

Paridade de armas no Processo Penal

Equality of arms in Criminal Procedure Law

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo resume pesquisa do autor sobre paridade de armas no direito processual penal. Como premissa do texto adotou-se a concepção segundo a qual a paridade de armas é definida a partir de sua ligação à norma constitucional da igualdade. Almejou-se atingir conceito próprio de paridade de armas no processo penal a partir de lições de direito processual penal comparado. Depois, foi usado o conceito no cenário processual penal brasileiro e se atingiram algumas conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Igualdade – Direitos fundamentais – Acusado – defesa – Acusação.

ABSTRACT: The article summarizes the author's research on equality of arms in criminal procedure law. As the premise of the text was adopted the conception according to which the equality of arms is defined based on its connection to the constitutional norm of equality. It was aimed to reach a proper concept of equality of arms in criminal procedure from lessons of compared criminal procedure law. Then this concept was used in Brazilian criminal procedure scenario and some conclusions were reached.

KEYWORDS: Criminal procedure – Equality – Human rights – Accused – Defence– Accusation.

SUMÁRIO: 1. Provocações iniciais e proposta da abordagem do tema – 2. Conceito de paridade de armas no cenário de direito comparado: 2.1 Decomposição do conceito do TEDH: nosso conceito – 3. Hipóteses de trabalho: 3.1 Partes no processo penal; 3.2 A desvinculação da paridade de armas do contraditório – 4. Incidências no direito processual penal brasileiro: 4.1 Persecução penal preliminar; 4.2 Ações penais de conhecimento; 4.3 Recursos e ações de impugnação: manifestação escrita e sustentação oral; 4.4 Execução penal – 5. Conclusões.

1. PROVOCAÇÕES INICIAIS E PROPOSTA DA ABORDAGEM DO TEMA

O tema “paridade de armas”¹ e sua ligação com o processo penal atual, aí incluído o brasileiro, é irrenunciável. A doutrina brasileira – e conseqüentemente também os Tribunais – precisam sem demora reapreciá-lo para reconhecer sua incidência no processo penal pátrio e, assumida a característica de norma principiológica de direito fundamental, enfrentar suas nuances, dificuldades e limites de aplicação.

Provoca-se a reflexão, ainda, a partir de um recorte científico que coloque o tratamento da paridade de armas não como decorrência da norma jurídica do contraditório no devido processo penal, mas sim como ligada à igualdade entre as partes.²

Separa-se, pois, a paridade de armas da chamada *par condicio*. Não diretamente em virtude dessa perspectiva, mas com ela interligado está também, no tratamento do tema, sua aproximação ao conceito de processo não como “relação processual”, mas como “situação jurídica”³, com o que se afirma que há uma ligação – ainda que não intrinsecamente indissociável – entre o sistema adversarial e a paridade de armas.

Ainda como provocação inicial, o tema em debate merece ser revisto no Brasil também porque não se pode prescindir do estudo de direito processual penal comparado, pois há importante ferramental trazido tanto por doutrina quanto pelas respostas de Tribunais que se viram, particularmente da segunda metade do século passado a esta parte, atentas à paridade de armas no processo penal.

Como dito pelo Tribunal *ad hoc* para julgamento dos crimes ocorridos na ex-Iugoslávia em *Prosecutor v. Tadic*, “o princípio da paridade de armas entre acusador e acusado em um julgamento criminal vai ao coração da garantia do ‘fair trial’”.⁴

As abordagens que deram ao princípio da paridade de armas organismos internacionais como o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (doravante TEDH), Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia (doravante ICTY) e Ruanda (ICTY), o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (CDHONU) e, ainda, alguns julgados da Corte

¹ Texto de suporte à exposição do autor em 29.08.2013, no XIX Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Agradeço o convite do IBCCrim, na pessoa de Carlos Pires Mendes, para debater o tema “paridade de armas”, e ao Prof. Eugênio Pacelli de Oliveira pela participação no debate e pela lhanza com que as discordâncias foram demonstradas. Se algumas citações a um trabalho meu foram inevitáveis, considero-as como necessárias à explanação dos pontos de vista que sustentei e que foram fruto de pesquisa acadêmica na Universidade de São Paulo.

² Renato Stanzola Vieira. *Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Direito, São Paulo, USP, 2013.

