo,⁷³⁷ “não há razão de ordem jurídica, política ou institucional para evitar que a Defesa esteja na mesma posição que o Ministério Público diante dos jurados e da comunidade. Pelo contrário, o processo penal democrático garante a igualdade entre as partes”.

No mesmo sentido, há decisão proferida pela 1ª Vara Criminal e do Juizado Especial Criminal do Foro Regional de Restinga (Porto Alegre) em procedimento administrativo movido pela Defensoria Pública que, incidentalmente, tomou por inconstitucionais as previsões legais que outorgam aos representantes do Ministério Público a prerrogativa de se sentarem à direita e no mesmo plano dos magistrados, distinguindo-se, com isso, da posição de assentos dos defensores públicos.⁷³⁸

Em São Paulo, um juiz federal atuante em Vara Criminal daquela Seção Judiciária aforou Reclamação no STF sob o argumento de que decisão concessiva de Mandado de Segurança pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região tratou de matéria que diz respeito a toda a Magistratura Nacional, especificamente no que tange à repartição de espaços em salas de audiência.⁷³⁹

A questão ali exposta tem a ver com o disposto na Portaria nº 41, de 1º de dezembro de 2010, que determinou “a adequação da sala de audiências” para que se

⁷³⁷ Na pesquisa desenvolvida pelo referido Instituto, noticiou-se julgamento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Mandado de Segurança nº 35/2004, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. Eduardo Mayr, 03.11.2004).

⁷³⁸ Procedimento administrativo nº 02/2011, decidido pelo Juiz de Direito Mauro Caum Gonçalves em 19 de junho de 2011. Na fundamentação daquela decisão, colheu-se entendimento, que se sustenta neste trabalho, de que o Ministério Público, em ação penal, é parte e não fiscal da lei.

⁷³⁹ Reclamação n. 12.011, sob a relatoria da Min. Carmen Lúcia. Na tal ação constitucional, foram admitidos como *amici curiae* o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais e a Defensoria Pública da União. Na ADIn 3.962, a Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA) também questiona a distribuição espacial nas salas de audiência. Como a Ministra Carmen Lúcia entendeu que aquela entidade não teria legitimidade ativa para propor a demanda objetiva, monocraticamente indeferiu o pedido. O feito se encontra em fase de agravo de instrumento.

retirasse o “tablado sob a mesa e assento reservados ao juiz federal, de modo que todos os presentes fiquem no mesmo plano”. Por aquela Portaria ainda se determinou que fosse providenciado

lugar na sala de audiências ao digno representante do Ministério Público Federal, imediatamente do lado direito do juiz, no primeiro assento, seguindo-se do mesmo lado com os assentos dos dignos Defensores Públicos Federais, advogados constituídos, dativos e “ad hoc”.⁷⁴⁰

Dentre os consideranda da Portaria, extraem-se “o princípio processual constitucional da isonomia ou paridade de armas entre as partes, bem assim a necessária eqüidistância e imparcialidade material e formal do juiz”.

Depois, em 13 de abril de 2012, o Conselho Nacional de Justiça também se defrontou com a matéria. Ali, conquanto tenham sido feitas considerações teóricas importantes para o deslinde do tema, o procedimento foi extinto sem apreciação de seu mérito em razão de pender decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, ao entendimento do Conselheiro relator, impediria que houvesse manifestação definitiva do Conselho.⁷⁴¹

No âmbito do processo legislativo do Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados (PL nº 8.045/2010), o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) sugeriu emenda modificativa, no capítulo específico do procedimento do Tribunal do Júri, de forma a que, no julgamento popular, o Ministério Público tenha “assento em posição de igualdade e eqüidistância com o defensor, em relação ao juiz presidente”, e que o acusado o tenha “ao lado de seu defensor”.⁷⁴²

As mais recentes provocações de que se tem notícia sobre o tema são a da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.768, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos

---

⁷⁴⁰ Portaria nº 41/2010, itens I e II.

⁷⁴¹ Consulta 0000422-19.2011.2.00.0000, Relatoria do Conselheiro Marcelo Nobre, decisão de 13.04.2012. O questionamento no STF que impediu que o CNJ se manifestasse sobre o tema é o da Reclamação nº 12.011.

⁷⁴² Como justificativa da Emenda Modificativa nº 102, o IBDP entendeu que: “Se o projeto se preocupa com o aspecto cênico do Tribunal do Júri, o que é relevante, realmente é importante que o acusado não fique em posição inferiorizada, sentado no banco dos réus, abaixo de seu defensor, o que inclusive prejudica a interação entre defesa técnica e auto defesa. Mas não é suficiente, é necessário assegurar que a defesa e a acusação posicionem-se em relação de igualdade e eqüidistância em relação ao juiz presidente. Com isso, evita-se influência de que o Ministério Público estaria ao lado do juiz”. Há projeto de Lei Complementar (PLP nº 179/2012) que confere nova redação ao artigo 18, I, ‘a’, da Lei Complementar nº 75/93. Pelo aludido projeto de lei, sempre que representantes do Ministério Público da União se apresentarem “como partes no processo”, não terão a prerrogativa de assento à direita e no mesmo plano das autoridades judiciárias. Como justificativa do aludido projeto, pode-se ler que há “inúmeras manifestações e críticas quanto à disparidade hoje praticada pelos juízes de primeira instância no que tange ao tratamento igualitário e imparcial entre acusação e defesa, mormente quando se trata do local em que as partes deverão se sentar, parecendo que há certa supremacia do membro do ‘*parquet*’ sobre a outra parte”.

Advogados do Brasil⁷⁴³ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.896, proposta pela mesma entidade, essa última sob relatoria da Ministra Rosa Weber.

Todas essas manifestações esparsas têm como ponto central a distribuição dos espaços físicos às partes em salas de audiência. Todas elas impugnam, com fundamentos variados, o artigo 18, I, “a”, da Lei Complementar nº 75/93 – que prevê aos membros do Ministério Público da União a prerrogativa de se sentarem “no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem”⁷⁴⁴ – e o artigo 41, inciso XI, da Lei Federal nº 8.625/93.⁷⁴⁵ Tais dispositivos não escondem a proximidade (simbólica, inclusive) entre julgador e parte.

A propósito, em julgamento de 17 de maio de 1994, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal pôde decidir, quando se defrontou com a questão a partir da dicção do artigo 18, I, “a”, da Lei Complementar nº 75/93 em face do artigo 400 do Código de Processo Penal Militar,⁷⁴⁶ que o Ministério Público oficiante perante a Justiça Militar é parte e, por isso mesmo, não lhe poderia ser dispensado assento no tablado, na mesma bancada da junta militar.

Naquele precedente, sustentou-se, entre outras premissas, aquela segundo a qual o tratamento igualitário às partes é inerente ao devido processo legal. Daí ser “inegável que o Ministério Público da União junto à Justiça Militar atua como tal, haja vista para a titularidade da ação penal”.

Ali, ainda disseram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que o artigo 18, I, “a”, da Lei Complementar nº 75/93 “não pode ser potencializado a ponto de mesclar juízes

⁷⁴³ A ADIn se sucedeu a estudo interno, no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o que se vê do Protocolo nº 02038/2011. Na ADIn, sob a relatoria da Min. Carmen Lúcia, foi admitida como *amicus curiae* a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), e pleiteou seu ingresso como *amicus* o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

⁷⁴⁴ Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

⁷⁴⁵ Lei Orgânica do Ministério Público, art. 41: “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] XI – tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. A prerrogativa de se sentar ao lado direito do juiz em salas de audiência não esconde uma valoração na escolha do lugar. Conhece-se, em países de maioria católica, como é o caso do Brasil, a oração do *credo*, segundo o qual Jesus Cristo “está sentado à direita de Deus Pai todo-poderoso”.

⁷⁴⁶ Decreto-Lei nº 1.002/69, art. 400: “Tendo à sua direita o auditor, à sua esquerda o oficial de posto mais elevado ou mais antigo e, nos outros lugares, alternadamente, os demais juízes, conforme os seus postos ou antigüidade, ficando o escrivão em mesa próxima ao auditor e o procurador em mesa que lhe é reservada – o presidente, na primeira reunião do Conselho de Justiça, prestará em voz alta, de pé, descoberto, o seguinte compromisso: ‘Prometo apreciar com imparcial atenção os fatos que me forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos’. Esse compromisso será também prestado pelos demais juízes, sob a fórmula: ‘Assim o prometo’”.

e partes”, não sendo possível descurar, portanto, que “membros do Ministério Público e advogados estão em igualdade de situação”.⁷⁴⁷

Aquele aludido recurso em mandado de segurança foi aparelhado, inclusive, com parecer da Professora Ada Pellegrini Grinover. E a autora, conquanto tenha se mantido fiel ao entendimento de que seriam sinônimas a *paridade de armas* e a *par condicio*, retomou considerações teóricas sobre o papel das partes no processo penal e sobre a própria importância do cumprimento da paridade de armas na audiência penal.

Pelo primeiro prisma, ela asseriu ser necessário que “as partes representem interesses opostos com relação à definição e à qualificação do fato a ser declarado. A parcialidade das partes é essencial à função jurisdicional no momento da análise, assim como no momento da síntese é-lhe necessária a imparcialidade do juiz”.⁷⁴⁸

Ainda nessa perspectiva, disse Ada Pellegrini Grinover:

ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade concreta de, em igualdade de condições, exercerem os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos em interesses. Em igualdade de condições, conforme se disse.⁷⁴⁹

Sobre a segunda perspectiva, a da igualdade de armas, a autora entendeu

por *par condicio* ou paridade de armas, o princípio de equilíbrio das situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos ofícios da acusação e da defesa. E, como já escrevi, o equilíbrio das situações é que garante a verdadeira contraposição dialética das partes. Eis assim o contraditório identificar-se com a *par condicio*, e não com a igualdade formal, saindo, ele também, do plano estático para se inserir no dinâmico.⁷⁵⁰

O parecer, além de reprovar a “postura corporativa que quer reivindicar para os operadores jurídicos de determinada categoria uma posição de privilégio com relação à

---

⁷⁴⁷ RMS 21.884, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.11.94.

⁷⁴⁸ Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 313.

⁷⁴⁹ Igualdade de partes e paridade de armas, cit., p. 314.

⁷⁵⁰ Igualdade de partes e paridade de armas, cit., p. 315.

outra”, e criticar as então percebidas “ vaidades corporativas”,⁷⁵¹ Ada Grinover vaticinou algo que hoje está na ordem do dia.

É que a autora, ainda em 1993, imaginou a seguinte situação: “E amanhã a Lei Complementar da Defensoria Pública poderá prescrever a mesma prerrogativa, em benefício dos integrantes da carreira”.⁷⁵² Dito e feito.

A Lei Complementar nº 80/94, com a alteração da Lei Complementar nº 132/2009, que organiza a Defensoria Pública da União, prevê, em seu artigo 4º, § 7º, que aos “membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público”.⁷⁵³

A discussão acerca da configuração arquitetônica das salas de audiência⁷⁵⁴ apenas reflete a essência da questão, ou seja, é a aparência da raiz do problema. O cerne da questão é a congruência entre a disposição espacial e o tratamento igualitário que se deve dispensar às partes. Daí porque se entender ser conveniente a repartição espacial das salas de audiência de forma a que se respeite – inclusive simbolicamente – a igualdade de tratamento que merecem o acusador e o acusado, juntamente a seu defensor.

Em casos em que se prevê a proximidade entre Ministério Público e juiz (seja no mesmo tablado, seja em altura distinta, mas guardada a prerrogativa de *se sentar à direita* do juiz), a repartição espacial ainda hoje prevalecente no Brasil ofende a paridade de armas. Tal repartição significa a potencialidade de o acusador ser visto, pelo réu e seu defensor, como mais próximo do que eles ao juiz, e de, externamente, o titular da ação penal ser confundido com o juiz ou com algum auxiliar seu, até mesmo um auxiliar do órgão imparcial.

---

⁷⁵¹ Igualdade de partes e paridade de armas, cit., p. 317-318.

⁷⁵² Igualdade de partes e paridade de armas, cit., p. 317.

⁷⁵³ O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63) tinha como previsão de um dos direitos do advogado o de “tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância, falar sentado ou em pé, em juízos e Tribunais, e requerer pela ordem de Antigüidade” (art. 89, XIII).

⁷⁵⁴ Isto é, a conhecida análise da distribuição arquitetônica em três modelos: a) o modelo atual, em que o Ministério Público se localiza ao lado do magistrado, em patamar mais alto que as demais cadeiras da sala de audiência; b) O modelo em “T”, em que o magistrado ocupa a parte superior do “T”, juntamente com o secretário/escrevente da sala de audiência, no mesmo patamar que as demais cadeiras da sala, enquanto o Ministério Público e a Defesa sentam-se frente a frente; c) o modelo em “U”, em que o magistrado ocupa a parte central do “U”, juntamente com o secretário/escrevente da sala de audiência, o réu ou testemunha senta-se de frente para o magistrado, do lado de dentro do “U”, enquanto Ministério Público e Defesa se alinham frente a frente nas duas faces externas, em oposição e igualdade (como discriminado pelo Conselheiro Marcelo Nobre, do CNJ, na Consulta 0000422 –19.2011.2.00.0000). Nas salas de audiência da justiça criminal estadual da capital do Estado de São Paulo, por exemplo, prevalece a repartição das salas no modelo em “T”, que parece ser razoável.

Nenhuma dessas situações deve ser prestigiada, até porque, sob qualquer prisma, a proximidade física entre acusador e julgador é indicativa de que os argumentos acusatórios podem ser mais bem recebidos do que os do advogado e do acusado.

Além disso, a distribuição espacial em salas de audiência atualmente preponderante no processo penal brasileiro fere a paridade de armas porque potencializa a desvantagem do acusado perante o acusador em circunstância na qual a oralidade dos argumentos impõe que a ambos seja dado rigorosamente o mesmo tratamento.

6.4. Paridade de armas em situações recursais e ações de impugnação

Em situações recursais e em ações autônomas de impugnação, a incidência do princípio da paridade de armas se apresenta como tema de debates tão importantes quanto pouco aprofundados na academia e nos tribunais.

A respeito do primeiro grupo (recursos), vale notar a consequência lógica que se deve respeitar no tratamento conferido ao órgão acusador. Afinal, recurso é um “mero prolongamento da relação processual já existente”, isto é, nele não se dá uma “nova relação processual”.⁷⁵⁵

Quanto às ações autônomas de impugnação, que por sua vez dão vida “a uma diversa relação jurídica processual”,⁷⁵⁶ os contornos da incidência da paridade de armas,

---

⁷⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, cit., p. 27; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 594; NICOLITT, Andre. *Manual de processo penal*, cit., p. 548. Conquanto os autores tratem de *relação processual*, a lição da continuidade da situação jurídica (e não relação processual) é aproveitada. A propósito disso, Aury Lopes Júnior trata de *situação processual recursal* (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1201).

⁷⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, cit., p. 27; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 594; NICOLITT, André. *Manual de processo penal*, cit., p. 548. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, a reclamação é “um simples procedimento de natureza disciplinar e correicional, cujo objetivo é salvaguardar a competência ou a autoridade das decisões dos tribunais” (*Recursos no processo penal*, cit., p. 344). Não é nem ação (não inaugura nova situação processual), nem recurso (não é uma continuidade da preexistente), mas exercício do direito de petição. Ainda assim se nota o bifrontismo aqui criticado, pois do dispositivo dos artigos 13 e 16 da Lei nº 8.038/90 (que disciplina o instituto da reclamação no STF e no STJ), prevê-se que o Ministério Público atua, alternativamente, ora como possível legitimado, ora – se não tiver subscrito da reclamação – como *custos legis*. Não se concorda, neste texto, com a duplicidade de atuação do mesmo órgão. Particularmente no que se refere à reclamação, tampouco se concorda com a atribuição de *custos legis* ao Ministério Público, pois, não tendo natureza de ação nem de recurso, mas sim de mera “garantia especial” (p. 337) para fazer cumprir decisão judicial já dada, nem incide, no procedimento por ela instituído, contraditório (p. 337 e 344). A interveniência do Ministério Público diante disso, não decorrendo de manifestação a título de parte, sequer é necessária.

conquanto não sistematicamente decorrentes da situação processual já instaurada, nem por isso são menos importantes.

Antes de se tratar de exemplos que antagonizam os interesses do acusado e do acusador no processo penal nas situações recursais e em ações de impugnação, cabe abordar um aspecto que permeia a sistemática dos recursos: a desigualdade de armas no plano estático. Isso se percebe pela reflexão sobre o chamado recurso *ex officio* (arts. 574 e 746, CPP).⁷⁵⁷

Se do prisma da teoria recursal se pode controverter sobre a origem do recurso necessário⁷⁵⁸ e até mesmo sobre sua recepção no cenário processual penal brasileiro pós 1988, por se tratar de um prolongamento do direito de ação,⁷⁵⁹ o fato é que, sendo ele ainda existente no direito processual penal brasileiro, prevalece entendimento de que seria mera *condição de eficácia da decisão*.

De toda forma, nos estreitos limites deste trabalho, firma-se o entendimento de que a previsão de tais recursos necessários – ou, caso se prefira, *condições de eficácia das decisões* – ofende a paridade de armas. Isso porque, sem que haja concretamente a oposição entre acusado e acusador (daí o plano da análise ser aqui eminentemente estático), estabelece-se uma nítida posição de desvantagem do acusado perante o acusador.

Afinal, toda e qualquer situação de recursos *ex officio* no processo penal brasileiro decorre de decisão judicial que tenha favorecido o acusado, isto é: imagina-se a tal condição de eficácia da decisão somente a partir de uma confirmação por órgão superior. Tal entrave à eficácia da decisão favorável ao acusado, evidentemente, torna sua situação em todo e qualquer caso (mesmo que o acusador não tome qualquer providência) desvantajosa perante quem o tiver acusado.

---

⁷⁵⁷ Na primeira hipótese, há recurso necessário ou recurso *ex officio* “I - da sentença que conceder habeas corpus; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411”; na segunda, “da decisão que conceder reabilitação”.

⁷⁵⁸ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes veem a justificativa do recurso necessário do artigo 574, I, CPP, na exposição de motivos do Código (item XV). Segundo os autores, tal condição de eficácia existiria na época para evitar que eventuais concessões de *habeas corpus* ficassem sem controle posterior. Contudo, reconhecem eles que, “diante da necessária intimação da sentença ao MP, a previsão perdeu o sentido” (*Recursos no processo penal*, cit., p. 303). Tourinho Filho noticia fundamentação diversa para os recursos necessários no processo penal brasileiro. Segundo ele, “a ideia veio com o direito lusitano” (*Processo penal*. v. 4, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 424-425).

⁷⁵⁹ Para André Nicolitt, a tese da condição de eficácia da decisão é uma “maneira falaciosa de dizer a mesma coisa de outra maneira, sem contudo, conseguir ocultar o fato de que o órgão de segundo grau acaba por prestar jurisdição sem ter sido provocado pelas partes” (*Manual de processo penal*, cit., p. 551). A tese, segundo ele, é inclusive um *sofisma*, e o tal recurso de ofício é inconstitucional.

Do ponto de vista do enfoque da paridade de armas, portanto, não há como se disfarçar que a previsão de recursos de ofício no cenário processual penal brasileiro patrocina desigualdade entre as partes sem justificativa constitucional.

Prosseguindo, aqui se considera o aspecto da obediência à igualdade de armas em manifestações orais e escritas da defesa e da acusação. Para ambos os casos, vale a *apresentação do caso*, como já tratado anteriormente perante o Tribunal.

As situações de incidência da paridade de armas aqui em pauta são seguintes: pareceres e sustentações orais, com abordagens particulares acerca do *habeas corpus* e da revisão criminal.⁷⁶⁰

6.4.1. Parecer do Ministério Público

Como inexistente previsão legal ou regimental de parecer escrito por parte do acusado no processo penal (até porque, quando o acusado se manifesta, ele o faz na defesa de seus próprios interesses), ao se iniciar o tratamento da incidência do princípio da paridade de armas no âmbito recursal, o ponto de partida (e também de chegada, dada a incidência majoritária de ações penais de iniciativa pública) é cuidar da atuação do Ministério Público.

Não só pelo que já se disse (inexistência de parecer do acusado), mas também pela essencialidade da instituição que é o Ministério Público (art. 127, CF), sempre que se nota sua interveniência em recursos ou em ações de impugnação a título de parecer, parte-se da premissa de que a manifestação decorre de atuação como *fiscal da lei*.

6.4.1.1. Parecer em recursos decorrentes de ação penal de iniciativa pública

Nas situações recursais, em que ocorre um prolongamento da situação jurídica debatida em grau inferior, a atuação do Ministério Público deve obedecer estritamente à oposição entre acusado e acusador, tal como fixado na demanda motivadora do recurso. Assim, se a ação penal motivadora do recurso é de iniciativa privativa do ofendido, a manifestação ministerial deverá ser, mesmo, a título de *custos legis*, pois nessa mesma situação atuava o representante do órgão no grau jurisdicional inferior.

---

⁷⁶⁰ Neste texto, as referências ao mandado de segurança (regido pela Lei Federal nº 12.016/2009) como ação de impugnação serão feitas na medida estritamente necessária e nos pontos em que merecer consideração em separado das feitas para o *habeas corpus*.

Isso, contudo, não acontece se a ação penal que deu ensejo à situação recursal é pública, tenha sido ela exercida por seu titular (Ministério Público), ou por seu sucessor eventual (o ofendido), pois a atuação do particular não desnatura a legitimidade do órgão acusatório oficial para, inclusive, retomar a causa penal.

Na hipótese de ação penal pública, a atuação do Ministério Público é decorrente da atividade de parte. Daí ser insustentável o argumento de que a atuação do representante do órgão – que é uno e indivisível – seja a de parte até a sentença recorrida, e depois, em razão da nova etapa processual, passe a ser isenta, isto é, amparada exclusivamente no desempenho do papel de *custos legis*.

Além do que já foi dito em capítulo anterior, agora se reforça o argumento: não há sentido em se prestigiar o entendimento dessa mudança de comportamento do órgão a depender da fase processual, tomando-o na fase recursal como uma *parte imparcial*. Nesse sentido, colhe-se de Aury Lopes Júnior lição segundo a qual “parte imparcial é um monstro de duas cabeças”.⁷⁶¹

Pela própria razão de existir o monopólio da acusação constitucionalmente imposto (art. 129, I, CF), não se sustenta o entendimento de que o Ministério Público pode variar seu modo de atuar no processo em razão de suas fases, notadamente se tiver ele exercido a titularidade do exercício da ação penal.⁷⁶² Como diz Aury Lopes Júnior,

no processo penal, o MP não é e nunca foi uma parte imparcial, até porque se é parte, jamais seria imparcial. A imparcialidade é atributo do juiz, pois ele não é parte. Além de ser um erro histórico, daqueles que não compreenderam ainda que o Ministério Público nasce, por exigência do sistema acusatório, para ser um contraditor natural do sujeito passivo, é também uma violência semântica, de um par que pretende ser ímpar ao mesmo tempo.⁷⁶³

Também não é possível, nas palavras do mesmo autor, concordar com o que se nomeou ser uma “híbrida e malformada posição de ‘parecerista’ em situação recursal”.

Admitir mudança de figurino processual a depender das fases (num momento é parte; em outro é *custos legis*) equivale metaforicamente a ver no representante do

---

⁷⁶¹ *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1200.

⁷⁶² Entendimento que se situa em sentido contrário é o de Sérgio Demoro Hamilton (O parecer criminal do Ministério Público perante os tribunais: ato essencial do Processo. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim*: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 553 e ss.).

⁷⁶³ *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1200.

Ministério Público um camaleão processual, cujas tonalidades mudariam conforme a etapa processual.

De acordo com o entendimento sufragado inclusive por membro do Ministério Público da União, com o qual aqui se concorda:

Temos que realmente o Ministério Público, nas ações penais públicas, é sempre autor (titular) da ação, independentemente da instância em que autuem seus órgãos, e essa condição (parte autora) permanece absolutamente inalterada pela circunstância de intervir em segunda instância um outro membro da instituição (Procurador Regional, Procurador de Justiça etc.). Além disso, a função constitucional de ambos os representantes é rigorosamente a mesma: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), não importando a que título intervenha. Afinal, o Procurador-Geral da República, os Sub-Procuradores Gerais da República, os Procuradores Regionais e Procuradores da República são o próprio Ministério Público, e não instituições distintas.

Não é preciso dizer que, independentemente da distinção entre autor e fiscal, o órgão do Ministério Público poderá sempre pleitear a condenação ou a absolvição, rever posicionamentos próprios ou alheios, recorrer etc., uma vez que aqueles que o representam não são órgãos da acusação, mas órgãos legitimados para acusar; afinal, há muito está superada a figura do Procurador/Promotor implacável que persegue condenações a qualquer custo e que contabiliza as absolvições como derrotas e as condenações como vitórias.

O mais importante reside, porém, no seguinte: a distinção entre autor e fiscal da lei, apesar de tradicional e recorrente, é infundada, porque pressupõe dualidade onde existe ou deve existir unidade. Com efeito, por ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 127), sua missão constitucional, em todos os processos em que intervém, é sempre a mesma, independentemente de quem a represente (Promotor, Procurador etc.) e da entidade ou grau de jurisdição (juízo, tribunal, conselhos etc.) em que atue. Além disso, por ser a instituição una/indivisível, não parece razoável que possa se fazer representar, autonomamente, por mais de um membro num só e mesmo processo, não raro para repisar os mesmos argumentos. Aliás, exatamente por isso, ninguém propõe que, na primeira instância ou nas ações penais originárias, atuem dois Promotores/Procuradores, um como autor da ação penal, outro como fiscal da lei.⁷⁶⁴

A desconsideração da atuação do Ministério Público como parte nas situações recursais decorrentes de ações penais de iniciativa pública (tenha ou não o titular se desincumbido de seu exercício) tem sérias consequências para a paridade de armas no

---

⁷⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 75, jul. 2007, p. 16-17 (também disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/sobre-a-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau/print/>>. Acesso em: 5 out. 2012).

processo penal brasileiro.⁷⁶⁵ Isso porque, em situações recursais nas quais se deve observar a dialeticidade,⁷⁶⁶ o representante do mesmo órgão terá apresentado a causa já pela primeira vez ao órgão julgante *a quo*. Depois, novo representante (muda a pessoa, mas não a instituição), a título de *parecer*, ofertará entendimento provindo ainda do ente que encarna a titularidade indelegável do exercício da ação penal pública.

Há normas regimentais que espelham essa violação à paridade de armas. Exemplificativamente, no âmbito do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria-Geral da República tem vistas abertas, em casos de recursos de *habeas corpus*, pelo prazo de dois dias (arts. 52, VIII, c.c. 311). Além disso, em qualquer hipótese de recursos criminais, ela também tem vistas abertas para atuar como *custos legis* (art. 52, XIII) e o prazo para manifestação é de quinze dias (art. 5º, § 1º).⁷⁶⁷

---

⁷⁶⁵ Não foi sem propósito que Aury Lopes Júnior entendeu ser um “perigoso desequilíbrio na situação processual recursal” o entendimento que vê na atuação a título de parecerista uma isenção que não se compadece com a atuação de parte (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1201). Nesse mesmo sentido e de forma expressa, ainda que na maior parte de seu texto tenha se reportado à ordem de sustentações orais nos tribunais, ver: TORON, Alberto Zacharias. O contraditório nos tribunais e o Ministério Público, cit., p. 91 e ss. Na p. 94, o autor trata de situações práticas: “depois e com muita frequência, exterminando a igualdade de armas e o contraditório, vem o Parecer ministerial de segunda instância, com renovados e substanciosos argumentos em prol da tese acusatória, pugnando pelo provimento do recurso do colega de primeiro grau”.

⁷⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes pontuam que a dialeticidade recursal há de impregnar “todo o *iter* procedimental”, pois “tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal” (*Recursos no processo penal*, cit., p. 36). Os autores defendem o ponto de vista teórico, malgrado atentem à dicção do artigo 601 do CPP, que permite a subida do recurso de apelação e seu julgamento sem razões. Citam, a propósito, julgados do STF que apregoam inexistir nulidade em caso de julgamento sem razões defensivas ou contrarrazões ao recurso acusatório. Posição mais atual do STJ sinaliza concordância com o ponto de vista dos autores: “É nulo o julgamento de recurso de apelação da defesa manifestado por termo na hipótese em que as razões não foram apresentadas, a despeito do pedido formulado para juntada destas na instância superior, nos termos do art. 600, § 4º, do CPP. No modelo penal garantista hoje vigente, não se concebe a possibilidade de um recurso de apelação ser apreciado sem que se apresentem as razões (ou contrarrazões) da defesa. Caso não sejam expostas as razões de apelação, deve-se intimar o réu para que indique novo advogado. Se o réu permanecer inerte, deverá ser nomeado defensor público ou advogado dativo para apresentar as razões do recurso. Precedentes citados: HC nº 225.292-MG, DJe 15/2/2012; HC nº 71.054-SC, DJ 10/12/2007, e REsp 279.170-RO, DJ 19/12/2002” (STJ, HC nº 137.100-SE, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 2.10.2012).

⁷⁶⁷ É, inclusive, particularmente chamativa a previsão do artigo 48 daquele Regimento, que prevê que o “Procurador-Geral da República toma assento à mesa à direita do Presidente”. Se sobre o aspecto cênico da sala de audiências já se falou anteriormente neste trabalho, oportunidade em que inclusive não se descurou do aspecto quase mítico que significa o “sentar-se à direita” de alguém, a previsão em questão é complicada até porque possibilita a repartição espacial privilegiada independentemente de o representante da Procuradoria-Geral da República ostentar tal posição em razão da atuação de parte ou de suposto fiscal da lei. Numa palavra: já problemática a consideração bicéfala do Ministério Público (parte e fiscal da lei), permitir que se sente à direita, pura e simplesmente, torna o problema ainda mais nítido, pois não se pode imaginar validade jurídica em disposição que diga: “senta-se à direita e pronto”, pelo fato de ser Procurador-Geral da República e nada mais.

No Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a situação é similar, pois se prevê a manifestação a título de *custos legis* de representantes da Procuradoria-Geral da República tanto em recursos de *habeas corpus* (art. 64, III), quanto em recursos criminais (art. 64, X). Assim, concede-se prazo de vinte dias para a colheita de parecer em recurso especial (art. 256), de cinco dias em recurso ordinário em mandado de segurança (art. 248), e de dois dias em recurso de *habeas corpus* (art. 245).

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o artigo 60, IX, determina vistas ao representante do Ministério Público Federal em “apelações criminais, recursos e demais procedimentos criminais”. E os artigos 241 e 242, na situação de apelação para crimes cuja pena prevista seja detenção ou reclusão, impõem, respectivamente, prazos de cinco e dez dias para proferimento de parecer.

Todos os exemplos colhidos de regimentos de tribunais, além de inovarem em termos de possibilidade de dupla manifestação de órgãos incumbidos da persecução penal – pois o Código de Processo Penal não as prevê –, desequilibram a igualdade processual em termos de manifestações acusatórias e defensivas. Por tal desequilíbrio, impedem que se garanta, na melhor medida possível, a eficácia igual, de parte a parte, que cada argumento a ser analisado pelo órgão julgador deve ter. E, assim, estabelecem a desvantagem *vis-à-vis* na apresentação por escrito da causa ao Tribunal, ainda que parte do argumento acusatório venha formalmente rotulada de *parecer*.⁷⁶⁸

Além do que aqui se tem exposto, Rogério Schietti Machado Cruz alerta que se dá “ao Ministério Público a oportunidade de manifestar-se novamente, por intermédio de um parecer, e não se dá a mesma chance à defesa, o que engendra uma manifesta desigualdade de tratamento entre as partes, contrariando o axioma de que ‘*não se deve permitir ao autor o que não seja permitido ao réu*’”.⁷⁶⁹

Ainda segundo esse autor:

Independentemente da natureza da atuação do *Parquet* na instância recursal – parte ou mero fiscal da lei – o fato é que uma importantíssima peça processual foi juntada aos autos pelo mesmo órgão que promoveu a ação penal, órgão este regido pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, do que resulta ser irrelevante alegar ter sido a denúncia

---

⁷⁶⁸ Exemplo desse desequilíbrio se vê, por hipótese, em manifestação em segundo grau de julgamento na qual o representante do Ministério Público (estadual ou da União), em única peça, apresente as contrarrazões aos recursos de apelação de vários corréus e o parecer sobre as apelações interpostas pelas defesas e pelo próprio Ministério Público Federal. O ápice do desequilíbrio pode ser visto em manifestações que, assim, apresentem numa só peça as contrarrazões de recursos defensivos e parecer do Ministério Público..

⁷⁶⁹ *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 121.

assinada por um promotor de justiça e o parecer por um procurador de justiça. Ambos, na realidade, falam em nome de uma mesma instituição.⁷⁷⁰

Como, nas palavras de Rogério Schietti Machado Cruz, o Ministério Público terá “produzido, além das razões ou contra-razões, um parecer, sua posição é de nítida superioridade – ao menos numérica – em relação à defesa, visto que esta apresentou tão-somente a peça que inaugura o procedimento recursal”, há ofensa à noção de paridade de armas. Isso porque se impossibilita que o sistema confira às partes a mesma oportunidade para apresentarem suas causas em situações que não se configurem como desvantajosas.

A solução que se cogita diante de tal cenário, quer para que se resguarde a atuação do Ministério Público em ação penal de iniciativa pública como a de parte acusadora que é, quer para que se obedeça à paridade de armas que deve se manifestar na instância recursal, particularmente no aspecto documental da questão (isto é, nas manifestações paritárias escritas), é que se suprima a previsão regimental de parecer do representante do Ministério Público em toda e qualquer situação recursal.

Tal sugestão não é inédita, pois José Frederico Marques já tinha o entendimento de que a tal atuação do órgão do Ministério Público como fiscal da lei em situações recursais “se apresenta algo esdrúxula”. Nas palavras daquele autor:

O Ministério Público está constituído, precipuamente, como órgão da ação penal e da pretensão punitiva do Estado. Tanto isso é exato que pode o procurador fazer sustentação oral perante a Turma julgadora do recurso e ali debater a causa, *ex vi* do art. 610, parágrafo único, do Código de Processo Penal. E está claro que pode intervir ou tomar parte no debate oral, como órgão da acusação. Além disso, não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias.⁷⁷¹

Paulo Queiroz propugna pela mesma modificação de direito positivo:

parece insustentável a intervenção do Ministério Público em segundo grau nas ações penais apenas como “custos legis”, posição inclusive que não raro ofende o contraditório e a amplitude da defesa. No futuro a atuação do MP como parecerista deve ser abolida, se é que de fato foi recepcionada pela Constituição.⁷⁷²

---

⁷⁷⁰ *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 121-122.

⁷⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. IV, 2. ed. atual. Campinas: Millenium, 2000, p. 254-255.

⁷⁷² *Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau*, cit., p. 2.

Como já se indicou no capítulo 3, a única hipótese em que, ao menos à luz da paridade de armas, haveria sentido em se prestigiar a abertura de vistas para que o órgão do Ministério Público se manifeste como *custos legis* seria, exclusivamente, a de ação penal de iniciativa privativa do ofendido. Em nenhuma outra intervenção pode-se sustentar a mudança de papel, o que dependeria única e exclusivamente da fase processual da questão penal, confundindo-se o papel de parte na ação penal de iniciativa pública com o de fiscal da lei.

6.4.1.2. Parecer em ações de impugnação

Em ações de impugnação, do que são exemplos mais frequentes no processo penal a revisão criminal e o *habeas corpus*,⁷⁷³ mesmo que o raciocínio seja parecido com o visto até aqui, há nuances que precisam ser esclarecidas.

A primeira delas é que, diferentemente do que acontece com recursos, as ações autônomas de impugnação não são equivalentes a meros prolongamentos da situação processual já em curso no grau inferior. Não há, no grau superior, aderência à manutenção da situação de parte em grau jurisdicional inferior.

Mas nem por isso se deve prestigiar incondicional manifestação do Ministério Público em parecer. E a esse respeito é necessária uma separação entre a revisão criminal e o *habeas corpus*, notadamente por aí se tratar de duas ações bastante singulares. Em cada uma delas a conformação da manifestação do Ministério Público demanda cuidados particulares.

6.4.1.2.1. Parecer do Ministério Público em revisão criminal

Na hipótese de revisão criminal decorrente de ação penal de iniciativa pública, houve atuação do órgão do Ministério Público ao longo de todo o arco processual até o trânsito em julgado.

---

⁷⁷³ Há pouquíssimas nuances no mandado de segurança, motivo pelo qual, como já se avisou neste texto, a maior parte das advertências feitas acerca do *habeas corpus* será direcionada também àquele remédio constitucional.