³ Idem, item 3.1, p. 73 e ss.

⁴ Case n. IT-94-1-A, 15.07.1999. Appeals Chamber, 15.07.1999, § 44.

Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) chamam a atenção e justificam a provocação inicial.

A partir dela, o que aqui se propõe a fazer, é, pois, refletir sobre a incidência do princípio da paridade de armas no sistema processual penal brasileiro.

O método utilizado para a abordagem do princípio da paridade de armas que se escolheu fazer neste texto foi o seguinte: a partir da análise do processo penal comparado, extrair um conceito de paridade de armas em processo penal. Daí, pela análise dos elementos estruturais do conceito atingido no âmbito do direito processual penal comparado, chegar-se a um conceito próprio.

Como hipóteses de trabalho dentro do método escolhido, assumiu-se a norma de direito fundamental com a perspectiva do chamado “suporte fático amplo” e se cuidou do arco temporal em que ela incide no processo penal. Para isso se focou na acusação no processo penal a partir da perspectiva de *parte*, isto é: o acusador – seja oficial, seja particular – foi tomado neste texto como parte processual penal que antagoniza com o acusado. E se sustentou que a paridade de armas se liga à igualdade e não ao contraditório.

Por fim, tratou-se de alguns exemplos da incidência da paridade de armas no direito processual penal brasileiro.

Nas conclusões se pôs à prova a proposta feita, a partir do que até lá se percorreu.

2. CONCEITO DE PARIDADE DE ARMAS NO CENÁRIO DE DIREITO COMPARADO

Como já sustentamos, “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 art. 6.º, I, da CEDH, quanto como a porta de entrada para que qualquer processo penal seja considerado justo e consistente com parâmetros de direitos humanos, ou ainda, como um dos elementos significativos do processo equitativo”.⁵

Há caudalosa doutrina que se debruça sobre a paridade de armas, seja para tomá-la como “elemento essencial do processo equitativo”,⁶ seja para ver nela o “princípio

⁵ Renato Stanzola Vieira. Op. cit., p. 141.

⁶ Stefan Trechsel (With the assistance of Sarah J. Summers). *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 94.

fundamental e estrutural do processo com todas as garantias”,⁷ seja para enxergar ali algo de “sacrossanto” ao processo penal contemporâneo.⁸

Firmes são os precedentes do TEDH que se fundamentam na paridade de armas entre acusador e acusado para analisar a existência ou não de ofensa às normas protetivas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, notadamente em seu art. 6, I.⁹

Assim, se por um lado autores como Stephan Trechsel e Stefania Negri situam o caso *Dombo Beheer v. Netherlands*, de 1992, como o primeiro precedente em matéria,¹⁰ Sarah J. Summers lembra que, já em 1959, conquanto em matéria de direito processual civil, já se tratava do princípio da paridade de armas.¹¹

Por fim, Giulio Ubertis é da opinião de que o primeiro precedente em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apreciou o tema da paridade de armas em matéria penal foi o caso *Neumeister v. Austria*, julgado em 1968, seguido de *Delcourt v. Belgium*, julgado em 1970.¹²

Em resumo, o TEDH entende que a paridade de armas (entre os oponentes, isto é, acusador e acusado, no processo penal) significa a “oportunidade razoável dada a cada

⁷ Enrique Bacigalupo Zapater. La noción de um proceso penal con todas las garantías. *Manuales de formación continuada*. Madrid, 2004, n. 22 (Derechos procesales fundamentales), p. 475.

⁸ Rowland James Victor Cole. *Equality of arms and aspects of the right to a fair criminal trial in Botswana*. Tese de doutorado, Stellenbosch University, 2010, p. 38.

⁹ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.º: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e 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 Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005).

¹⁰ Respectivamente: *Human rights in criminal proceedings* cit., p. 96 e The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure. *International Criminal Law Review*, n. 5, p. 515. Netherlands, 2005.

¹¹ *Fair trials: The European criminal procedural tradition and the European court of human rights*. Oxford and Portland: Hart Publishing. 2007, p. 105, rodapé n. 35. A referência da autora é ao caso *X. v. Sweden* (application n. 434/58, julgado em 1959).