E se o pedido revisional existe, ele logicamente decorre da procedência da ação penal movida em grau inferior pelo representante do Ministério Público que, aliás, ao fim do processo, postulou a condenação do acusado.⁷⁷⁴

A peculiaridade da incidência do princípio da paridade de armas em revisão criminal, sobretudo na manifestação do Ministério Público, está, ainda uma vez, em justificar sua interveniência nessa ação específica. Será a título de *parte*? Será a título de *custos legis*? Como se nota, a delimitação funcional da atuação dos sujeitos no processo penal ronda as diversas manifestações que cada um deles pode ostentar na persecução penal, especificamente a manifestação do órgão acusatório.

Aqui é possível separar duas perspectivas: uma na qual a manifestação do Ministério Público poderá ofender a paridade de armas, além de ser uma inutilidade; e outra em que a manifestação do Ministério Público em revisão criminal atenderá a outros propósitos, típicos de contestação na ação.

Na primeira perspectiva, o Ministério Público atuaria como fiscal da lei; na segunda, como parte.

Assim, pela primeira das duas perspectivas, não há sentido em se imaginar que o representante superior do mesmo órgão deva opinar na ação revisional. Se se considerar que o órgão não atua como parte na ação revisional (e daí se tomar a ação revisional como um processo de parte única⁷⁷⁵), na situação de a ação de revisão ter por escopo rescindir

---

⁷⁷⁴ A exceção dessa lógica é ditada pelo artigo 385 do Código de Processo Penal, já tratado neste trabalho. Segundo aquele dispositivo, seria possível decisão condenatória transitada em julgado mesmo que o Ministério Público tivesse, ao final do processo, postulado a absolvição. Voltando à regra geral com a qual aqui se trabalha, é esse o argumento de Aury Lopes Júnior para negar ao Ministério Público a possibilidade de figurar como proponente da ação revisional. Na esteira da coerência que deve pautar os posicionamentos do Ministério Público, adere-se às seguintes palavras daquele autor: “Não vislumbramos como possa uma parte artificialmente criada para ser o contraditor natural do sujeito passivo (recordemos sempre do absurdo de falar-se de *parte-imparcial* no processo penal) ter legitimidade para a ação de revisão criminal, a favor do réu, para desconstituir uma sentença penal condenatória que somente se produziu porque houve uma acusação (levada a cabo pelo mesmo Ministério Público, uno e indivísvel)” (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1316). De toda forma, há considerável opinião doutrinária no sentido de que o Ministério Público tem, sim, legitimidade ativa *ad causam* em revisão criminal. A esse respeito, ver: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, cit., p. 716-718; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, cit., p. 430.

⁷⁷⁵ Foi justamente a estranheza teórica de uma ação penal de parte única o que fez com que Sérgio de Oliveira Médici não tomasse a revisão criminal como uma ação, mas como uma garantia constitucional “cujo fundamento consiste na defesa do condenado em face de sentença caracterizada por erro judiciário” (*Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 263). Para o autor, existiriam as seguintes perplexidades no caso de se tomar a revisão como ação: “ainda que se considere o condenado o *autor*, quem será a parte contrária (o *requerido* ou o *réu* da ação revisional)? Dir-se-á que é o Estado. Nesse caso, quem o representa? A Procuradoria Geral do Estado e a Advocacia Geral da União não são citadas para a defesa da entidade pública. O Ministério Público, chamado a opinar na revisão criminal, não representa o Estado ou a União. Manifesta-se livremente, a favor ou contra o pedido, não interveindo na revisão como *parte contrária* ao condenado” (p. 248). Em sua crítica à concepção da revisão criminal como ação, Médici lembra artigo de

sentença decorrente de ação penal pública, a decisão favorável ao revisionando forçosamente desqualifica o exercício da acusação pública que tenha transitado em julgado.

Por essa perspectiva, a atuação do representante do Ministério Público em revisão criminal tendencialmente se contrapõe ao pedido defensivo. Não há como ver a atuação do órgão, pois, como fiscal da lei.

Devido a essa razão, a atuação ministerial por meio de parecer em revisão criminal diminui a eficácia do argumento defensivo a ser levado ao tribunal julgador e opera, em verdade, como um contraponto ao argumento do revisionando.

Tal atuação pode ser vista como análoga àquela que se dá em instrução criminal com vistas ao proferimento de uma sentença. Assim, mesmo que eventualmente a manifestação ministerial venha a, ao final (e na revisão criminal isso se dá num único momento, *ex vi* do art. 625, do Código de Processo Penal), concordar com os termos do pedido do revisionando, nem por isso sua atividade (tal qual na instrução criminal ordinária) deixou de ser interessada.

Ainda em relação ao ponto de vista que não considera a atuação do Ministério Público como a de parte contraposta ao revisionando, registra-se que há desequilíbrio na situação processual. Diante da constatação de o pedido impugnar os termos da ação penal que julgou procedente o pedido condenatório do órgão do Ministério Público,⁷⁷⁶ a atuação desse mesmo órgão não se mostra isenta.

Mais diretamente até do que a atuação ministerial em parecer ofender a paridade de armas, tal manifestação é peça sem utilidade, pois o Poder Judiciário prescinde de órgão auxiliar para apreciar os fatos expostos na revisão criminal. O Ministério Público, mesmo

---

Sérgio Pitombo, segundo quem, na revisão criminal, “basta lembrar que na revisão criminal não há parte passiva. Não se divisa a *actio trium personarum*” (p. 251-252). O artigo de Sérgio Pitombo é *Constituição da República e processo penal*. (Revista Especial do Tribunal Regional Federal. São Paulo, v. 1, 1996, p. 133-139).

⁷⁷⁶ Não há, no sistema processual penal brasileiro, possibilidade de também o ofendido figurar no polo passivo da revisão criminal. Como aponta Maria Elizabeth Queijo, a propósito: “Não é prevista intervenção da vítima na revisão criminal. Ao assistente de acusação, em nossa sistemática, somente é permitida a habilitação até o trânsito em julgado da sentença” (*Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 186). Portanto, em ação penal de iniciativa privativa do ofendido, realmente não se pode afirmar, outra vez, que a atuação do Ministério Público seja aquela típica da parte em processo penal. Nesse caso – e apenas aí – é que o Ministério Público oficiará como *custos legis*. E nessa situação excepcional, é forçoso reconhecer que o processo da revisão criminal, por conta disso, assemelha-se ao chamado processo *de parte única*.

para quem entende que em revisão criminal não é parte, tampouco pode ser juridicamente considerado *amicus curiae*.⁷⁷⁷

Tais digressões não decorrem diretamente de comportamentos do órgão do Ministério Público na prática, mas cingem-se à constatação abstrata do processo penal brasileiro vigente. Ou seja: elas não se devem ao fato de o órgão do Ministério Público poder privilegiar a tese acusatória, mas se dão em razão de o parecer ser desnecessário ao julgamento pelo órgão julgador.

Daí porque se inquirar – se for para se prestigiar o ponto de vista que nega a atuação do Ministério Público em revisão criminal como parte – de inconstitucional a previsão do artigo 625, § 5º, do vigente Código de Processo Penal, no que determina a necessária abertura de vistas ao procurador para colheita de parecer no prazo de dez dias.

O Ministério Público, em ação revisional, além de não *precisar* proferir parecer para o melhor julgamento a ser dado pelo Poder Judiciário, não *deve* se manifestar com a aura de imparcialidade.⁷⁷⁸ Se assim o fizer, ofenderá a paridade de armas.

Se antes se afirmou ser absurdo falar em *parte imparcial*, aqui se pode dizer que a imparcialidade do órgão não se coaduna com o parecer que vá contra o posicionamento assumido por integrante do mesmo órgão acusatório.

E, para se fugir da incongruência notada na regra geral, o representante do órgão, ainda que a título de mero parecerista, tendencialmente enfraquece a exposição do caso pelo revisionando. Assim, ofende-se a paridade de armas.

Reitere-se que se conhece a situação prática, havida em poucos casos, de concordância total ou parcial por parte do Ministério Público para com o pedido revisional.

Dir-se-á que, nessa hipótese, não se estará fazendo um contraponto à pretensão defensiva, tampouco reforçando a tese ministerial sustentada desde o início da persecução. Acontece que mesmo essa manifestação é interessada – como sempre o é aquela em que o representante do órgão uno, mas em grau distinto de jurisdição, trata da ação penal transitada em julgado após procedência do pedido da acusação.

---

⁷⁷⁷ É respeitável o ensinamento de Sérgio de Oliveira Médici, segundo quem o procurador de justiça “não advoga, não representa a parte, não busca o triunfo. Fala pelo atendimento da lei, ao opinar em revisão criminal” (*Revisão criminal*, cit., p. 249). A questão é, ao nosso sentir, da utilidade dessa própria opinião, se for tomada como parecer, e não manifestação interessada.

⁷⁷⁸ Salvo na situação excepcional de revisão criminal desencadeada em face de processo criminal transitado em julgado movido pelo ofendido, em ação penal de iniciativa privativa do particular. Só nesse caso é que o Ministério Público não terá atuação interessada na causa e que, então, sua atuação poderá valer como a de fiscal da lei.

Já por uma segunda perspectiva, pode-se considerar a atuação do Ministério Público em revisão criminal como a de um autêntico contraditor ao pedido formulado pelo revisionando. Nesse caso, não se nota violação à paridade de armas porque a reação natural ao pedido defensivo, conquanto rotulada de *parecer* (art. 625, CPP), possibilita que o tribunal perceba as duas facetas do direito em questão, apresentado pelo revisionando.

A paridade de armas aí opera, assim como o contraditório, dada a contraposição dos interesses em jogo na revisão criminal. E esta, então, é tomada como ação impugnativa.

Ainda por essa perspectiva, o Ministério Público é o braço que representa o “Estado-Administração”,⁷⁷⁹ tutelando seus interesses do lado passivo de revisões criminais.⁷⁸⁰

Projeta-se à revisão criminal, portanto, a defesa dos interesses do Estado que havia na instrução criminal de ações penais (se então se tutelava primeiro a melhor análise dos fatos para, uma vez provados, satisfazer-se a tutela executiva, agora se tutelam interesses do Estado tanto em relação à manutenção da decisão condenatória transitada em julgado, quanto em relação aos efeitos patrimoniais inerentes a eventual sucesso no pleito revisional).⁷⁸¹

Para que se admita a manifestação do Ministério Público em revisão criminal sem ofensa à paridade de armas, é preciso – ainda que isso signifique interpretação distinta da redação do Código de Processo Penal (pois ali consta que o Ministério Público dá *parecer*) – considerá-lo como parte, e não como fiscal da lei. Só assim, inclusive, a consideração da revisão criminal como ação tem razão de ser à luz da contraposição dialética do pedido do revisionando. E só assim se pode ver utilidade na manifestação do Ministério Público.

6.4.1.2.2. Parecer do Ministério Público em *habeas corpus*

No caso de *habeas corpus*, a hipótese torna-se mais interessante – pois é comum que a situação processual motivadora da ação esteja em andamento – e também mais difícil

---

⁷⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, cit., p. 243 e 257. No mesmo sentido, ver: RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 1065.

⁷⁸⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *Da revisão criminal...*, cit., p. 186.

⁷⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 695. O autor explica que, na revisão criminal, o parecer “tem a natureza de verdadeira contestação” e que, em hipótese de cumulação de pedidos (procedência da revisional e indenização por erro judiciário), o Ministério Público atua como substituto processual da Fazenda Pública. André Nicolitt lembra que o chamado parecer da revisão criminal “tem verdadeira natureza de resposta ao pedido da revisão” (*Manual de processo penal...*, cit., p. 587).

– pois a tomada de posição de que o *writ* é uma ação autônoma e não um recurso tem outras consequências.

Além das duas peculiaridades técnicas (causa em andamento e colocação sistemática do papel do Ministério Público em *habeas corpus*), surge ainda uma terceira, de cunho formal, com o Decreto nº 552/69. A questão é, então, mais complexa do que a verificada em revisão criminal.

Do primeiro aspecto a se tratar (o da constatação de o *habeas corpus* cuidar de impugnar algum ponto notado em persecução penal ainda em curso), outra vez com foco na ação penal de iniciativa pública, a atuação ministerial a título de parecer ofende a paridade de armas entre acusação e defesa.

Com isso se afirma, como já feito em outras oportunidades, que a atuação do Ministério Público a título de *custos legis* terá sua razão de ser, sem ofensa à paridade de armas, na hipótese específica de ação penal de iniciativa privativa do ofendido. Exemplos disso: se o paciente inquina a ação penal de carente de justa causa (art. 648, I, CPP), é porque entende que a inicial acusatória não deveria ter sido recebida;⁷⁸² se inquina de incompetente a autoridade coatora (art. 648, II, CPP), é porque a questão motivadora terá sido endereçada ao magistrado pelo Ministério Público; se argumenta pela cessação do motivo originador da coação (art. 648, III, CPP), é porque o Ministério Público terá requerido a medida.⁷⁸³

Já se a situação for de inadmissibilidade de fiança quando a lei autoriza (art. 648, V, CPP) e em sendo a situação de fiança como contracautela, o Ministério Público toma ciência dos termos do flagrante em até 24 horas para sobre ele opinar (art. 306, CPP); e, no caso de medida cautelar alternativa autônoma, a fiança sequer depende de sua anuência (art. 333, CPP). A situação de nulidade processual (art. 648, VI) toca de frente ao Ministério Público, dado ser de sua titularidade o exercício da ação penal que se apresenta diante do tribunal; e quando extinta a punibilidade (art. 648, VI),⁷⁸⁴ se o juiz não a tiver

---

⁷⁸² Ressalvada a possibilidade de o pedido do *habeas corpus* ser de reconhecimento da falta de justa causa para a própria investigação. Nessa situação é possível que o Ministério Público sequer tenha, ainda, opinado.

⁷⁸³ Na hipótese de prisão cautelar, por exemplo, se o juiz pode decretar uma prisão preventiva de ofício no curso da ação penal, durante a fase de investigação isso depende de pedido expresso, dentre outros, do Ministério Público (art. 311, CPP). Daí porque ou o Ministério Público terá *concordado* com a coação, ou a terá pedido, ou, em último caso, já terá contra ela se insurgido, com o que seu papel de parecerista em grau superior será ainda mais desnecessário, visto que o paciente já terá se socorrido dos argumentos do próprio promotor que tenha oficiado no grau inferior para instruir seu pedido e apresentar seus argumentos.

⁷⁸⁴ Evidentemente, trata-se da regra geral em que se move a persecução penal por ações penais de iniciativa pública.

reconhecido de ofício, terá necessariamente ouvido o Ministério Público no grau inferior (art. 61, parágrafo único, CPP).

Assim, em *habeas corpus*, o Ministério Público, em regra, já se terá manifestado sobre as questões que, não solucionadas no grau inferior, demandam análise em grau superior. Mais do que isso, trata-se de situações que não raro inquinam de nulos ou abusivos os procedimentos adotados até mesmo pelos diversos representantes do Ministério Público, razão pela qual é difícil sustentar o argumento de que, em grau superior – e só por isso –, a atuação do mesmo órgão seja desinteressada, isto é, isenta.

E se em revisão criminal a ação já transitou em julgado, em *habeas corpus*, mesmo que não se diga existir o prolongamento da ação penal, há aproximação com as situações recursais. Afinal, não raro as questões trazidas no remédio constitucional visam modificar, em favor do paciente, situações ainda *sub judice* que podem ser objeto de preliminares recursais.⁷⁸⁵

Daí, mesmo que a hipótese não seja de recurso propriamente dito, a atuação do Ministério Público no parecer em *habeas corpus* assemelha-se à de recurso típico, pois há interesse do órgão em prestigiar a ação penal e seus termos. Isso significa, nos tribunais, possibilitar que a acusação goze de maiores oportunidades de argumentar em prol de suas teses do que a defesa, que mesmo tendo inaugurado nova demanda (o *habeas corpus* é ação autônoma), toma a iniciativa em decorrência do curso de persecução penal, que entende que seus termos devem ser rediscutidos por outro órgão jurisdicional.

Por essa perspectiva, assim como na revisão criminal, também no *habeas corpus* a distinção entre ação impugnativa e recurso não é suficiente para se avaliar a obediência ou não ao princípio da paridade de armas. É que nas ações autônomas de impugnação há tendencial atuação do Ministério Público como parte ou, no mínimo, como antagonista aos interesses defensivos, o que indica ofensa ao princípio da paridade de armas.

Tal constatação torna a situação das ações autônomas ainda mais ofensiva à paridade de armas na medida em que, exatamente devido a tais manifestações não serem formalmente parciais – isto é, não terem aderência formal ao posicionamento que o Ministério Público seguia em grau inferior na ação penal motivadora da ação –, tendo aura

---

⁷⁸⁵ Gustavo Badaró vê a “enorme similitude” do *habeas corpus* com recursos nas situações em que o *writ* é usado não para a tutela imediata da liberdade, mas em função preventiva, “para afastar uma iminente ameaça à liberdade de locomoção” (O ônus da prova no *habeas corpus*: *in dubio pro libertate*. In: PRADO, Geraldo. *Processo penal e democracia*: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 233).

de isenção, os argumentos acusatórios ganham eficácia nos tribunais em detrimento dos defensivos.

Em atenção a essa advertência, Rubens Casara entende ser “inadmissível que o Ministério Público, no segundo grau de jurisdição, se manifeste, antes do julgamento colegiado, em feitos nos quais o promotor de justiça ou Procurador da República em exercício no primeiro grau de jurisdição já se manifestou”.⁷⁸⁶

O problema, assim, é similar ao já visto em revisão criminal: imagina-se a específica ação na qual o Ministério Público não seja natural contraditor do impetrante.

Enfatiza-se neste texto que, mesmo que sob vestes formais o Ministério Público não apareça como *parte* no *habeas corpus*, sua manifestação tende a servir de contraposição aos interesses representados pelo impetrante. Só não será assim na hipótese de atuação como fiscal da lei nos casos de *habeas corpus* que decorram de questão surgida em ação penal de iniciativa privativa do ofendido.

Tratar da assunção do papel de *parte* em *habeas corpus* leva à segunda indagação, que se descortina com a seguinte pergunta: afinal, em *habeas corpus*, quem é o legitimado passivo *ad causam*? Se não se admite que o processo penal da ação de *habeas corpus* seja o chamado *processo penal de parte única*, quem é o antagonista do impetrante? Nesse ponto, repete-se premissa de Chiovenda exposta no Capítulo 3 deste trabalho.

Parte é quem pede a tutela jurisdicional ou em face de quem alguma tutela é solicitada. E, trazida a lição então aprofundada para o âmbito do *habeas corpus*, na redação vigente do Código (art. 654, § 1º, “a”, CPP), a legitimação passiva *ad causam* recairá no representante (na pressuposição de a coação ilegal ter sido praticada por agente público) do órgão que determinou a segregação da liberdade de alguém. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “legitimado passivo na ação de *habeas corpus* é o *coator*, ou seja, a pessoa responsável pelo ato de restrição ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção, cuja ilegalidade é apontada pelo impetrante”.⁷⁸⁷

---

⁷⁸⁶ A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro..., cit., p. 754. Mais ainda: “Na medida em que acreditam em uma ‘parte imparcial’, os magistrados passam a se identificar com o Ministério Público (o Estado conta o crime e o criminoso) e reservam ao acusado (o outro/a outra parte) um natural distanciamento” (p. 745-746).

⁷⁸⁷ *Recursos no processo penal*, cit., p. 280. No mesmo sentido, na doutrina brasileira mais recente, ver: NICOLITT, André. *Manual de processo penal*, cit., p. 590; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*, cit., p. 681; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, cit., p. 423. Além dos autores citados, não se percebeu grande atenção doutrinária ao tema da legitimidade *passiva* da ação de *habeas corpus*. Com exceção de José Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. IV, cit.,

Longe de acabar com polêmicas, a lição doutrinária suscita pelo menos duas novas controvérsias. A primeira delas começa na complementação dos próprios autores, segundo quem “desde que o coator seja órgão ou autoridade pública, inegável que haverá litisconsórcio entre este e o Estado, representado na ação de *habeas corpus* pelo Ministério Público”.⁷⁸⁸

Não se defende aqui a ideia de que o Ministério Público possa atuar como litisconsorte da chamada parte passiva em *habeas corpus*.⁷⁸⁹ Sistemáticamente não se justifica o litisconsórcio se o Ministério Público oficia em grau hierárquico superior àquele em que oficia a autoridade coatora. Além disso, o Ministério Público não sofre os efeitos da decisão a ser proferida em *habeas corpus*.⁷⁹⁰

p. 479), os demais autores sequer se situaram em relação a essa temática. É o caso, por exemplo, de Pontes de Miranda, que ao tratar da legitimidade passiva no *habeas corpus*, não especificou o *quê* torna a autoridade uma parte passiva do writ (*História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 4. ed. corrigida e melhorada. Rio de Janeiro: Borsoi., 1962, p. 500-501); de J. M. Othon Sidou, que não aprofundou o lado passivo da *legitimatío ad causam* (“*Habeas data*”, *mandado de injunção*, “*habeas corpus*”, *mandado de segurança*, *ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989). Inocêncio Borges da Rosa tampouco tratou da legitimação passiva em *habeas corpus* (*Processo penal brasileiro*. v. IV. Porto Alegre: Globo, 1942), e a mesma omissão foi notada na obra de Eduardo Espínola Filho (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, cit., 1965).

⁷⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*, cit., p. 280.

⁷⁸⁹ Conquanto todos os autores mais recentes citem a conhecida obra de Grinover, Scarance e Magalhães, nenhum deles os acompanhou em seus textos para dizer que o Ministério Público, em *habeas corpus*, pode comportar-se como um litisconsorte passivo. Não se entende qual seria a justificativa para definir o Ministério Público (oficiante em grau hierárquico superior àquele em que proferido o ato coator) como litisconsorte da autoridade coatora. O Ministério Público não sofre os efeitos da decisão a ser proferida em *habeas corpus* e, como em regra os atos coatores são provenientes de integrantes do Poder Judiciário, não haveria razão para os integrantes do Ministério Público se situarem no polo passivo da demanda quando justamente a parte principal (da qual emana o ato coator) é responsável, em situação de imparcialidade, pela condução do feito no qual surgiu o alegado constrangimento. Estrutural ou funcionalmente, é difícil atingir a conclusão dos autores de que o Ministério Público, em *habeas corpus*, poderia funcionar como litisconsorte do apontado ente coator. Além disso, à luz do artigo 46 do Código de Processo Civil, a ligação que animaria os interesses dos litisconsortes – art. 46, IV, CPC – seria insuficiente para justificar a duplicação no polo passivo. Isso sem tratar da inexistência, em processo penal de *habeas corpus*, de “comunhão de direitos ou obrigações” (art. 46, I, CPC). Fundamentalmente há outra discordância com os autores: a definição do Ministério Público como litisconsorte de um sujeito processual aniquila a lógica das separações das funções de cada sujeito processual, pois não se concorda em colocar, no mesmo plano da legitimação passiva, um ente imparcial (o juiz) e outro parcial (o Ministério Público).

⁷⁹⁰ Se o representante do Ministério Público for apontado como autoridade coatora, o juiz não será seu litisconsorte. O apontado representante do Ministério Público se comportará como parte passiva do *habeas corpus*. Nessa hipótese, eventual parecer do mesmo órgão em grau jurisdicional distinto coloca a questão em outros patamares. Uma vez que a coação apontada como ilegal parte do próprio Ministério Público, novamente sua atuação a título de parecer não seria isenta. Da perspectiva de parte processual, atuação formalmente a título de parecer do órgão uno e indivisível poderia indicar como possível a manifestação. Ainda assim, não existe litisconsórcio (entre os representantes do Ministério Público), dado a manifestação ser de um único órgão apenas com variação de grau jurisdicional. Nesse caso, a ofensa à paridade de armas remanesceria: tanto a autoridade coatora quanto o parecerista atuariam guiados pelo mesmo interesse, em situação de vantagem perante a do paciente. Em outras palavras: se o coator é o representante do Ministério

E como em regra os atos coatores são provenientes de integrantes do Poder Judiciário, não se vê razão para se situar o representante do Ministério Público no polo passivo da ação de *habeas corpus* quando a parte passiva daquela ação constitucional (o responsável pelo ato coator) é responsável, em situação de imparcialidade, pela condução do feito no qual surgiu o constrangimento.

Admitir a situação litisconsorcial proposta ofenderia a separação processual entre quem é imparcial (o juiz, tido como autoridade coatora) e quem é parcial (o Ministério Público, parte na ação penal e, agora, litisconsorte na situação de *habeas corpus*).

Assim, estrutural ou funcionalmente, é difícil atingir a conclusão dos autores no sentido de que o Ministério Público, em *habeas corpus*, poderia funcionar como litisconsorte do apontado ente coator. Ademais, à luz do artigo 46 do Código de Processo Civil, a ligação que animaria os interesses dos litisconsortes (art. 46, IV, CPC) seria insuficiente para justificar a duplicação no polo passivo. E isso sem falar que em processo penal de *habeas corpus* inexistente “comunhão de direitos ou obrigações” (art. 46, I, CPC).

A segunda polêmica reside na própria manifestação da autoridade coatora, que ocorre a título das facultativas *informações* que dela são cobradas pelo órgão que vier a conhecer da impetração (arts. 662 e 664, CPP). Essa é a fase em que, tomada a autoridade coatora como legitimada *ad causam* passiva na ação de *habeas corpus*, pode haver alguma contraposição aos interesses do impetrante. O problema dessa tênue manifestação judicial reside nela mesma (à luz do próprio conhecimento que tiver sido dado ao grau superior da matéria *sub examinem*), na medida em que as *informações* não significam um exercício de contraditório exercido perante o tribunal que vier a julgar o *habeas corpus*.

E nem poderiam sê-lo, pois, conforme lembra Aury Lopes Júnior,

o pedido de informações, como a expressão evidencia, é um relato objetivo e circunstanciado do estado do processo. Por elementar, não existe “contraditório com o juiz” (o que seria um completo absurdo processual), nem deve a autoridade coatora fazer uma “defesa” do seu ato. Juiz não é parte, não havendo “contraditório” ou possibilidade de manifestação que extrapole os estreitos limites da prestação objetiva das informações solicitadas.⁷⁹¹

A ação de *habeas corpus*, portanto, é especial também por ser estruturada para privilegiar o rápido conhecimento dos fatos em apreciação. E é por isso mesmo que o

---

Público, a atuação a título de fiscal da lei é ainda mais descabida. E, nessa mesma situação, se a atuação se dá a título de parte, ela ofende a paridade de armas.

⁷⁹¹ *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9. ed., cit., p. 1346.

procedimento é acelerado, cobrando-se da autoridade responsável pelo ato inquinado apenas as informações (muitas vezes, em exíguo prazo). Passar a tratar essa autoridade como um autêntico contraditor no *writ*, além de desnaturar a desejada celeridade na tramitação do processo, significaria colocar perigosamente o editor do ato coator em posição de antagonista do impetrante.

E assim se abre o risco de situação processual na qual se vejam como defensores de interesses contrapostos o juiz, apontado como autoridade coatora, e o impetrante, que representa os interesses, no *habeas corpus*, da pessoa a ser julgada, ainda, em grau inferior, por aquele mesmo juiz.

Nessa circunstância, até por conta da especificidade do *habeas corpus*, a análise da paridade de armas entre os antagonistas é delicada.

Isso porque não se pode dizer que haja – em situações nas quais a autoridade coatora seja representante do Poder Judiciário –, entre a autoridade coatora e a pessoa que sofre a coação, uma típica relação de antagonismo, nos moldes em que cada uma das partes defende interesses próprios e contrapostos e, por isso mesmo, atua com suas próprias armas.

Por essa perspectiva, aliás, é que se sustenta o entendimento, na esteira inclusive da especificidade da ação de *habeas corpus*, que a legitimação passiva titulariza a autoridade coatora a apenas informar o órgão julgador da situação ocorrida, como justificativa da decisão tomada.

Na maioria dos casos (em que a coação provém de órgão público e, inclusive, de integrantes do Poder Judiciário), não se pode afirmar que há *oposição* de interesses entre o ente coator e o paciente, tal como se nota em ações penais ordinárias, ou seja, em situações nas quais realmente há dois interesses contrapostos – e nitidamente parciais, um acusatório e outro defensivo – que demandam a isenta apreciação jurisdicional.

Daí porque se justificar a cautela com a prestação de informações, se a autoridade coatora apontada é integrante dos quadros do Poder Judiciário.

A justificativa para a decisão tomada – seja de recebimento da inicial, seja de expedição de mandados de prisão, exemplificativamente – não pode desbordar do limite estrito do *habeas corpus*, sob pena de a autoridade coatora, a título de informar ao órgão julgador do remédio constitucional os motivos da decisão tomada (que logicamente entende ter sido a correta), influenciar a própria condução do feito, originariamente.

E esse ponto – qual seja: o extravasamento da justificativa técnica e necessariamente imparcial acerca de decisão tomada no curso do processo para se adentrar

à consideração valorativa sobre o caso em si, ainda *sub judice* – seria um absurdo técnico e um atentado à imparcialidade do magistrado ou do órgão do tribunal apontado como autoridade coatora no processo que ainda corre sob sua responsabilidade.⁷⁹²

Como se justifica um visível comedimento na contrariedade da autoridade coatora aos termos da impetração e ainda assim não se alcança o entendimento de que o Ministério Público poderia se comportar como litisconsorte passivo⁷⁹³ no *habeas corpus*, volta a preocupação acerca do fundamento de sua manifestação no *writ*.

Afinal, se o representante do Ministério Público não é parte no *habeas corpus*, sua atuação forçosamente será a de *custos legis*.⁷⁹⁴

Assim se resgata a advertência há pouco aludida: o Ministério Público, conquanto não seja formalmente parte em *habeas corpus*, manifesta-se de forma tendencial e, nessa medida, sua interveniência afeta a paridade de armas, por desequilibrar em prejuízo do impetrante o jogo de forças inerente ao processo de *habeas corpus*.⁷⁹⁵

De um lado, a conformação do *writ* envolve o impetrante (que fala em nome do paciente); de outro, a autoridade coatora, que informa os motivos de ter editado o ato impugnado.

O Ministério Público não é parte – nem a título litisconsorcial – no desenho estrutural do *habeas corpus* no direito brasileiro. Por isso, obedecida a estrutura da ação específica, a manifestação que ocorre é necessariamente a título de *custos legis* e, assim, estruturalmente desnecessária ao julgamento do *writ*.

⁷⁹² Situação distinta, à vista do que aqui se vem sustentando, é aquela em que o apontado órgão coator é o Ministério Público. Não se espera parcialidade na persecução penal de quem tem a função acusatória definida inclusive constitucionalmente. Ou seja: em caso no qual a autoridade coatora seja o Ministério Público, tolera-se um paralelismo entre o antagonismo da situação jurídica inicial e a criada com a impetração.

⁷⁹³ Já se disse, no tópico 3.6. deste trabalho, que a única hipótese de litisconsórcio passivo seria aquela em que o acusador público retoma a titularidade da ação penal então iniciada subsidiariamente pela parte privada. A respeito disso, ver: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro..., cit., p. 151.

⁷⁹⁴ Não se transplanta ao processo penal a presunção da constitucionalidade dos atos normativos, como justificativa a – assim como atua o Advogado-Geral da União em ações de controle abstrato de constitucionalidade – defender a constitucionalidade do ato impugnado (art. 103, § 3º, CF). Além de a problemática não se colocar nem por analogia (pois o constrangimento ilegal não goza de *presunção de não ocorrência*, a exemplo do que se dá com a *presunção de constitucionalidade* dos atos normativos cuja inconstitucionalidade se argui), o *habeas corpus*, por excelência, nada tem de processo objetivo, ao contrário do que se ensina ser uma das características do processo abstrato de controle de constitucionalidade.

⁷⁹⁵ Nos casos em que a atuação tendencial contrária aos interesses do paciente não se verifica, e em que o órgão do Ministério Público inclusive concorda com os termos da impetração, apenas referenda os termos da inicial e, com isso, tem participação dispensável no processo de *habeas corpus*. Ou seja, tal como se vem aqui afirmando: ou o Ministério Público se contrapõe ao pedido defensivo e, ao assim agir, fere a paridade de armas, ou, caso contrário e nas minoritárias hipóteses em que isso não acontece, sua participação não auxilia no deslinde da questão.

Mais do que isso, como a atuação do Ministério Público em *habeas corpus* terá se sucedido a outra do mesmo órgão que tenha oficiado em grau inferior⁷⁹⁶ (salvo no caso de situação havida em ação penal privativa do ofendido que tenha rendido ensejo ao *habeas corpus*), o parecer tende a funcionar como um contraponto às teses defensivas.

E aí está a ofensa à paridade de armas no processo penal de *habeas corpus*, haja vista seu desenho institucional de informalidade e celeridade com vistas a garantir com a maior eficácia possível o direito de liberdade: a relação que há é entre impetrante e autoridade coatora, e não entre qualquer deles e Ministério Público oficiante em *habeas corpus*.

Finalmente, cabe uma palavra acerca do parecer do Ministério Público em *habeas corpus*: não existe previsão de tal possibilidade no Código de Processo Penal vigente e o Decreto-Lei nº 552, de 25 de abril de 1969, é seu fundamento de legalidade.⁷⁹⁷

Acontece que esse Decreto-Lei tem seu fundamento no artigo 2º, § 1º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e a própria disposição na qual ele se baseia estabelecia o poder legislativo excepcional ao Presidente da República em razão de poder ele, então, “decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República”. Assim, “decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”.

O tal Decreto-Lei nº 552/69 revogou o artigo 611 do Código de Processo Penal, que previa que, “quando o recurso for de *habeas corpus*, o procurador geral não terá vista dos autos”.

---

⁷⁹⁶ Salvo as hipóteses de impetração de *habeas corpus* em face de ato coator atribuível a delegados de polícia sem que ainda o Ministério Público tenha dele tido ciência na persecução penal originária, e as hipóteses de *habeas corpus* impetrado em face de coação ilegal exercida por particulares.

⁷⁹⁷ Art 1º: “Ao Ministério Público será sempre concedida, nos Tribunais Federais ou Estaduais, vista dos autos relativos a processos de ‘habeas corpus’ originários ou em grau de recurso pelo prazo de 2 (dois) dias. § 1º Findo êsse prazo, os autos, com ou sem parecer serão conclusos ao relator para julgamento, independentemente de pauta. § 2º A vista ao Ministério Público será concedida após a prestação das informações pela autoridade coatora salvo se o relator entender desnecessário solicitá-las, ou se solicitadas, não tiverem sido prestadas. § 3º No julgamento dos processos a que se refere êste artigo será assegurada a intervenção oral do representante do Ministério Público”. Art 2º: “Êste Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados o artigo 611 do Código de Processo Penal e demais disposições em contrário”. A manifestação do Ministério Público em mandado de segurança é facultativa (art. 12, parágrafo único, Lei nº 12.016/2009).

A ligação do Decreto-Lei nº 552/69 com a ditadura brasileira ainda merece um adendo: a Carta Constitucional de 1967 previa, inclusive, que o órgão do Ministério Público da União representaria aquele ente em juízo (art. 138, § 2º, Constituição Federal de 1967).

Tais constatações provam a ligação que havia entre o Ministério Público de antanho e o Poder Central. No que tange à garantia de *habeas corpus*, pode-se bem entender a que propósito teria servido a intervenção ministerial – inclusive a ponto de um Decreto-Lei revogar disposição expressa do Código de Processo Penal – em detrimento da igualdade na eficácia dos argumentos defensivos.

É preciso, no ponto específico do decreto, atentar ao vício material da inconstitucionalidade e à possibilidade de se discutir, inclusive, sua não recepção.⁷⁹⁸

Assume-se a dupla perspectiva de trabalho na medida em que a previsão do decreto-lei que estabelece desigualdade de armas no processo penal ofende o princípio da igualdade, positivado no direito constitucional brasileiro (art. 5º, II, CF).

Pela perspectiva do controle concentrado da constitucionalidade das normas, desde o advento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) tornou-se possível exercer tal controle mesmo em face de atos editados sob a égide de constituições anteriores (art. 1º, parágrafo único, I, Lei Federal nº 9.882/99).