¹² *Argomenti di procedura penale*. Milão: Giuffrè. 2006. vol. II, p. 15, rodapé n. 4. Os casos são, respectivamente: *Neumeister v. Áustria: Application* n. 1.936/1963, julgado em 27.07.1968; *Delcourt v. Belgium: Application* n. 2.689/1965, julgado em 17.01.1970.

parte de apresentar seu caso e sua prova sob condições que não a coloque em substancial desvantagem vis-à-vis de seu oponente”.

Essa é a síntese do entendimento dado pelo aludido Tribunal ao princípio da paridade de armas, que gerou diversas classificações quanto à aplicação do princípio no processo penal. Dentro das diversas classificações existentes, a de Stefania Negri chama a atenção. Diz a autora italiana que a paridade de armas incide no âmbito da (a) prova testemunhal, dada a observância do direito ao confronto que o acusado deve ter resguardado com as testemunhas acusatórias; (b) prova documental, dada a imperatividade de acusação mostrar à defesa os materiais que detém e digam respeito ao investigado ou acusado; (c) direito de presença perante o juiz e inclusive em situação recursal; (d) e na hipótese de prisão cautelar, direito de ser ouvido rapidamente por juiz e apresentação oral ou, se escrita, em tempo razoável, argumentos que possam idoneamente refutar os acusatórios.¹³

O conceito atingido pelo TEDH não depende da concepção formal de “parte” em processo penal, e nem tampouco da definição – dada por cada Estado-membro da comunidade europeia – do que seja a acusação penal. A propósito, é conhecido o precedente *Engel v. Others v. the Netherlands*,¹⁴ segundo o qual se estabeleceu que o conceito de acusação, para fins de incidência das normas protetivas do Tratado da União Europeia, independe da qualificação jurídica que cada Estado-parte dê a determinada conduta.¹⁵

Na visão do TEDH e da doutrina que se mostrou atenta a esse ponto, a incidência do princípio sequer depende do qualificativo formal de “parte” em processo penal.

¹³ Stefania Negri. *The principle of “equality of arms” and the evolving law of international criminal procedure* cit., p. 518-519. Quanto aos precedentes do TEDH nas matérias, merecem destaque neste texto: *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* (Application n. 10.590/1983, julgado em 06.12.1988, § 78); *Bonisch v. Austria* (Application n. 8.658/1979, julgado em 06.05.1985); *Edwards v. United Kingdom* (Application n. 13.071/1987, julgado em 16.12.1992); *Jasper v. United Kingdom* (Application n. 27.052/1995, julgado em 16.02.2000); *Belziuk v. Poland* (Application n. 23.103/1993, julgado em 25.03.1998). Sobre a perspectiva do “disclosure”, é de se lembrar da de recomendação adotada no âmbito da Comunidade Europeia – Rec (2000) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 06.10.2000. Sobre essa normativa: Masha Fedorova. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia. School of Human Rights Research, 2012, p. 251, rodapé n. 89.

¹⁴ *Applications*, n. 5.100/1971; 5.101/1971; 5.102/1971; 5.354/1972; 5.370/1972, julgado em 08.06.1976.

¹⁵ Sobre a aproximação do TEDH ao que se chama de “criminal charge”, HARRIS, David J.; O’BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Edinburgh; Dublin: Butterworths, 1995, p. 166. Sobre a relevância que o TEDH dá na construção da “criminal charge”: *Ozturk v. Germany* (Application n. 8.544/1979, julgado em 23.10.1984); *Deweere v. Belgium* (Application n. 6.903/75, julgado em 27.02.1980, § 42); *Corigliano v. Italy* (Application n. 8.304/1978, julgado em 10.12.1982, § 34); *Funke v. France* (Application n. 10.828/1984, julgado em 25.02.1993, §§ 41 e ss.).