Já sob a perspectiva da questão da recepção da norma pela nova ordem constitucional – sobretudo porque, com o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal com a ADIn 2 segundo o qual a recepção seria matéria de direito intertemporal e

---

⁷⁹⁸ No Brasil não tem prestígio a doutrina da inconstitucionalidade formal superveniente. Mais que isso, do ponto de vista formal haveria outra discussão subjacente. O próprio Código de Processo Penal foi editado por decreto-lei, na vigência da Constituição de 1937. Formalmente, portanto, poderia se dar o questionamento sobre a revogação do artigo do Código de Processo Penal pelo Decreto-Lei nº 552/69, na medida em que os dois atos seriam da mesma espécie normativa: decreto-lei. Essa discussão, além de infrutífera por conta da já noticiada impossibilidade de arguição da inconstitucionalidade formal superveniente, cede perante a constatação do vício material de inconstitucionalidade, ao qual se faz alerta neste texto. E conquanto sob o prisma da inconstitucionalidade material a questão se coloque sob o parâmetro da Constituição vigente, é possível novo argumento para se sustentar que, à época da edição do Decreto-Lei nº 552/69, ele não poderia ser tido por válido. Isso porque o campo de atuação normativa via decreto-lei da então Constituição vigente, definido no artigo 58, I e II, era delimitado a *segurança nacional* e *finanças públicas*. Em sua análise do vocábulo *segurança nacional*, Geraldo Ataliba elencou todas as previsões constitucionais que pudessem se enquadrar no conceito e ensinou que tais matérias deveriam ser relacionadas “com as condições existenciais e funcionais do Estado, tal como previstas pelo legislador constituinte”. Na lição daquele publicista, “o conceito de segurança nacional – retomando o tema que vinha sendo desenvolvido – para o especial efeito de precisar a matéria que pode ser objeto de ação normativa do Presidente da República, mediante *decreto-lei*, ser mais estrito do que o conceito constitucional geral de segurança” (*O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 51-63). E a matéria tratada no Decreto-Lei nº 552/69 não trata de segurança nacional, mas de aspecto procedimental e específico do *habeas corpus*, que é a outorga de possibilidades – antes vedadas pelo Código de Processo Penal – de manifestação escrita e oral ao representante do Ministério Público.

não se sujeita ao controle de constitucionalidade –, seria possível o exercício concreto do juízo de recepção da norma por parte dos integrantes do Poder Judiciário.

Pelo primeiro critério, com o manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, poderia ser apreciada a validade da norma jurídica impugnada. Já pelo segundo, observada a amplitude da legitimidade ativa, o problema suscitado com o Decreto-Lei nº 552/69 seria tratado da perspectiva da vigência da norma.

Nas duas situações, portanto, o disposto no referido decreto-lei poderia ser questionado à luz da ofensa à paridade de armas.

O tratamento da atuação do Ministério Público nas manifestações escritas em *habeas corpus*, como se viu, é complexo, e as soluções possíveis para que se observe a paridade de armas não são simples. Talvez nem haja claramente uma situação próxima do ideal.

Isso porque a atuação do órgão dificilmente pode ser vista como desinteressada e desvinculada da já anterior manifestação de representantes do Ministério Público na persecução penal que tenha ensejado a propositura do *habeas corpus*. Não é por atuar em fase distinta da persecução penal que, só por isso, o órgão deixa de ser interessado e assume aura de isenção.

Ainda assim, o Ministério Público não é parte na ação de *habeas corpus*, e nem pode atuar como litisconsorte da parte que ostenta a legitimação passiva *ad causam*, que é a autoridade coatora. Não tem o ele o dever de informar ao tribunal a respeito dos atos ocorridos e inquinados de constrangimento ilegal, e tampouco a função de contrariar os termos da impetração.

O Ministério Público não integra nem o lado ativo (a não ser quando atua a título de impetrante), nem o passivo da ação de *habeas corpus* (a não ser quando é seu próprio representante apontado como autoridade coatora). Não pode, portanto, manifestar-se como se parte fosse, ainda que a título de litisconsorte.⁷⁹⁹

Diante disso, como a manifestação acontece a título de *custos legis*, a isenção opinativa volta a chamar a atenção: não se concebe, neste trabalho, em razão meramente da

---

⁷⁹⁹ Outra vez o exemplo auxilia na exposição da matéria. No *Habeas Corpus* nº 121.216, julgado pela C. 5ª. Turma do STJ e relatado pelo Min. Jorge Mussi (j. 19.05.2009), o Ministério Público figurou como impetrante. Na interessante questão debatida – nova sistemática de perguntas em audiência penal, nos termos do art. 212, CPP – no STJ, colheu-se parecer da Subprocuradoria-Geral da República. O exemplo elucida a impossibilidade de se tomar o parecerista como parte na situação processual que envolveu impetrante e impetrado, pois a autoridade apontada como coatora foi o Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O mesmo exemplo lembra, ainda, a impossibilidade de se ver no órgão parecerista um litisconsorte da autoridade apontada como coatora (no caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal).

fase processual da persecução penal, a atuação do Ministério Público ora a título de *parte*, ora a título de fiscal da lei. Daí porque, nessa perspectiva (de fiscal da lei), a atuação do Ministério Público em *habeas corpus* desequilibra a relação de interesses antagônicos entre impetrante e autoridade coatora.

A participação para proferimento de parecer, portanto, é causa de rompimento com o princípio da paridade de armas na medida em que, estruturado o *habeas corpus* para o debate sobre o ato coator (portanto, a oposição ao ato é do impetrante e o juízo de legalidade inicial é o da própria autoridade coatora), a participação desse terceiro (o Ministério Público) potencialmente contraria os interesses do impetrante e reforça os da autoridade coatora.

Por fim, a existência do Decreto nº 552/69 prova que a estrutura originalmente prevista pelo Código era mesmo a mais correta: o Ministério Público não deve(ria) manifestar-se em ações de *habeas corpus*.⁸⁰⁰

O diagnóstico de tal cenário indica tratar-se sabidamente de uma situação não ideal: retirar a possibilidade de o Ministério Público se manifestar em *habeas corpus* redundaria em possível situação de vantagem ao impetrante, pois o legitimado passivo na ação de *habeas corpus* é apenas a autoridade coatora. E, em *habeas corpus*, distintamente do que ocorre com recursos, não há contrarrazões ao pedido defensivo.

Contudo, considerar o Ministério Público como litisconsorte, ou como representante do Estado-Administração para se manifestar no *writ*, equivale a menosprezar a atuação do órgão, que não é desinteressada, ainda que ele formalmente apareça como fiscal da lei no procedimento de *habeas corpus*.

Se por um lado a estrutura do processo não permite que o Ministério Público apareça como parte em *habeas corpus*, por outro, a estrutura do órgão impede que se cogite, em sua atuação, de isenção típica de figuras auxiliares de magistrados, como seria, por hipótese, o *amicus curiae*.

E, a se conjecturar com a atuação como auxiliares dos magistrados, voltar-se-ia a conceber a atuação do órgão do Ministério Público vinculada a um dos dois Poderes de Estado (Executivo ou Judiciário), como se viu nas ordens constitucionais brasileiras anteriores a 1988. Assumir tal posição significaria um retrocesso na própria independência institucional adquirida em 1988 pelo Ministério Público.

---

⁸⁰⁰ Aqui se faz distinção entre ações penais de iniciativa pública e de iniciativa privativa do ofendido. Na hipótese de o *writ* decorrer de acontecimento na última situação, o Ministério Público pode, sim, manifestar-se.

Admitindo-se, com as devidas cautelas, a imperfeição da solução proposta, alvitra-se, para a observância da paridade de armas nesse particular, que se retire do Ministério Público a possibilidade de atuação a título de parecer em casos de *writs* decorrentes de ação penal de iniciativa pública.⁸⁰¹

6.4.2. Intervenção oral do Ministério Público

As considerações já tecidas acerca do parecer do Ministério Público em recursos e ações autônomas de impugnação são úteis para a reflexão sobre sua intervenção a título oral. Isso porque foi o mesmo Decreto-Lei nº 552/69 que tratou não só da intervenção escrita do Ministério Público em *habeas corpus*, mas também de sua intervenção oral (art. 1º, § 3º). E ele assim o fez tanto nas hipóteses recursais, quanto nas de ações de impugnação.

Um dos motes para a abordagem que a seguir se fará está na previsão do artigo 41, III, da Lei Federal nº 8.625/93, que garante aos integrantes do Ministério Público nos Estados a prerrogativa de “ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato”. A lógica que justifica a atuação ministerial em parecer e em sustentações orais é a mesma.

A oportunidade que se vislumbra para que o Ministério Público se manifeste oralmente nas causas sem ofensa à paridade de armas é aquela de casos de ação penal de iniciativa privativa do ofendido. Já sua manifestação oral em recursos decorrentes de ação penal pública em revisão criminal só é admitida se feita a título de parte. Em *habeas corpus*, como visto, não haverá espaço para tal manifestação, a não ser que se viole a paridade de armas.

Além dessa percepção genérica, há uma particularidade adicional que deve ser analisada no que concerne à incidência da paridade de armas em manifestações orais, a

---

⁸⁰¹ Eventual consideração teórica ou prática quanto à situação de vantagem que advirá aos impetrantes, dada certa fungibilidade entre o uso de *habeas corpus* e o de recursos próprios no Código de Processo Penal, não pode ser tributada à solução aqui alvitrada. É impossível que se controverta com o Ministério Público em *habeas corpus* da mesma maneira que se dá com recursos. A possibilidade do manejo de mais *habeas corpus* e menos recursos, por conta disso (em um caso, o Ministério Público não ofereceria parecer e, assim, não poderia manifestar-se sobre o conteúdo da peça inicial do *writ*; no outro, o *Parquet* poderia manifestar-se sobre o conteúdo da peça recursal), prova duas coisas: primeiro, que o parecer não é desinteressado; segundo, que talvez se deva repensar quais sejam, realmente, as *partes* em *habeas corpus* –, mas ali ainda não se inclui o próprio Ministério Público.

saber: a ordem de manifestações das sustentações orais nos tribunais, seja em recursos, seja em ações de impugnação.

6.4.2.1. Ordem de sustentações orais nos tribunais em situações recursais

Em situações recursais, a premissa de que o representante do Ministério Público atua como sujeito processual deve ser respeitada. A propósito disso, em julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.926, elaborado pelo órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, fixou-se importante premissa segundo a qual é

difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso – que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo –, se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei. Órgão uno e indivisível, na dicção do art. 127, § 1º, da Constituição da República, não há como admitir que o Ministério Público opere tão-só como *custos legis* no curso de processo onde, em fase diversa, já tenha funcionado, mediante outro órgão, como encarregado da acusação, sob pena de se violentar a própria sintaxe acusatória do processo penal. O conteúdo da opinião legal, de fundo, exposto no parecer ou na sustentação oral, é de pouco relevo neste tema. Ou seja, ainda que no parecer ou na sustentação oral o Ministério Público postule a absolvição do acusado, continua sempre órgão incumbido da acusação e não deixa de agir ou de poder agir como parte que é. Conclusão diversa levaria à concepção de processo de parte única parte, o acusado, o que parece absurdo diante de um sistema garantista, acusatório, agônico (sic), marcado pela garantia da contrariedade.⁸⁰²

Naquele *habeas corpus*, analisou-se o parágrafo único do artigo 610 do Código de Processo Penal, que prevê a manifestação do órgão do Ministério Público sempre após a sustentação oral defensiva.

Ali se fixou a interpretação segundo a qual, no caso de recurso provindo da acusação, quem deve proferir a sustentação oral por último é a defesa, para rebater os argumentos do órgão acusatório recorrente.⁸⁰³ O importante aqui é estabelecer que se o

---

⁸⁰² STF, HC nº 87.926, Pleno, Rel. Min. Peluso, DJ 25.04.2008 (páginas 8-9 do voto do Min. Cezar Peluso).

⁸⁰³ Do mesmo modo, a Suprema Corte disse merecer uma *releitura constitucional* a previsão constante do artigo 143, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Regional da 3ª Região, dado não distinguir, se o caso for de recurso da acusação, que a defesa deve falar por último. Ali ainda se analisou o artigo 470, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual corretamente prevê que, sendo o caso de recurso acusatório, quem fala primeiro é o recorrente, isto é, a acusação.

recurso é acusatório, a defesa fala por último; se defensivo, é a acusação quem tem a última palavra.

A observância da paridade de armas no processo penal não significa uma rígida disputa sobre *quem fala por último* no processo penal. Não é verdade, a propósito, que *quem fala por último, fala melhor*. O que se chama de *falar* no processo tem ligação com o contraditório, isto é, com a ciência dos argumentos da parte oponente, e não com a igualdade na eficácia da apresentação do caso de uma parte ao tribunal.

Da perspectiva da paridade de armas, se é a defesa quem recorre, possibilitar que ela fale depois do órgão acusatório significa até mesmo uma subversão do princípio, pois é ela quem estará em vantagem comparativa à situação processual da acusação no momento recursal. Afinal, em casos de recursos defensivos, impor ao órgão acusatório (que aqui atua como parte) sua manifestação antes de saber das razões orais do recorrente significa cobrar da parte recorrida que fale sem que possa rebater os argumentos da parte recorrente.

Patrocinar o entendimento de que, mesmo em recursos defensivos, a defesa *falaria por último*⁸⁰⁴ desiguala a paridade de armas, dessa vez em prejuízo da acusação. Nesse sentido, e pelo que se tem aqui defendido, parece ser correto o ponto de vista esposado por Douglas Fischer:

Quando o *recurso for exclusivo da defesa*, sem desbordar em absolutamente nada do princípio do contraditório, a paridade de armas (*par conditio*) impõe que, *neste caso*, o Ministério Público tenha a oportunidade de *contraditar* o que pretende a defesa. O *ataque* não é mais do titular da ação penal, mas do réu (ou melhor, *em favor do réu*), que não concorda com a decisão exarada em seu desfavor. Noutras palavras, a defesa (ou quem recorre em seu favor) deverá, sim, falar por último, porque o que está em jogo, nesse momento, é a pretensão exclusiva da defesa, não mais da acusação, já atendida (é verdade que de forma *provisória*, mas atendida). A pretensão (à condenação, mesmo que parcial) não é mais acusatória, mas defensiva (nulidade, absolvição ou, se menos, redução da condenação). Querer que o Ministério Público fale *sempre antes* da defesa em hipótese de recurso exclusivo da defesa gerará necessidade de o *parquet* ter que *adivinhar* o que a defesa pretende desenvolver em sua defesa oral. Não lhe será permitido *contraditar* nada, mas *tentar contraditar* com base em meras conjecturas do que, efetivamente, poderá ser dito da tribuna ou eventualmente colocado no recurso em prol da defesa (*não há de se esquecer: a sustentação oral é*

---

⁸⁰⁴ No citado acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 87.926), há passagem de antigo precedente, de 1979, em que o STF teria enfrentado o tema já uma vez. Naquele caso reportado, RE 91.661, relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque e julgado em 27 de novembro de 1979, o que teria havido foi que a defesa falou antes da acusação em sessão de julgamento. O julgado, a propósito da matéria, não é claro (se o recurso era defensivo ou acusatório), mas de toda forma ali se encampou a tese de que a defesa sempre deveria falar por último no processo penal.

apenas um reforço ao recurso já posto nos autos). Uma inversão lógica das coisas, *maxima venia*. É dar-se armas diversas para partes, quebrando a paridade do (verdadeiro) *devido processo legal* e em prejuízo da acusação (art. 563, CPP).⁸⁰⁵

O que parece ser razoável e garantir a igualdade na exposição das teses oralmente desfiladas pelos recorrentes é o seguinte panorama: em recurso exclusivo da acusação, esta primeiro sustenta suas razões recursais e depois a defesa expõe os motivos pelos quais a decisão recorrida não deva ser revista. Em oposição, no caso de recurso defensivo, segue-se inversamente o mesmo procedimento.

Na situação de recursos contrapostos, porém, para que nem a defesa e nem a acusação sejam fragilizadas – comparativamente uma à outra – em seus argumentos, a solução cogitada é a exposição integral das teses desfiladas nos recursos acusatório e, depois, defensivo. Em tais casos, se o julgamento não tiver sido cindido (dada a prejudicialidade que pode haver com o acolhimento ou a refutação das teses de um recurso sobre os pedidos indicados no recurso contraposto), deve-se, proferido o relatório conjunto, esgotar primeiro a sustentação oral do recurso do Ministério Público e depois a defensiva.⁸⁰⁶

Ainda nessa hipótese de julgamento de recursos defensivo e acusatório, se porventura o advogado do acusado não tiver sido intimado para fins de proferir sustentação oral em seu recurso e no da acusação, o representante do Ministério Público que oficia no tribunal não poderá proferir sustentação oral e deverá ser redesignada a data do julgamento, observando-se a necessidade de intimação regular ao advogado do acusado para poder exercer o direito de sustentação oral.

---

⁸⁰⁵ FISCHER, Douglas. A ordem de sustentação oral nos processos criminais perante os tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC nº 87.926-SP. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 10-12, mar. 2009. A concordância com o autor é parcial porque dele aqui se diverge na medida em que, no artigo, propugna-se que o Ministério Público fale duas vezes e a defesa só uma, mesmo que o caso seja de recurso acusatório. Segundo o raciocínio do autor, o Ministério Público falaria antes da defesa sobre a tese acusatória; isso seria depois rebatido pela defesa e, ainda depois, a palavra voltaria ao Ministério Público, “para que se manifeste unicamente sobre o recurso da defesa”. Como o artigo dá a entender que essa sequência deveria ocorrer mesmo em recurso de acusação, haveria quebra da paridade de armas com a acusação primeiro defendendo *seu* recurso e, depois, *contrariando* o rebate defensivo. Se a hipótese tratada no artigo tiver sido de recurso *defensivo*, a manifestação do Ministério Público só poderia se dar uma vez (depois da defesa), e não duas, como ali indicado.

⁸⁰⁶ A razão de – em casos de recursos contrapostos, de defesa e acusação – o julgamento iniciar-se pelo recurso acusatório reside na prevalência que se deve dar ao *favor rei* na medida em que, não transitada em julgado a decisão condenatória recorrida pelas duas partes, melhor se ampara o direito de liberdade ao se oportunizar à defesa *falar por último*, isto é, reagir à acusação. Assim se guarda sintonia inclusive com a lógica do processo penal desde a denúncia: a defesa tem o ônus de *reação* à acusação, que se transplanta para o Tribunal.

6.4.2.2. Sustentação oral do Ministério Público em ações autônomas de impugnação

Em hipóteses de ação de impugnação, não se está diante de prolongamento da persecução penal em curso. Com isso, como já se argumentou, por não ser parte no processo penal surgido com a ação de *habeas corpus*, a atuação do órgão de acusação sequer é devida, visto que desnecessária para mero auxílio ao órgão julgador. Sua atuação como fiscal da lei só terá significado se o *habeas corpus* debater questões surgidas em ação penal de iniciativa exclusivamente privada.

No caso de revisão criminal, a manifestação oral só se justifica se for considerada como decorrente da atividade de parte, isto é, de oponente ao pedido do revisionando, como se assenta em doutrina nacional majoritária.

De toda forma, em julgamento do órgão plenário que se defrontou com a questão da sustentação oral em *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal pôde se deparar com a questão e, por maioria de votos, tomou decisão que chama a atenção no que tange à incidência do princípio da paridade de armas no processo penal brasileiro.