Assim é por conta do antagonismo de interesses entre acusador (ainda que prodrômico, posto inexistir demanda formal, mas ainda assim endereçamento de atos de coerção e coação estatal a alguém suspeito da prática de crime) e acusado não depender da estruturação formal da demanda colocada em juízo, mas, sobretudo, por haver a incidência da norma protetiva desde o momento em que, como resenhado acima de forma bem resumida, incidir a “criminal charge”.¹⁶

As lições sejam advindas diretamente dos precedentes verificados no TEDH, sejam aquelas analisadas pela doutrina que sobre eles se debruçou, ecoam em diversos outros órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, por exemplo, no âmbito do Tribunal *ad hoc* da ex-República da Iugoslávia (ICTY) e no do Tribunal *ad hoc* de Ruanda (ICTR), há estabelecimento de diversas normas, no capítulo probatório das regras procedimentais, que prevêm igualdade entre acusação e defesa.¹⁷

Em *Prosecutor v. Tadic* o ICTY se defrontou com a questão da igualdade de armas na medida em que a defesa teria sido prejudicada diante de dificuldades causadas por um dos Estados que reconhecia a jurisdição do Tribunal na apresentação de testemunha para ser ouvida¹⁸.

Em *Prosecutor v. Oric*, outra vez o ICTY enfrentou a paridade de armas, dessa vez quanto à distribuição temporal para a produção das provas de cada uma das partes.¹⁹ E,

¹⁶ Kai Ambos. *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. Stefania Negri. *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.

¹⁷ Regras que vedam as chamadas “vantagens probatórias da acusação” (ICTY, regras 41 e 66; ICTR, regras 66 a 68); direito de defesa constituir advogado na fase investigativa (ICTY, regra 42; ICTR, regra 45), direito do acusado testar a prova acusatória e apresentar suas próprias testemunhas (ICTY e ICTR, regra 85). Consultou-se, do ICTR, a versão atualizada até a modificação de 01.10.2009 de suas regras de evidência, adotadas desde 29.06.1995. Do ICTY, consultou-se a versão atualizada até a emenda de 20.10.2011.

¹⁸ No âmbito do ICTR, ver também *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, particularmente os §§ 4.º a 6.º

¹⁹ *Prosecutor v. Oric*, Interlocutory Decision on Length of Defence Case, § 7). Como dissemos em outra oportunidade, “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” (Renato Stanzola Vieira. *Ob. cit.*, p. 155, rodapé 541).

em *Prosecutor v. Simic* foi debatida a paridade de armas à luz da impositividade do dever do *disclosure*.

Além dessas lições, que espelham o quão importante e atual é o princípio da paridade de armas no âmbito do direito processual penal comparado, há ainda outra menção, dada inclusive sua ligação ao princípio da igualdade, no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Isso porque, em comentário n. 32 ao art. 14, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,²⁰ o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas entendeu que:

“O direito de igualdade diante de cortes e tribunais, em termos gerais, garante, além dos princípios mencionados na segunda seção do art. 14, § 1.º, aqueles de igual acesso e igualdade de armas, e garante que as partes nos processos em curso sejam tratados sem qualquer discriminação.”²¹

²⁰ *Prosecutor v. Simic* (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 of access to material), § 22. Ver Masha Fedorova. *The principle of equality of arms in international criminal proceedings* cit., p. 251, rodapé n. 89. E, no âmbito dos precedentes do ICTR: *Prosecutor v. Bizimunguet* al. (ICTR-99-50-T, j. 30.09.2011, *Judgment and Sentence*, §§ 170-175, *Prosecutor v. Karadžić* (IT-95-5/18-T, T. Ch., julgado em 02.11.2010, *decision on accused's eighteenth to twenty-first disclosure violation motions*, §§ 40-41). O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Res. n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e ratificado pelo Brasil em 24.01.1992. Art. 14: “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 caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter 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 exigir, 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; e) a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exigir, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; f) 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; g) a ser assistida por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; h) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (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).

²¹ Trad. 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 n. 32, item 8). Ainda, vale a consulta aos seguintes precedentes:

Já quanto aos precedentes da CIDH, como dissemos em outro trabalho, “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”.²²

Nesse sentido é que se percebe que, das manifestações conhecidas da CIDH em matéria de paridade de armas, a maioria cuida de formalidades atinentes ao acesso dos cidadãos – majoritariamente por intermédio de organizações não governamentais – à Corte.²³

2.1 Decomposição do conceito do TEDH: nosso conceito

Da decodificação do conceito consagrado tanto nos precedentes do TEDH quanto nos demais órgãos protetivos dos direitos humanos que fazem expressa ou implícita referência a ele e, conseqüentemente, à doutrina que se formou ao redor, analisamos as expressões “arma”, “razoável”, “parte”, “apresentação do caso”, “prova”, “substancial desvantagem” e “oponente”.

Enquanto *arma* se refere à oportunidade dada ao ator no processo penal, no sentido indicado por Gimeno Sendra, de “situação, meio, oportunidade ou possibilidade”, a expressão “razoável” indica se tratar de norma de direito fundamental e, assim, sua incidência decorrer da possibilidade fática para que isso ocorra na maior amplitude possível.

Depois, ao se tratar de “parte”, imaginou-se o conceito em sentido amplo, daí porque se ler a “parte” como um *oponente*, com o que se rememora a noção segundo a qual “há

CDHONU, *Dudko v. Australia* (Communication n. 1.347/2005, decidido em 23.07.2007, § 7.4.; CDHONU, *Sankara v. Burkina Fasso*, Communication n. 1.159/2003, decidido em 28.03.2006, § 12.4.

²² Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 162.

²³ Caso *Cayara v. Peru* (sentença de 03.02.1993; exceções preliminares, §§ 42 e 62); Caso *Caballero Delgado & Santana v. Colombia* (sentença de 21 de janeiro de 1994, exceções preliminares, § 44); Caso *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros v. Guatemala)*; sentença de 25.01.1996, exceções preliminares, §§ 38, 42, 44); Caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá* (sentença de 18.11.1999, exceções preliminares, § 41); Caso *Cantoral Benavides v. Peru* (sentença de 03.12.2001, reparações e custas, § 31); Caso *Barrios Altos v. Peru* (sentença de 03.11.2001, interpretação da sentença de fundo, § 6); Caso *Gangaram Panday v. Surinam* (sentença de 4 de dezembro de 1991, exceções preliminares); Opinião Consultiva OC 16/1999, de 01.10.1999, 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. Em doutrina, consultar: Laurence Burgogues-Larsen e Amaya Úbeda de Torres. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press. 2011. p. 666).

oponente no processo penal, isto é, *parte* em sentido amplo, sempre que alguém imputa uma acusação a um terceiro ou, de alguma forma, endereça-se ato de coação estatal – prisão, medida de busca, de apreensão, sequestro de bens etc.”²⁴.

Depois, quando se cuidou da “apresentação do caso”, ultrapassou-se a noção de contraditório na medida em que “apresentar um caso” envolve não só a demanda no sentido ativo (inicial acusatória em ações penais de iniciativa pública ou privada, ou também requerimentos correlatos ou anteriores a ela), como a apresentação de outros pedidos acusatórios ou defensivos, inclusive no âmbito recursal e de execução da pena. Ainda, a “prova” para a paridade de armas não se liga somente ao “acesso às informações”, como também o “acesso às fontes de prova”. A “substancial desvantagem” se liga ao sopesamento inerente ao juízo de ponderação em norma de direito fundamental.

Por conta dessa decodificação, chegamos ao nosso conceito, primeiramente proposto em trabalho acadêmico e, depois, apresentado em peça subscrita na companhia de colegas que subscreveram memorial de *amicus curiae* em nome do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em uma dentre tantas matérias em que o tema se coloca como da ordem do dia,²⁵ que é:

“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.”

3. HIPÓTESES DE TRABALHO

A tomada de decisão de que a paridade de armas tem o aspecto de norma principiológica ligada à igualdade faz com que se retomem alguns contornos da incidência das normas de direito fundamental dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Este não é o campo, e nem haveria espaço para se aventurar na exploração das nuances da teoria, mas, definido o ponto de partida, a paridade de armas é um “mandamento de

²⁴ Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 186-187. Particularmente o recorte quanto à expressão “parte” significa renúncia à dependência da incidência do princípio à essa ou aquela fase processual. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, essa decisão dá maior eficácia à norma por não fazer depender sua incidência ao conceito (formal) de “parte”, pois se liga, antes, ao sentido de *oponente*. Essa perspectiva também faz com que se pense na paridade de armas como ligada à igualdade, e não ao contraditório.

²⁵ ADIn 4.768, rel. Min. Cármen Lúcia.

otimização”.²⁶ Nos limites deste texto se segue como indicativo do “conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê a ele imputa determinada consequência”²⁷ o chamado “suporte fático amplo” como conformador da norma de direito fundamental.