Os motivos da decisão do caso retratado a seguir convocam o problema da incidência da paridade de armas e da sustentação oral do Ministério Público tanto no que tange ao *habeas corpus*, quanto, inclusive, no que pertine à revisão criminal. Trata-se do julgamento da questão de ordem do julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.732.⁸⁰⁷

Naquele caso, como sustentado pelo impetrante da tribuna, em razão de o paciente ter tido a prisão preventiva a partir de requerimento subscrito pelo Procurador-Geral da República e pela Sub-Procuradora Geral da República, e, ainda, de a denúncia também ter sido subscrita pelo Procurador-Geral da República, provocou-se a Suprema Corte a decidir sobre a ordem das sustentações orais. Entendia a defesa que o representante do Ministério Público na sessão de julgamento ali não estaria na qualidade de fiscal da lei, mas de parte.⁸⁰⁸

---

⁸⁰⁷ STF, HC nº 102.732, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.05.2010.

⁸⁰⁸ Como consta do julgamento do referido *habeas corpus* (disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=RbsE2dyZCR4>>), a razão da discordância da representante do Ministério Público da União quanto ao pleito defensivo estaria na constatação de que, naquele caso, o *habeas corpus* se apresentaria com as conformações de recurso, daí porque o recorrido deveria ter a possibilidade de, “em igualdade de condições”, debater com o recorrente as questões em pauta.

Nas palavras do Ministro Relator, não há “uma parte antagônica propriamente dita no *habeas corpus*. A relação processual [...] mostra-se tendo em conta a figura do impetrante, a do paciente e a do órgão apontado como coator”.

Por outro lado, como dito pela Vice-Procuradora-Geral da República que teve assento naquela sessão de julgamento, Deborah Duprat, ela – e não o subscritor do requerimento de prisão preventiva dirigida ao paciente – fez-se presente na sessão justamente em razão do impedimento daquele por ter subscrito, além do pedido de prisão preventiva, também a denúncia endereçada ao paciente.

Ou seja: a representante do Ministério Público na sessão de julgamento entendia que a instituição poderia se repartir. Se representada por uma pessoa, a atividade poderia ser vista como a de *parte*; mas se representada por outra pessoa, resguardar-se-ia a atuação como *custos legis*. Assim, segundo se vê da aludida sessão de julgamento, seria necessária a separação – no âmbito da atuação das pessoas dos Procuradores da República – entre autor e órgão *custos legis*.

De acordo com o raciocínio esposado e para fugir da incongruência aqui tantas vezes apontada, seria possível que um representante do Ministério Público figurasse como *custos legis* e que outra pessoa da mesma instituição representasse o órgão como parte. Além disso, a discordância da representante da Procuradoria-Geral da República contra o pleito defensivo colocado em questão de ordem decorreu do entendimento de que, naquele caso, o *habeas corpus* se apresentava “com a conformação de um recurso”. Seguiu-se então o entendimento segundo o qual deveria ser permitido – tomando-se o Ministério Público da União como recorrido – que “acusação e defesa debatam em igualdade de condições”.⁸⁰⁹

Naquela ocasião, desrespeitou-se o princípio da paridade de armas no processo penal. Por um lado, houve o entendimento de que o *habeas corpus* poderia equiparar-se a um recurso (ou ter as conformações dele), daí porque o representante do Ministério Público defender as razões da decisão guerreada. Acontece que o *habeas corpus* não é recurso e,

---

⁸⁰⁹ A esse respeito, basta ver a gravação da sessão de julgamento, a partir de 27’44” (disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=RbsE2dyZCR4>>). Do voto do Ministro Carlos Ayres Britto deflui-se inclusive, de um lado, o apego ao argumento de que o Ministério Público, em *habeas corpus*, atua como *custos legis* (e por essa razão ter-se-ia curvado ao argumento de que tal atuação estaria resguardada com a presença na sessão de julgamento não do subscritor da denúncia, mas da Vice-Procuradora-Geral da República); e, ainda assim e no mesmo voto, concordou S. Exa. com o argumento de que o *habeas corpus* ali colocado teria as feições de recurso, daí porque ser necessário o órgão do Ministério Público conhecer da sustentação oral defensiva para depois fazer a sua. O Ministro Celso de Mello tratou o Ministério Público, no âmbito de *habeas corpus*, como “sujeito processual necessário”.

por isso, o órgão do Ministério Público não deve comportar-se como parte na ação constitucional.

Mesmo que, como já visto, a ação constitucional por vezes se assemelhe a um recurso,⁸¹⁰ isso se deve ao seu uso, e não à sua conformação estrutural. Assim, ainda que se privilegie tal entendimento, funcionalmente não haveria como se cobrar uma *igualdade de condições* entre impetrante e Ministério Público, pois estruturalmente o órgão não é parte em *habeas corpus*. Também não se poderia, muito menos, atribuir tal *igualdade de condições* se não há razões ou contrarrazões em *habeas corpus*.

E, a vingar a assimilação proposta pela representante da Procuradoria-Geral da República entre *habeas corpus* e recurso, o problema aqui analisado continuaria a existir na medida em que a manifestação da autoridade coatora sequer teria cabimento. Afinal, o antagonismo seria estabelecido entre as *partes* propriamente ditas.

Por outro lado, como se decidiu por maioria, entendeu-se que a manifestação do órgão do Ministério Público, mesmo que a título de fiscal da lei, possibilitaria que a sustentação oral fosse proferida depois da do impetrante. Ainda assim, não há como se prestigiar a manifestação oral posterior do Ministério Público.

Isso não se deve apenas à inexistência da ideia, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de que em *habeas corpus* deva a acusação necessariamente (e inclusive por último) manifestar-se a título de fiscal da lei, mas se justifica porque o único fundamento jurídico desse entendimento consagrado na prática jurisdicional repousa no já tratado Decreto-Lei nº 552/69, que padece de inconstitucionalidade.

Em ações autônomas de impugnação, sejam elas quais forem, a atuação em sustentação oral do órgão do Ministério Público, se como fiscal da lei, deve circunscrever-se aos casos de ação penal de iniciativa exclusivamente privada. A atuação na revisão criminal, a propósito, só terá justificativa se ocorrer a título de parte.

A não ser assim, acaba-se por privilegiar, sob vestes de imparcialidade, manifestação provinda do órgão acusatório que reforça as teses do autor da ação penal pública e torna desvantajosa a situação processual do acusado.

---

⁸¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*, cit., p. 233-234.

6.5. Paridade de armas em execução penal

Em matéria de execução penal, o tratamento da paridade de armas depende de duas considerações: sobre sua natureza jurisdicional e sobre a posição jurídica do Ministério Público. Fixadas as duas premissas é que pode ficar mais nítida a razão pela qual se encampa, neste trabalho, o entendimento de que o princípio da paridade de armas incide também em execução penal.

A primeira,⁸¹¹ que é jurisdicional e não administrativa, faz com que dela decorra a aplicação de todas as normas constitucionais e processuais penais inerentes às garantias fundamentais de quem se vê envolvido no processo penal.⁸¹² A segunda, mais apegada ao tema central aqui discutido, refere-se ainda outra vez à assunção do papel do Ministério Público como o de parte, isto é, com ente que representa interesses (ainda que coletivos, públicos, sociais) e que por isso mesmo atua com parte também no processo penal da execução.

Pela primeira das perspectivas, vigente a Lei de Execução Penal desde 1984, seu artigo 194 prevê o procedimento judicial como aquele que deve nortear a aplicação dos ditames do curso de execuções penais. Tal previsão, segundo René Ariel Dotti, já seria o

---

⁸¹¹ Conquanto neste trabalho não se desça às minúcias de se tomar a execução penal como um autêntico processo autônomo (posição assumida) ou como mero procedimento do processo penal (posição que é a de Vicente Greco Filho, conforme se lê em *Manual de processo penal*, cit., p. 110), não se pode deixar de verificar a estranheza da própria instauração da situação jurídica da execução penal, decorrente de ato de ofício do juiz. À luz da separação de funções entre julgador (pois, por ser jurisdicional, há efetivo julgamento em execução penal, e em questões das mais distintas, mesmo que repetidas vezes, como saídas temporárias, regressões de regime, reconhecimento de remições de pena, progressões de regime, expedição de alvarás de soltura, reconhecimento de extinção de pena etc., conforme o artigo 66 da Lei de Execução Penal), condenado e Ministério Público, é realmente de se questionar se a execução penal deveria ter início por ato daquele que é – ainda – imparcial, ou por provocação de parte. Ao que parece, melhor seria que o dispositivo do artigo 105 previsse que o início da execução dar-se-á por ato de impulso da parte (no caso: Ministério Público), e não por ato judicial, de determinação de expedição de Carta de Guia. O interesse que moveu o Estado (acusador, e não julgador) a ver imposta uma pena a alguém é o mesmo (de que essa pena seja cumprida), e por imperativo lógico é titularizado pelo mesmo Estado (não mais acusador, mas interessado na satisfação do direito reconhecido em sentença transitada em julgado, mas ainda, e de forma alguma, não julgador). Para Aury Lopes Júnior, autor que faz a advertência aqui acatada, há ainda outra crítica séria à natureza inquisitória da Lei de Execução Penal, pois nela “predomina a forma escrita dos atos, o contraditório e o direito de defesa são bastante limitados (defesa técnica), e, por derradeiro, a própria coisa julgada pode ser violada” (Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 373).

⁸¹² “Os princípios que regem o processo de execução são basicamente os mesmos do processo de conhecimento” (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Processo de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 2. abr./jun. 1993, p. 103).

bastante para sepultar o antigo entendimento que tomava o direito de execução penal como uma relação de direito administrativo.⁸¹³

Ainda por essa premissa, a paridade de armas, como decorrência da igualdade processual no plano do direito positivo, está presente na execução penal. E, como desenvolvido neste trabalho, ela deve ter sua incidência garantida em todos os casos concretos em que se coloquem antagonicamente as situações do condenado – trata-se de abreviar o tempo de cumprimento de pena ou de gozar de benefícios inerentes à duração e progressão do regime de pena – e as do representante do Estado que tutela o interesse em ver satisfeita a execução da pena imposta.

Foi a propósito disso que Alberto Silva Franco tratou da legalidade em execução penal e mencionou, ao lado das garantias da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, a *igualdade de armas*.⁸¹⁴

O processo de execução penal é, pois, como ensina Ada Pellegrini Grinover, “o instrumento através do qual se opera a jurisdição, para a tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e para a efetiva realização do comando concreto emergente da sentença”.⁸¹⁵

⁸¹³ A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 129, abr./jun. 1985, p. 47. O autor também aludiu aos itens 88 e 92 da exposição de motivos da própria Lei de Execução Penal para afastar o antigo entendimento de que o sistema deveria ser regido por normas de direito administrativo. A doutrina brasileira que se debruçou mais a fundo sobre o tema não diverge, desde a vigência da lei, sobre a natureza eminentemente jurisdicional do processo de execução penal. A esse respeito, ver, dentre tantos: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 98-99; BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43 e ss. e 63 e ss; GRINOVER, Ada Pellegrini. A exigência de jurisdicionalização da execução na América Latina. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Processo de execução penal, cit., p. 101-103; AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, nov./dez. 2009, p. 162; CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, jan./mar. 1995, p. 115-120; FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 3, jul./set. 1993, p. 89; FRANCO, Alberto Silva. A jurisdicionalização da execução penal. In: *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 103; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 342 e ss.

⁸¹⁴ A jurisdicionalização da execução penal, cit., p. 100. Geraldo Prado, em estudo dedicado à execução penal, acatou expressão de Fazzalari repetida por Antonio Magalhães Gomes Filho, segundo quem, também nessa fase do processo penal e assim como na fase instrutória do processo de conhecimento, deve haver uma “simetria das posições subjetivas” (*Sistema acusatório...*, cit., p. 223). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a propósito, entendem que em execução penal incidem, como aqui defendido, todas as garantias do *devido processo legal* e do *contraditório*, entre as quais se encontra a da “igualdade processual” (*Teoria geral do processo*, cit., p. 344).

⁸¹⁵ Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7. A propósito, vale destacar trecho da Súmula nº 44 das Mesas de Processo Penal (atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em sessão de 8 de novembro de 1983):

Quanto à segunda premissa, o Ministério Público atua como parte também na fase da execução penal. Assim é porque tanto quanto na instrução penal, ou mesmo antes, em investigação preliminar, ele defende interesses no âmbito do processo penal. A indisponibilidade desses interesses não desnatura a atividade do Ministério Público como a de parte, mesmo em execução penal.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Antonio Scarance Fernandes. De acordo com o autor, “tanto no processo de conhecimento, quando é aplicada a pena, como no de execução, quando é ela efetivada, o Ministério Público é sempre parte, na defesa desse interesse indisponível de punir o autor do crime”.⁸¹⁶

A assunção de tal ponto de vista merece um esclarecimento adicional que pode tornar mais evidente a ligação entre a primeira e a segunda premissa deste capítulo. Isso porque tanto para aqueles como Vicente Greco Filho, que tomam a execução penal não como um processo autônomo, mas como uma mera fase procedimental do processo penal – aproximando-a da chamada *execução imprópria* do direito processual civil –, como para aqueles que a entendem como uma fase processual própria e autônoma dentro do direito processual penal, a posição paritária do Ministério Público como sujeito processual permanece hígida. Ou seja: mesmo que não se focalize tanto a conceituação do processo de execução penal em si, o tratamento do Ministério Público como parte permanece.

Na verdade, de acordo com a posição de Vicente Greco Filho, seria até mais simples sustentar o entendimento de que o Ministério Público atua como parte em execução penal. Por se tratar de procedimento e não de processo autônomo, na execução penal devem ser mantidas as posições paritárias advindas do processo penal de conhecimento.

De outro lado, acatar a premissa segundo a qual há na execução penal um novo processo e não uma mera fase procedimental do processo penal em curso provoca um debate sobre o possível papel do Ministério Público. Só então se pode falar em situações de

---

“Como em todo processo, entendido como relação jurídico-processual tríplice, o processo de execução penal é processo de partes, que assegura ao sentenciado as garantias do “devido processo legal”, decorrentes diretamente da Constituição, mesmo no silêncio dos Códigos” (Natureza jurídica da execução penal, cit., p. 9). E também da Súmula nº 85: “são garantias plenamente aplicáveis ao processo de execução penal, coo decorrência dos princípios constitucionais do ‘devido processo legal’, ainda que a lei processual não as assegure expresamente, a igualdade, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade” (p. 12).

⁸¹⁶ O Ministério Público na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal*: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 28.

vantagem e desvantagem, em cada momento processual, entre as partes no processo da execução penal.

E aqui, uma vez mais, desponta o interesse do Ministério Público: não mais o de deduzir a acusação com vistas a atingir sentença de mérito, mas já o de garantir a satisfação do direito reconhecido no processo penal de conhecimento. Nesse sentido, pode-se tomar de empréstimo a lição de Ela Wiecko de Castilho, que entende o Ministério Público como “parte obrigatória no processo de execução”,⁸¹⁷ a partir da constatação de que, ao *requerer e recorrer*,⁸¹⁸ ele representa os interesses do Estado (e por isso atua como parte).

Se no processo de conhecimento o interesse representado pelo Ministério Público era o de confirmar a imputação originalmente formulada e assim ver imposta uma condenação, em execução é o cumprimento dessa mesma pena imposta – decorrente de processo que o próprio Ministério Público impulsionou e gerou decisão condenatória transitada em julgado – que o anima. Além disso, o problema da atuação bifronte do Ministério Público durante a fase cognitiva da persecução penal, prévia ao trânsito em julgado de condenação, repete-se em execução penal.

Daí porque se faz necessário explicitar a premissa de que, em ambos os casos, o Ministério Público não deve atuar, no feito, ora como *custos legis*, ora como parte. Afinal, tanto em um quanto em outro, há claro antagonismo entre suas manifestações e as do então acusado, ora condenado. E onde há antagonismo, dados os interesses contrapostos visados pela atuação de uma e de outra parte, há *oponentes* para fins de incidência do princípio da paridade de armas.

Tocando nesse ponto, Sidnei Beneti primeiro reconhece que o “Ministério Público, no processo de execução, atua de forma bifronte”, e logo em seguida deduz que “o Ministério Público não é, no sistema brasileiro, incumbido de realizar a execução da pena, mas, sim, atua como parte”.⁸¹⁹

Conquanto o artigo 67 da vigente Lei de Execução Penal trate do Ministério Público como atuante para “fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança”, não se pode deixar de perceber seu papel de parte no processo executivo, papel este que também foi o seu na fase cognitiva prévia à decisão condenatória transitada em julgado.

---

⁸¹⁷ *Controle da legalidade na execução penal*, cit., p. 86.

⁸¹⁸ A autora apresenta nada menos que dezenove exemplos, com amparo na Lei de Execução Penal, de situações em que o Ministério Público exerce o poder de *requerimento* em execução penal, em nítida atividade de parte (*Controle da legalidade na execução penal*, cit., p. 85-86).

⁸¹⁹ *Execução penal*, cit., p. 75.

Oficiar como *custos legis* implica, realmente, o problema da atuação bifronte do Ministério Público, e parece residir aí o ponto exato que precisa ser corrigido: a atuação daquele que vela pela execução do direito reconhecido por título executivo é a de parte, e não a de fiscal da lei. Os interesses representados pelo Ministério Público, tanto na fase de instrução no processo de conhecimento, quanto na do processo de execução, são os mesmos, identicamente indisponíveis e caros nas duas fases da persecução penal.

A propósito da simetria existente entre a parte processual que atuou no processo de conhecimento e a parte processual que atua na fase executória, é acertado o entendimento de Antonio Scarance Fernandes, para quem (com a tônica de seguir aquele autor a teoria da relação processual), também na execução:

Os três sujeitos principais da relação jurídica são facilmente identificáveis: o juiz, o MP e o condenado. O MP e o condenado são partes, cada um velando por determinado interesse. Quer o primeiro que se efetive comando da sentença condenatória e que a ressocialização do sentenciado seja feita sem prejuízo à garantia social. O sentenciado deseja que: a execução não ultrapasse os limites do julgado penal e lhe sejam garantidos todos os direitos assegurados pela lei, tais como a progressão da pena, a saída temporária, a frequência a escolas etc.⁸²⁰

Ainda sobre a premissa de que o Ministério Público atua como parte em execução penal, é oportuno lembrar que a jurisdicionalização da fase executiva da persecução penal não teria sentido, pois traz consigo a incidência das normas inerentes ao devido processo legal. Isso não aconteceria se, também na execução, a estrutura do processo não fosse dialética.

Em outros termos: não faria sentido passar da natureza meramente administrativa para a jurisdicional da execução penal⁸²¹ – aplicando-se com isso, na derradeira fase da persecução penal, todo o leque de direitos e garantias do devido processo legal – se mesmo assim se pudesse imaginar que na fase da execução o processo fosse de *parte única*,

⁸²⁰ Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado, cit., p. 89. Em rodapé, o autor expõe, inclusive, a lição de direito comparado, com menções às doutrinas italiana (Alfredo Gaito) e portuguesa (Anabela Rodrigues).