Tal escolha significa maior amplitude da norma porque, como dito especificamente em doutrina processual penal brasileira, adotar-se o chamado “suporte fático restrito” significaria determinar-se o que estaria “definitivamente protegido pela norma”,²⁸ situação que afastaria, *ex ante*, de proteção inúmeras situações. No limite, inclusive, seguir tal concepção do suporte fático da norma de direito fundamental redundaria em negar o aspecto principiológico da paridade de armas na medida em que significaria uma escolha (legislativa) *ex ante* do que está e do que não está protegido, na contramão do juízo *prima facie* inerente àquele tipo de normas jurídicas.

Uma vez estabelecida a incidência da norma principiológica, é fundamental tratar, como hipóteses do trabalho, da perspectiva de “parte” no processo penal como representante de interesse trazido ao processo, e também da colocação da paridade de armas como inerente à igualdade e não ao contraditório, distanciando-a, pois, da *par condicio*.

3.1 Partes no processo penal

Sem favor à chamada “teoria geral do processo”,²⁹ é possível, mesmo que observada e resguardada a especificidade da situação processual penal, resgatar a noção de Chiovenda segundo a qual “parte” é quem pede a tutela jurisdicional, de um lado, e aquele em face de quem ela é pedida, de outro. Vale dizer, para o processo penal, as partes são o acusador e o acusado.³⁰

²⁶ Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 92. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *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 de Livre-Docência em Direito, São Paulo, USP, 2010, p. 495. Maurício Zanoide de Moraes. *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. 271.

²⁷ Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68. Maurício Zanoide de Moraes. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro* cit., p. 274.

²⁸ Maurício Zanoide de Moraes. Ob. cit., p. 280.

²⁹ Até porque a concepção generalizante do direito processual civil é vista com ressalvas por processualistas penais como Aury Lopes Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e outros.

³⁰ Giuseppe Guarneri. *Le parti nel processo penale*. Milão: Fratelli Bocca, 1949, p. 23; Giuseppe Sabatini. *Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1943, vol. 2, p. 159.

Há, na doutrina processual penal, entendimentos que, desde Manzini,³¹ negam a ligação do conceito de parte apenas ao aspecto tipicamente processual (isto é: negam que o conceito decorra de construção abstrata e independente do direito material), e também a dualidade de interesses que no processo matizam a contraposição dos comportamentos de acusado e acusador.³²

Adota-se aqui o conceito processual de parte, no sentido, também apregoado por doutrina específica, segundo o qual no processo penal “parte” é um “qualificativo irrogado às pessoas que pedem ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional”.³³

Assumida a perspectiva processual do tratamento das partes no processo penal, assume-se postura que pode parecer, a quem não concorde com essa postura, mais radical. De toda forma, o que se defende é que a atividade de parte é ligada à contraposição dos interesses que animam os comportamentos seja do acusado seja do acusador (e seja ele oficial, seja o particular, privado). Diz-se assim que a parte processual é movida por interesse (seja público, oficial, estatal, seja privado, particular) e que a noção inata da parte e, daí, todas as atividades processuais, supõe tomá-la como parcial.³⁴

Com razão, pois, Guarneri e Dominioni, quando, em obras distintas, aludem que o Ministério Público é um propositual contraditório ao acusado.³⁵ No Brasil, dentre tantos que encampam o entendimento, Rubens Casara tem importante lição:

³¹ Vincenzo Manzini. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago SentisMelendo y Marino AyerraRedín. Buenos Aires: El Foro, 1996. t. II, p. 5. No Brasil, em evento promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo em 1971, quando foi debatido o anteprojeto Frederico Marques de Código de Processo Penal, o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida entendeu que: “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” (*Ciclo de palestras sobre o Anteprojeto do Código de Processo Penal*. São Paulo: Unidas Ltda., 1971. p. 50).

³² Na doutrina do processo penal comparado, conferir Giuseppe Sabatini, para quem o que qualifica a parte no processo não é a contraposição do interesse, mas a relação processual animada por sujeições e deveres (*Il Pubblico Ministero nel diritto processual e penale* cit., p. 159 e ss.). No Brasil, Eugenio Pacelli de Oliveira entende que o Ministério Público no processo penal atual como uma “parte imparcial”. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 443-447.

³³ Maurício Zanoide de Moraes. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 237-238 e rodapé n. 94.

³⁴ No sentido do texto: Guarneri, Ob. cit., p. 145, rodapé n. 3, e p. 165. Assim, também, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000, vol. II, p. 40. Aury Lopes Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. vol. II. p. 1-5. Giulio Ubertis lembra que tal raciocínio – a parte imparcial – chega a ser um oxímoro (*Il processo penale: la verifica dell'accusa*. Bolonha: Il Mulino, 2008, p. 62). Enfatadamente no sentido do texto, Juan Montero Aroca. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Thomsom. Civitas. Navarra, 2008. p. 122-123.

³⁵ Giuseppe Guarneri. *Le parti nel processo penale* cit., p. 17; Oreste Dominioni. *Le parti nel processo penale: profili sistematici e problemi*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 14. Carlo Taormina. Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali. *La Giustizia Penale*. Roma, III, s. 7, n. 8-9, ano 97, ago.-set. 1992, p. 451, último parágrafo.

“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?”³⁶

É da essência do processo penal o antagonismo entre quem acusa e quem é acusado da prática de uma possível infração penal. E é da essência da atividade de parte que seja ela *parcial*, isto é, não revestida de aura de imparcialidade, sob pena inclusive de se confundir – o que cientificamente não teria justificativa, *data venia* de quem pensa em sentido contrário – com o sujeito imparcial do processo, que é o juiz. Daí porque o bifrontismo na atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro ser um problema que precisa ser enfrentado para se chegar a uma solução adequada à luz da paridade de armas,³⁷ como também problemático o entendimento que tende a separar a atuação do acusador oficial da de parte por conta de possível entendimento que redunde em concordância ocasional com o pedido defensivo.³⁸

3.2 A desvinculação da paridade de armas do contraditório

Além de ser provocativo o debate da paridade de armas à luz da consideração da atividade das partes no processo, a norma de direito fundamental incide não por sua ligação ao contraditório mas por sua decorrência do princípio da igualdade.

Por essa perspectiva entende-se haver maior proteção ao direito fundamental envolvido, pois a proteção não depende da configuração formal de parte processual, isto é: atinge o fato na medida do antagonismo de interesses, o que não exige que se esteja na fase judicializada da persecução penal.

³⁶ Rubens R. R. Casara. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado. In: Gilson Bonato (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.

³⁷ A redação que a Lei 11.719/2008 conferiu ao art. 257 do CPP não resolve o problema da atuação do *Parquet* no processo penal brasileiro. Afinal, não se sustenta que, a depender da *fase* da persecução penal, o mesmo órgão se manifeste ora a título de “custos legis”, ora a título de “parte”. Sobre alguns desses graves problemas, trataremos abaixo.

³⁸ Sobre o entendimento segundo o qual o fato de o Ministério Público pedir, por exemplo, absolvição, ou impetrar *habeas corpus* serviria de exemplo de que o órgão não atuaria como parte no processo penal, ver: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá. 1989, p. 133. Hélio Tornaghi. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1985. p. 171-172.

A ligação com o contraditório, ao invés de com a igualdade, mostra-se presente na *par condicio*, e não na paridade de armas. A distinção é importante, particularmente após o influente estudo de Claudio Faranda, que, na década de 60 do século passado não só separou a paridade de armas da *par condicio*, como claramente situou a última como inerente ao contraditório, mas não a primeira, que é objeto desse texto.³⁹

De acordo com o citado estudo, o processo penal se construiria como uma estrutura cooperatória, na qual interesses egoísticos, particulares, das partes, deveriam ceder ao fim maior, que é o atingimento da Justiça. Daí, nessa estrutura cooperatória, assume grande destaque não tanto a igualdade entre as partes como valor autônomo processual, mas a colaboração que ambas devem dar ao juiz no acertamento dos fatos. A propósito disso, soube muito bem tratar dessa concepção, fazendo diversas menções ao seminal estudo do italiano a professora Ada Pellegrini Grinover, que pontuou como característica dessa tal processo de estrutura cooperatória uma “colaboração entre partes e juiz”.⁴⁰

A tomada de posição da paridade de armas como equivalente a *par condicio*, portanto, além de ser equivocada, como consequência, liga-a ao contraditório, e não à igualdade. Não é esse o ponto de vista que se segue aqui, até porque além de se sustentar que o processo penal não se erige sob o pilar de uma estrutura chamada de “cooperatória”, interessa, à paridade de armas, o protagonismo das atividades das partes sob a perspectiva de ‘apresentação do caso’ com vistas ao convencimento do acerto das teses antagônicas. Isso não depende primariamente da dinâmica processual ligada ao contraditório, mas do tratamento igualitário.