⁸²¹ O que, de resto, sinaliza uma evolução também no plano do direito comparado, como noticiam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho em estudo conjunto feito a propósito das situações nos ordenamentos do Brasil, da Costa Rica, da Argentina e do Uruguai, com cotejo nas previsões do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América. Enquanto na Costa Rica ainda não há jurisdicionalização da execução penal, tanto no Uruguai quanto na Argentina caminha-se em sentido de maior jurisdicionalização. Ao enfocar o Código Modelo, entende-se que ali se prevê maior jurisdicionalização na fase executiva do processo penal e, inclusive, mantém-se o Ministério Público em seu papel de parte no processo penal (A exigência de jurisdicionalização da execução. In: MASSA, Micheli; SCHIPANI, Sandro (Orgs.). *Un "Codice Tipo" di procedura penale per l'America Latina*. Milão: Cedam, 1994, p. 331-336).

situação que seria a de se tomar o Ministério Público como mero fiscal da lei, sendo parte apenas o condenado.⁸²²

Como já se disse aqui, a suposição de que o mesmo órgão possa atuar ora como fiscal da lei (Lei de Execuções Penais, arts. 67 e 68), ora como parte, não tem razão de ser e rompe com a definição de papéis dos atores do processo penal. Por isso, central que é o problema da posição jurídica do Ministério Público no processo penal brasileiro como um todo, a fim de se entender a aplicação da paridade de armas na fase executiva deve-se, necessariamente, tomar sua atuação como a de parte, pois parte ele é e sempre o foi ao longo do processo.

6.5.1. Paridade de armas na execução penal: exemplos de incidência e um ponto crítico

Em qualquer hipótese, há de se observar, em execução penal, a garantia de que não exista situação de desvantagem de um dos lados, ou seja, entre as partes em execução penal – Ministério Público e condenado. É justamente por isso que a Lei de Execução Penal, exemplificativamente nas situações de remição de pena (art. 126, § 8º), imposição de regime disciplinar diferenciado (art. 52, § 2º) e revogação de livramento condicional (art. 143), prevê sempre a oitiva prévia do condenado antes de qualquer decisão judicial.

Nessas três hipóteses, em que a execução penal segue modelo jurisdicional (art. 194), deve-se resgatar, não sem o ponto crítico de a lei ainda prever decisão judicial sem provocação dos interessados,⁸²³ a oportunidade de o Ministério Público e o condenado terem seus argumentos sopesados em pé de igualdade.

Os exemplos que se colhem da lei de execução penal, pois, e que se manifestam em distintas situações decorrem dos chamados *incidentes de execução*. Na execução penal, não existe instrução típica nos moldes do processo penal em sua fase cognitiva. Daí, situações como resposta às manifestações acusatórias e posição em salas de audiência não se colocam.

---

⁸²² Dessa forma, mesmo que se possa discordar da ponderação de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que o Ministério Público, na execução penal, pode tanto atuar como “parte parcial” quanto como “parte imparcial”, com ela se concorda no seguinte: na execução, “partes serão o MP e o sentenciado, por seu defensor” (Anotações sobre os aspectos processuais da lei de execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal*: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 17-18).

⁸²³ O que causa estranheza à luz do *ne procedat iudex ex officio*, ainda mais em âmbito de execução penal, que por essência limita a liberdade individual.

Em execução penal, a instrução que se nota existir é atinente a esse ou aquele incidente, a ocorrências havidas no curso do cumprimento da própria pena; portanto, a paridade de armas incide, especifica e pontualmente, sobre os pedidos formulados tanto pelo Ministério Público, quanto pelo condenado, e sobre o peso igualitário que o magistrado atribui a eles.

Particular atenção merece a situação em que se impõe sanção em razão de cometimento de falta grave. Isso porque o artigo 59 da Lei de Execução Penal apenas trata do procedimento como dependente de regulamento, e nada mais. De sua sorte, o artigo 60 da mesma Lei apenas prevê o acesso à jurisdição do processo executivo em caso de imposição ao regime disciplinar diferenciado, sendo certo, ainda, que a colocação do condenado em isolamento por até dez dias não depende, como visto, de ordem judicial.

A situação é de fato importante porque abertamente afronta a regra geral do artigo 194 da Lei de Execução Penal (o procedimento nada tem de jurisdicional) e porque consiste em imposição grave e indiscutível no já limitado direito de liberdade do condenado, sem detalhamento do escrutínio judicial das medidas constritivas que podem ocorrer.

Tanto se lutou pela jurisdicionalização da fase de execução da pena e, ainda hoje, remanesce o anacrônico procedimento, sem judicialização, para averiguação de falta grave persiste. É fundamental que se resgatem aqui, por ambas as razões (seja pela obediência à regra geral, seja pela necessidade de decisão judicial em qualquer situação que atente à liberdade individual), as advertências de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, que, ao abordar especificamente essa questão, afirmou:

Como se trata de procedimento que pode culminar em restrição da liberdade individual, acreditamos que devem vigorar os mesmos princípios norteadores do processo penal como um todo, ou seja, o *in dubio pro reo* em matéria probatória e o respeito aos instrumentos de defesa, respeitadas as peculiaridades da situação.⁸²⁴

Enquanto não houver também a jurisdicionalização desse fundamental incidente de execução, não há o acesso à justiça de execução penal, com o que não há (intuitivamente) a imparcialidade para decisão que imponha qualquer medida decorrente de sanção em razão do cumprimento de falta grave. Ainda na mesma medida, tampouco há a possibilidade de

---

⁸²⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

os argumentos do condenado serem expostos (em pé de igualdade com algum que se lhes contraponha) para a apreciação legítima.

Por isso é que, se há os vários exemplos já vistos da manifestação do princípio da paridade de armas em execução penal (que decorrem da jurisdicionalização da fase executiva do processo penal), resta ainda um ponto nodal a ser resolvido: a imposição de sanção no curso do cumprimento da pena em razão do apontado cumprimento de falta grave. Nesse caso, ainda não existe paridade de armas.

7. ASPECTOS CONCLUSIVOS

Ao final do trabalho, é possível registrar sinteticamente as conclusões atingidas. Antes, vale salientar que o estudo da paridade de armas tem como ponto de partida o cenário constitucional, onde a igualdade é seu fundamento jurídico principal.

A presente abordagem da norma constitucional da igualdade tomou como apoio a teoria dos direitos fundamentais, de acordo com a qual a igualdade é um princípio e não uma regra jurídica. Em sendo princípio, ela é norma que não incide em cada caso concreto como um *tudo ou nada*, mas sim mediante critérios de ponderação. Além disso, tal perspectiva admite colisões entre a igualdade e outros princípios que lhe podem ser contrapostos, em relação na qual advém seu conceito mínimo (teoria externa). Ainda conforme a teoria dos direitos fundamentais, também não se exclui a incidência do princípio da igualdade, aprioristicamente, de qualquer situação (suporte fático amplo).

Com base na premissa da igualdade constitucional é possível chegar à paridade de armas no processo penal. A ideia de paridade remonta à igualdade entre os sujeitos processuais e, por isso, o extrato constitucional da igualdade é indissociável do tratamento dado à paridade de armas no processo penal.

Na evolução histórica dos Códigos de Processo Penal brasileiros – seja no Código Imperial, seja no início do período republicano, em que houve a promulgação de diversos e distintos Códigos de Processo Penal estaduais –, não se observa preocupação do legislador no tratamento da igualdade processual. O tema da paridade de armas, então, não se colocava em pauta.

A partir do Projeto Vicente Ráo, passou-se a se dar alguma atenção ao tratamento do princípio da igualdade processual. Isso, com variações de menor ou maior grau, foi percebido na redação originária do Código de Processo Penal de 1941 e nas alterações sofridas pelo documento até 2011. Em tais variações de tratamento ao princípio da igualdade processual, foram importantes pontos de referência os Projetos Hélio Tornaghi e Frederico Marques.

No direito processual penal projetado (PL nº 8.045/2010), há preocupação com o tema da igualdade processual e, assim, com a paridade de armas no processo penal.

Tendo em vista a assunção do princípio da igualdade como premissa de aplicação da paridade de armas no processo penal, faz-se necessário revisitar o conceito de *parte*

nesse contexto. Para tanto, é indispensável, em alguma medida, o auxílio da construção teórica do direito processual civil.

Em processo penal, ao se tratar da chamada *parte*, um estudo que tenha como foco a paridade de armas deve analisar o acusador, o acusado (em sentido amplo e em sentido estrito) e a assistência. A construção de tal conceito é apegada ao interesse que anima as participações dos sujeitos no processo e à existência do antagonismo de pedidos. E com isso se resgata a ideia de Chiovenda sobre legitimação ativa e passiva *ad causam*, a depender da origem e do direcionamento do pedido de tutela jurisdicional.

No processo penal brasileiro, o Ministério Público atua como parte e não como fiscal da lei. A fixação dessa premissa mostrou-se importante para o estudo da paridade de armas no processo penal, particularmente porque situa o antagonismo que move as atuações tanto do acusador, quanto daquele que reage à acusação. Por essa perspectiva, e para dar conformidade à incidência da paridade de armas, a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro como *custos legis* é exclusivamente aquela na qual a manifestação aconteça em ação penal de iniciativa privativa do ofendido.

O processo penal adversarial é o mais fecundo ao estudo da paridade de armas. Tal sistema processual, contudo, não se assemelha nem ao inquisitório, nem ao acusatório, ambos tidos como sistemas tradicionais de processo penal. Isso porque de ambos se separa tanto na origem e no desenvolvimento histórico e geográfico, quanto na atribuição da prevalência do papel das partes no processo.

Também com base na teoria processual que melhor se aplica à paridade de armas, o vocábulo *processo* foi aqui tomado não como relação jurídica, mas como conjunto de situações jurídicas. Isso porque a adversarialidade que se mostra na paridade de armas é noção que se desenvolve em estrutura na qual não há, entre as partes, cooperação nem recíproca, nem necessariamente para com o Estado-juiz.

O conceito de paridade de armas é construído por precedentes de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Não há, no sistema processual penal brasileiro, norma expressa que trate da paridade de armas. Tampouco se pôde verificar, em sistemas nacionais comparados, a previsão de norma expressa que pudesse conceituar a paridade de armas em processo penal.

Nesse particular, o conceito advém de julgados do TEDH (a partir da interpretação do artigo 6, I, da CEDH), do ICTY, do ICTR, da CIDH e de interpretação que deu o CDHONU ao artigo 14 do PIDCP.

A síntese que se extrai do posicionamento dos tribunais internacionais e do CDHONU quanto ao conceito de paridade de armas no processo penal é a seguinte: trata-se da oportunidade razoável dada a cada parte para apresentar seu caso – inclusive sua prova – sob condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu oponente.

Além dos julgados dos tribunais internacionais citados, a doutrina do direito processual penal internacional também contribui para o conceito de paridade de armas no processo penal. Ainda, para além de ambas as contribuições, é possível chegar à definição de paridade de armas em processo penal a partir da interpretação que pode ser dada a cada palavra do conceito então já extraído. A construção do conceito, ademais, depende de separar sua incidência de noções caras ao processo penal que lhe são próximas, como a *par condicio*, a presunção de inocência e o contraditório.

Paridade de armas no processo penal equivale a uma igual distribuição, ao longo do processo penal – desde sua fase pré-judicial até a etapa executiva –, aos envolvidos que defendam interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e provas com vistas a fazer prevalecer perante uma autoridade judicial suas respectivas teses.

Tal princípio está consagrado no direito processual penal brasileiro. Ele existe não em medida ideal e rigorosamente idêntica entre as partes, mas se reflete a partir da justificativa constitucional da igualdade, observadas as distinções fáticas entre as posições assumidas no processo penal.

Ainda assim, no direito processual brasileiro, há pontos em que a paridade de armas se aplica e pontos em que ela não se aplica. Nesse segundo caso, ora há justificativa constitucional que indica não haver ofensa ao princípio, ora não. E quando justificativa não há, configura-se violação.

Na investigação preliminar deve incidir a paridade de armas, visto que ali há oponentes e também que há carga acusatória em processo penal. A medida da observância do princípio, naquela fase processual, dá-se pelo que aqui se denominou duplo conhecimento por parte do investigado: passivo e ativo.

Pelo primeiro, a paridade de armas significa que ao investigado deva ser dado conhecimento amplo do conteúdo da persecução penal, sob pena de patrocínio de injustificável situação de desvantagem perante quem, previamente à ação penal, já rascunha acusação em seu desfavor. Pelo segundo, deve-se oportunizar ao investigado a

chance de levar à investigação os elementos de informação dos quais disponha e que lhe sejam úteis para a defesa de seus interesses.

Já no âmbito da ação penal, a paridade de armas se manifesta ostensivamente em vários momentos. A princípio, manifesta-se sobretudo na questão de direito positivo na transação penal (e na de direito projetado, de barganha). A incidência nesses casos é problemática, pois a premissa da igualdade entre quem propõe a medida penalizadora imediata e quem a aceita é posta, doutrinariamente, em xeque.

Depois, na situação de resposta à acusação, o princípio da paridade de armas se manifesta seja na distribuição de prazo para resposta simétrico ao utilizado por quem formulou a acusação, seja na necessidade de, para implementar resposta efetiva, contato reservado e desimpedido entre acusado e defensor. Em cada perspectiva o que justifica tratar desses exemplos como paridade de armas é a ideia de impedir que uma das partes seja tratada em situação de vantagem perante a outra.

Ainda na fase de resposta à acusação, a paridade de armas se mostra fundamental na reflexão sobre se determinar, ou não, nova vista ao acusador após a resposta defensiva. Há várias formas de se tratar desse assunto, mas, a fim de impedir situação injustificável de vantagem ao acusador em face do acusado, cogita-se de negar a abertura de novas vistas ao acusador salvo situações excepcionais justificadas no texto.

Depois, em instrução criminal, a necessária aderência ao princípio da paridade de armas impõe que ao magistrado se dê a mesma atenção concedida aos pedidos formulados pelas partes. A observância da paridade de armas aprioristicamente exclui a possibilidade de que pedidos provindos do órgão acusatório – seja ele público ou particular – detenham, por si, maior peso ou crédito do que os provindos da defesa.

Nesse particular, deve-se repensar a existência de poderes requisitórios no processo penal tendencialmente dirigidos a uma só das partes (majoritariamente o acusador público, afora exceções previstas para as Defensorias Públicas da União e dos Estados). A observância plena do princípio da paridade de armas no processo penal, a propósito disso, demanda ou que se estenda à defesa o poder requisitório em grau simétrico ao acusatório, ou que se extirpe tal poder do processo penal, visto que ele é atrelado à noção de sobreposição de interesse estatal ao individual.

No que tange à repartição das salas de audiência, trata-se de medida a ser repensada para que se cumpra a paridade de armas também na ritualística forense. Não é possível que, em simetria de posições antagônicas, acusado e acusador sejam vistos pelos

destinatários da justiça como distintamente próximos do juiz, isto é, com estando um deles mais próximo do que o outro.

A concepção cênica das salas de audiência, aliás, é o aspecto mais visível, conquanto não o único e nem o mais importante, em que se manifesta o problema da igualdade na atribuição dos papéis das partes no processo penal.

Em situações recursais, a paridade de armas é respeitada se e na medida em que ao órgão acusatório seja resguardado estritamente seu papel de parte no processo penal. Daí ser impossível prestigiar – salvo nas situações de ação penal privativa do ofendido – manifestação, oral ou por escrito, a título de parecerista, ou seja, a título de *custos legis*.

Por seu turno, em situações de ação de impugnação, o papel de parte no processo penal deve também ser assegurado em revisão criminal, sob pena de que a manifestação do Ministério Público, conquanto rotulada de *parecer*, ofenda a paridade de armas. Faz-se necessário, portanto, prestigiar a lição segundo a qual, em revisão criminal, o Ministério Público é antagonista do autor da ação, e não um ente desinteressado e imparcial.

Em *habeas corpus*, a paridade de armas no processo penal é problemática porque as partes na ação especial são o impetrante e a autoridade coatora. Daí ser impossível a participação do Ministério Público como parte. Ainda nesse contexto, a participação do Ministério Público como *custos legis* não tem razão de ser – salvo casos de ação penal privativa do ofendido que tenha motivado o *writ* –, sob pena de ofensa à paridade de armas. Isso porque a manifestação do Ministério Público a título de *custos legis* formalmente se aparenta como isenta, mas ou é tendencialmente contrária aos interesses do paciente em *habeas corpus* (na hipótese de *habeas corpus* não impetrado pelo Ministério Público), ou é intervenção anômala (na situação em que o *habeas corpus* é impetrado pelo próprio Ministério Público).

Sobre o Decreto-Lei nº 552/69, que revogou o artigo 611 do Código de Processo Penal, pode-se afirmar que ele é materialmente inconstitucional. Assim, em controle concentrado de constitucionalidade (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), é necessário arguir a inconstitucionalidade. Também se pode objetar, em situações concretas, que suas disposições não foram recepcionadas pelo texto constitucional vigente.

A prevalecer o entendimento jurídico segundo o qual não há inconstitucionalidade formal superveniente à nova ordem constitucional, ao menos em relação ao campo material, a inconstitucionalidade pode ser arguida.

Com isso se afirma, ainda no que tange ao *habeas corpus* (excetuada a situação de *writ* decorrente de persecução penal em que a ação penal seja de iniciativa privativa do ofendido), que não deve haver interveniência do Ministério Público, seja a título de manifestação escrita, seja a título de manifestação oral.

Afirma-se, enfim, que a paridade de armas, incide também em execução penal, visto que ali há oposição de interesses e antagonismo típico de partes entre condenado e Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, interpretação gráfica*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1957.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALEMANHA. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal: análises e confrontos*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1938.

_____. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901.

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y derecho procesal: introducción*. Madrid: Aguilar, 1960.

_____. *Instituciones de derecho procesal penal*. v. I, 2. ed. Madrid: Gráficas Encinas, 1979.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. Em busca do devido processo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, nov./dez. 2009.

AMBOS, Kai. ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o misto? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 57, nov./dez. 2005.

_____. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos procesales: igualdad de armas, procedimiento preliminar participativo y el art. 6 CEDH. In: _____. *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

_____. *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais*. (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Confidential investigations (article 54(3)(E) ICC Statute) vs. disclosure obligations: the Lubanga case and national law. *New Criminal Law Review*, v. 12, n. 4. 2009.

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milão: Giuffrè, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Coords.). *Que futuro para o direito processual penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 525-551.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANTEPROJETO de Código do Processo Penal. Apresentado ao Exmo. Sr. João Mangabeira, Ministro da Justiça Negócios Interiores, pelo Professor Hélio Tornaghi. Rio de Janeiro, 1963.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato Nalini. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

AROCA, Juan Montero. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Tecnos, 1976.

_____. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1997.

_____. La inutilidad del llamado principio acusatório para la conformación del proceso penal. In: _____. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara Editores, 2008.

_____. Principio acusatório y prueba en el proceso penal: la inutilidad jurídica de un eslogan político. In: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Coord.). *Prueba y proceso penal: análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Ciclo de palestras sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Unidas Ltda., 1971.

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Edson Luis. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 137, abr. 2004.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens distorções, atualidades. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, n. 78, set. 2004.

BABCOCK, Barbara Allen. Fair play: evidence favorable to an accused and effective assistance of counsel. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 34, 1981-1982.

BACIGALUPO, Enrique. Presunción de inocência, “in dubio pro reo” y recurso de casación. In: MARTINEZ, Edmundo Vasquez. *Derechos fundamenatles y justicia penal: Liber Amicorum*. San Jose da Costa Rica: Editorial Juricentro, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunal do Júri: Lei 11.689, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 76, jan./fev. 2009.

_____. O ônus da prova no *habeas corpus: in dubio pro libertate*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. *O empate no julgamento da ação penal de competência originária do STF: absolver por quê?* 21 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-22/gustavo-badaroem-empate-presuncao-inocencia-assegurada>> (sob o título: *Em caso de empate, inocência deve ser assegurada*).

_____. *Processo penal*. São Paulo: Elsevier; Campus Jurídico, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierapaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Irineu. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 78, abr./jun. 1986.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Padova: Cedam, 1966.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. v. 1, 5. ed. Brasília: Editora UNB; Imprensa Oficial, 2004.

BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro*. v. IV. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1942.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAIUBY, Junio Soares. *Novas linhas sobre o processo criminal*. São Paulo: C. Teixeira & Cia., 1927.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, parte 1, 1950.

_____. Un maestro del liberalismo processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VI, parte 1, 1951.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, 2000.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANTERJI, Rafael Braude; COELHO, Roberta Werlang. Prazo razoável para responder à acusação. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 232, mar. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo posto. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VIII, parte 1, 1953.

_____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís-Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1994.

CASARA, Rubens R. R. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, 2003. (Coleção História Constitucional Brasileira)

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891): comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002. Edição fac-similar.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos, ago. 1997.

CERRI, Augusto. *L'eguaglianza*. Roma: Editori Laterza, 2005.

_____. Uguaglianza (principio costituzionale di). In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, 2007.

CHIAVARIO, Mario. Il Pubblico Ministero organo di giustizia? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, a. 14, n. 3, 1971.

_____. Presunzione d'innocenza e diritto di difesa nel pensiero di Francesco Carrara. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, fascículo 2, abr./jun. 1991.

_____. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3. ed. Turim: UTET, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, v. II: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição*. Trad. Por Paolo Capitanio, com anotações de Enrico Tullio Liebman. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 19, dez. 1981/dez. 1982.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A jurisdicionalização do processo de execução penal: o contraditório e a ampla defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, jan./mar. 1995.

CÓDIGO do Processo Criminal do Districto Federal aprovado pelo Decreto n. 8.259, de 29 de setembro de 1910. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

CÓDIGO do Processo Criminal do Estado do Paraná. Lei n. 1.916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2.012, de 21 de março de 1921. Curitiba: Typ. D'A Republica, 1924.

CÓDIGO do Processo do Estado da Bahia. Annotado por Eduardo Espínola. Bahia: Typ. Bahiana, de Cincinnato Melchiades, 1916.

CÓDIGO do Processo Penal do Estado do Rio Grande do Sul. Edição oficial. Porto Alegre: Oficinas typoggraphicas da "Livraria Central"; Oswaldo Vieira & Cia., 1913.

CÓDIGO Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Lei n. 1.580, de 20 de janeiro de 1919. Índices alfabético, remissivo e geral e rectificação da Lei e da tabela "A" por José Tavares Bastos. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1919.

COLE, Rowland James Victor. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*. Tese (Doutorado) – Stellenbosch University, mar. 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro Zagrebelsky. Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 750, abr. 1998.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Milão: Cedam, 2008.

CONSOLIDAÇÃO das disposições legislativas e regulamentares referentes à organização da justiça e processo criminal do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto n. 1.937, de 29 de agosto de 1906. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, 1906.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>.

COSTA, Eduardo Maia. Para a democratização da sala de audiências. In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (Coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 19, jul./set. 1997.

_____. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COSTA, Tiago Félix da. *A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*. Coimbra: Almedina, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul./set. 2009.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 121, 1973.

_____. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press, 1986.

_____. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997.

DECARO, Luiz Guilherme Rorato. Pode o ministério público manifestar-se sobre a resposta à acusação antes de o juiz a apreciar? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 229, dez. 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Igualdade e desigualdade perante a justiça*. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXI, fasc. 1. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais” S.A., 1966.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal penal*. 3. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. Tomo I, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Intervenção de terceiros*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMINIONI, Oreste. *Le parti nel processo penale: profili sistematici e problemi*. Milão: Giuffrè, 1985.

DOTTI, René Ariel. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 129, abr./jun. 1985.

_____. Suspeição de magistrado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, p. 125-126, abr./jun. 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução: Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

_____. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. VII, 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración judicial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch Editores, 1961.

FANEGO, Coral Aranguena. Exigencias en relación com la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d. del CEDH. In: ROCA, Javier Garcia; SANTOLAYA, Pablo (Coords.). *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

FARANDA, Claudio. *La “par condicio” nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1968.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FASSLER, Lawrence. The Italian Penal Procedural Code: an adversary system of criminal procedure in Continental Europe. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 29, 1991.

FAWCETT, James E. Sandford. *The application of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FAZZALARI, Elio. Processo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII. Turim: UTET, 1966.

FEDOROVA, Masha. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge; Antwerp; Portland: Intersentia; School of Human Rights Research, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. O Ministério Público na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987. (Série Estudos Jurídicos 3)

_____. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 3, jul./set. 1993.

_____. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O equilíbrio na investigação criminal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Resposta à acusação. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela Lopes. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 190, set. 2008.

FERREIRA, Pinto. Igualdade (direito constitucional). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 42. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*. Lisboa: Almedina, 1988.

_____. *Processo penal*. reimp. Coimbra: Coimbra, 2004. (1. ed. de 1974)

FISCHER, Douglas. A ordem de sustentação oral nos processos criminais perante os tribunais: uma leitura acerca do espectro do que decidido pelo STF no HC n. 87.926-SP. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 10-12, mar. 2009.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição; as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FRANCO, Alberto Silva. A jurisdicionalização da execução penal. In: _____. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

GABBAY, Edmond. *The English adversarial system*. London: E. & J. Gabbay, 1990.

GAMBLE, Roger; DIAS, Noel. Equality of arms is a blessed phrase: its meaning under international law. *Sri Lanka Journal of International Law*, n. 21, 2009.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Group, 2009.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juízados especiais criminais, Lei 9.099/95: abordagem crítica: acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo; rito sumaríssimo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Ed. Labor, 1936.

_____. *Princípios gerais do processo civil: teoria geral do processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. *Princípios gerais do processo penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coords.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado: Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, n. 2 (El ministerio público), 1997.

_____. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no Código de Processo Penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao artigo 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONZÁLEZ, Alfonso Daza. *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2010.

GRANDE, Elisabetta. Italian criminal justice: borrowing and resistance. *The American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale "giusto": itinerarie e prospettive*. Milão: Giuffrè, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

_____. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987. (Série Estudos Jurídicos 3)

_____. Anotações sobre os aspectos processuais da lei de execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987. (Série Estudos Jurídicos 3)

_____. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: _____. *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. A exigência de jurisdicionalização da execução na América Latina. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. In: _____. *O processo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, jul./set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A exigência de jurisdicionalização da execução. In: MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro (Org.). *Un "codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*. Milão: Cedam, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades da ação penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUARNERI, Giuseppe. Sul problema dell'uguaglianza di armi nel processo penale. *Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, Milão, 1947.

_____. *Le parti nel processo penale*. Milão: Fratelli Bocca, 1949.

HAMILTON, Sérgio Demoro. O recurso do assistente do Ministério Público. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano III, n. 16, out./nov. 2002.

_____. A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público. In: _____. *Estudos de processo penal*. 3ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O parecer criminal do Ministério Público perante os tribunais: ato essencial do Processo. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). *Tributo a Afrânio da Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HARRIS, David J.; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*. London; Edimburgh; Dublin: Butterworths, 1995.

HARTMANN, Arthur; SCHMIDT, Rolf. *Strafprozessrecht: Grundzüge des Strafverfahrens*. 4. auflage. Gragsberg bei Bremen: Schmidt, Dr. Rolf Verlag, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatório en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JARDIM, Afrânio da Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 127, out./dez. 1984.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação penal especial*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sobre o contato via interfone entre advogado e cliente preso. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 156, nov. 2005.

KOHMANN, Günther. Waffengleichheit im Strafprozess? In: BAUMANN, Jürgen; TIDEMANN, Klaus (Coords.). *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*. Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1974.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. The dichotomy between judicial economy and equality of arms within international and internationalized criminal trials: a defense perspective. *Fordham International Law Journal*, n. 28, 2004-2005.

LANDSMAN, Stephen. Brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, Columbus, n. 44, 1983.

LANGBEIN, John H. The influence of comparative procedure in the United States. *The American Journal of Comparative Law*, n. 43, 1995.

_____. *The origins of adversary criminal trial*. New York: Oxford University Press, 2003. (Oxford Studies in Modern Legal History)

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, 2004.

LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. *Norme di attuazioni di coordinamento e transitorie del nuovo Codice di Procedura Penale*: annotate con le relazioni e con i lavori preparatori. Milão: Giuffrè, 1990.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEITE, Georges Salomão (Coord). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In: _____. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Ministério Público e persecução criminal*. 4. ed. rev., atual. e acrescida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. (Re)pensando o processo penal desde uma análise da sua natureza jurídica (ou quando finalmente vamos compreender a superação de Büllow por Goldschmidt). *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, jan./jun. 2008.

_____. (Re)descobrimos as teorias acerca da natureza jurídica do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 75, p. 101-130, nov./dez. 2008.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas* (Atualizado): Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*. Milão: Giuffrè, 1968.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal II: parte general: sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Sobre a condenação sem julgamento prevista no PLS 156/09. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 207, fev. 2010.

_____. Investigação criminal defensiva no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 96, 2012.

MALAN, Diogo; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 842, dez. 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.

MARINHO, Gonçalo. *Consultor criminal*. Pelotas: [s.n.], 1917.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, v. 2: processo de conhecimento. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: _____. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Elementos de direito processual penal*. v. I, 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Elementos de direito processual penal*. v. II, 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Elementos de direito processual penal*. v. IV, 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Milleninium, 2000.

MARZADURI, Enrico Antonio. La parità delle armi nel processo penale. *Quaderni Costituzioneale*, n. 2, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1948.

McEWAN, Jenny. *Evidence and the adversarial process: the modern law*. Oxford: Blackwell Business, 1992.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Processo de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1993.

_____. *Revisão criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORENO, Faustino Córdón. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no Código de Processo Penal: as novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUSTAFA, Abdul Azeez Habeeb. *Equality of arms as a fair trial guarantee: a comparative study of Índia and European Court of Human Rights*. Budapest: Central European University, 2007.

NEGRI, Stefania. The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure. *International Criminal Law Review*, Netherlands, n. 5, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NICOLITT, André. *Lei nº 12.403/2011: o novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA FILHO, João de. *Código do Processo Penal de Minas Gerais: notas*. São Paulo: Casa Duprat e Casa Mayença Reunidas, 1927.

ONU. *Selected decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*. v. 9. New York & Geneva: United Nations, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário nº 32*. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/71/PDF/G0743771.pdf?OpenElement>>.

OXFORD Paperback Reference: a Dictionary of Law. 5. ed. Edited by Elizabeth A. Martin. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PACHECO, Denílson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Poder de requisição para a defesa no processo penal: em busca da real paridade de armas. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 196, mar. 2009.

PASSOS, Edilenice. *Código de Processo Penal*: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal; Secretaria de Informação e Documentação, [s.d.].

PAULA PESSOA, Conselheiro Vicente Alves de. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil com a lei de 3 de dezembro de 1841, n. 261 e regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1899.

PAZ, Marcelo C. Castañeda. La igualdad de armas: de la teoría a la realidad. *Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, ano VII, n. 12, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal*: evolução histórica e fontes legislativas. 2. ed. São Paulo: Thomsom Iob, 2004.

PIMENTA BUENO, José Antonio (Marquês de São Vicente). *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 4. ed. anotada pelo Dr. Vicente Ferrer de Barros W. Araujo. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira & Cia., 1910.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola Vieira. Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 150, maio 2005.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Licitude da prova obtida por meio da busca e da apreensão. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia R. Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). *Direito penal econômico*: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas em torno da coação processual penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Ciência penal*. v. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

_____. O indiciamento como ato de polícia judiciária. In: _____. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Edições Cejup, 1987.

_____. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente à investigação criminal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Ed. Método, 2001.

_____. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, ano 5, n. 22, jun./ago. 2003.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Che cos'è l'eguaglianza: il principio ético e la norma giuridica nella vita reale*. Roma: Editori Riuniti, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

_____. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 4. ed. corrigida e melhorada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I (arts 1º-45). Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. v. IV. Brasília: Senado Federal, 2001.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Sobre procedimentos e antinomias. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 190, set. 2008.

_____. Poder negocial (sobre a pena), *common law* e processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos!? In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 75, jul. 2007. Também disponível em: <<http://>

pauloqueiroz.net/sobre-a-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau/print/>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau. *Boletim dos Procuradores da República*, Brasília, n. 75, p. 16-17, jul. 2007.

_____. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RÁO, Vicente. Código de Processo Penal (exposição de motivos). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 65, 1935.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: _____ (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Sobre o princípio da igualdade de armas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, fascículo 1, jan./mar. 1991.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. Revisão de Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUFFÍA, Paolo Biscaretti di. Uguaglianza (principio di). In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dirs.). *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIX. Turim: UTET, 1973.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SABATINI, Giuseppe. *Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*. v. 2. Napoli: Dott; Eugenio Jovene, 1943.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT, Eberhardt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*: comentario doctrinario de la ordenanza procesal penal y de la ley orgánica de los tribunales. Trad. Jose Manuel Nuñez. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1957.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 764, jun. 1999.

_____. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. Castellana del Dr. Jose Manuel Nuñez. Córdoba: Lerner, 2006.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal penal*. 2. ed., Madrid: Editorial Colex, 2007.

SHAPIRO, Alexander A. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the treason trial acts of 1696. *Law and History Review*, v. 11, n. 2, 1993.

SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas data*”, *mandado de injunção*, “*habeas corpus*”, *mandado de segurança*, *ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de 20 dez. 2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil, volume 1*: do processo de conhecimento, arts. 1º a 100. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003.

_____. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1917.

SPINA, Segismundo. *Normas gerais para os trabalhos de grau*: um breviário para o estudante de pós-graduação. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: Constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUMMERS, Sarah J. *Fair trials*: the European criminal procedural tradition and the European court of human rights. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

TAORMINA, Carlo. Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali. *La Giustizia Penale*, Roma, III, s. 7, a. 97, n. 8-9, ago.-set. 1992.

TARUFFO, Michelle. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*: el modelo americano del proceso de conotación dispositiva. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

TORON, Alberto Zacharias. O contraditório nos tribunais e o Ministério Público. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Processo penal*. v. 2, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Processo penal*. v. 4, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRECHSEL, Stefan (With the assistance of Sarah J. Summers). *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TRIBUNAL AD HOC DA EX-REPÚBLICA DA IUGOSLÁVIA. Disponível em: <http://icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>.

TRIBUNAL AD HOC DA REPÚBLICA DE RUANDA. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>>.

TRIBUNAL ESPECIAL DE SERRA LEOA. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org>>.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *“Habeas Corpus”, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*. v. II. Milão: Giuffrè, 2006.

_____. *Il processo penale: la verifica dell'accusa*. Bolonha: Il Mulino, 2008.

VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Tomo I, 2. ed. rev. atualizada e aumentada. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

VÉLEZ-MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. Tomo I, 3. ed., 2. reimp. atualizada por los Dres. Manuel N. Ayán, Jose I. Cafferata Nores. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986.

VIEIRA, Luis Guilherme. Paridade de armas: uma leitura constitucional dos arts. 3º e 396-a do CPP e 241, III, do CPC e o termo inicial de contagem do prazo para apresentação da resposta escrita no Processo Penal. In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (Coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIEIRA, Renato Stanziola. Ainda, investigação criminal direta do Ministério Público: poder implícito ou limite implícito? Proposta de novo enfoque. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 199, jun. 1999.

_____. Os lugares nas salas de audiência penal. *Valor Econômico*, 14 dez. 2011.

_____. Traços adversariais no projeto de Código de Processo Penal: uma proposta para o estudo da paridade de armas. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Orgs.). *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VIEIRA, Renato Stanziola; PIOVESAN, Flávia. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VIVANCO, José Miguel; BHANSALI, Lisa L. Procedural shortcomings in the defense of human rights: an inequality of arms. In: HARRIS, David J.; LIVINGSTONE, Stephen (Eds.). *The Inter-American system of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

VOGLER, Richard. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona: algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: HENDLER, Edmundo S. (Comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

_____. Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal. In: AMBOS, Kai; LYNETT, Eduardo Montealegre (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

VON BÜLLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichstein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

WASEK-WIADEREK, Małgorzata. *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European Countries: a comparative view*. Leuven: Leuven University Press, 2000. (Leuven Law Series 13)

WILSON, Richard. “Emaciated” defense or a trend to independence and equality of arms in internationalized criminal tribunals? *Washington College of Law Research Paper*, n. 43, 2008.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: _____ (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

XAVIER DE ALBUQUERQUE, Francisco Manoel. A assistência no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 12, 1966.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Orgs.). *Sigilo e processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. La noción de um proceso penal con todas las garantías. *Manuales de Formación Continuada*, Madrid, n. 22 (Derechos procesales fundamentales), 2004.

ZAPPALÀ, Salvatore. The prosecutor's duty to disclose exculpatory materials and the recent amendment to Rule 68 ICTY RPE. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 2. 2004.

ZILLI, Marcos. Os atores e seus papéis. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial do Projeto de Novo Código de Processo Penal, São Paulo, ano 18, ago. 2010.