Vem de Elio Fazzalari a separação entre ‘dialecicidade’ e ‘paridade’.⁴¹ Na primeira há a ideia de *ação e reação* (bem nos moldes do que havia defendido no Brasil Canuto Mendes de Almeida)⁴² e na segunda isso não necessariamente se dá. Como sustentado a partir das ideias de Fazzalari, “a paridade de armas é decorrente da igualdade, ao passo

³⁹ *La “par condicio” nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1968. Logo na primeira página da monografia o autor sustenta que “*Il problema della par condicio non s’identifica con quello della cosiddetta ‘parità d’armi’*”.

⁴⁰ Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 3.

⁴¹ Elio Fazzalari. Processo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (dirs.). *Novissimo Digesto Italiano* Turim: Utet, 1966. vol. XIII, p. 1074.

⁴² *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973. p. 79. Para Fazzalari, o contraditório é um “jogo de ações, reações e controles recíprocos” (art. cit., p. 1074). Isso até pode em alguma medida coincidir com a noção de paridade de armas, mas tal contato não autoriza a tratá-los como sinônimos ou que tenham a mesma origem comum.

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”.⁴³

Assim, enquanto a estrutura cooperatória do processo acaba por privilegiar a figura do juiz, a outra, que nega esse compromisso dos envolvidos no processo para com o juiz confere maior atenção à atividade das partes. Por isso, a noção da paridade de armas não se liga à estrutura cooperatória do processo penal.

E a noção da paridade de armas também não se confunde com as previsões da *par condicio*, pois se liga à igualdade, e não ao contraditório.⁴⁴ Exemplos dessa separação no processo penal brasileiro podem ser extraídos do Código de Processo Penal Militar, que estabelece no seu art. 77 que a acusação indica 6 testemunhas ao passo que a defesa arrola 3 (art. 417, § 2.º), e no julgamento, inclusive, da APn 470.⁴⁵

4. INCIDÊNCIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Assim colocada a perspectiva da paridade de armas, isto é, a partir do conceito e de sua ligação à igualdade e ao antagonismo que move os interesses paritários no processo penal, é possível se tentar enxergar situações de aplicação no processo penal brasileiro.

Como recorte foi feito em outro trabalho que será aqui resumidamente lembrado, cogita-se de sua aplicação durante todo o arco da persecução penal, isto é, desde a fase investigativa, passando pela instrutória, recursal, atingindo a execução penal e as ações de impugnação.

Há, por certo, exemplos vários que podem aparecer a depender de situações fáticas, mas o que se almeja fazer é testar sua aplicação à luz das premissas tratadas acima. Por isso, pode-se dizer que se constrói um núcleo de sua incidência, o que não prejudica – até porque é bom repetir, segue-se o chamado “suporte fático amplo” para a conformação da incidência da norma de direito fundamental – que haja outras situações de incidência para a garantia dos direitos fundamentais envolvidos.

4.1 Persecução penal preliminar

⁴³ Renato Stanziola Vieira. Ob. cit., p. 171.

⁴⁴ Faustino Cordón Moreno. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 145-146. Marcelo C. Castañeda Paz. La igualdad de armas: de la teoría a la realidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. n. 12, ano VII, p. 571 e ss. Buenos Aires, 2001.

⁴⁵ Conforme f. 51909/11, houve requerimento de advogado de um dos acusados, diante da excessiva menção ao nome do constituinte quando da sustentação oral da acusação pública, para que o prazo de sustentação oral defensiva – à vista do argumento que levou em conta a desproporção na citação do nome, quando comparada aos dos demais acusados – fosse dobrado (STF, APn 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 22.04.2013).

Nessa fase do processo penal, conquanto não haja manifestação formal de partes no processo, prodromicamente há endereçamento de atos de coação estatal a alguém, tão logo haja a suspeita da prática de determinada conduta ilícita.⁴⁶ Portanto, incide a norma da paridade de armas, dentro da medida faticamente justificável.

Assim, nessa fase se pode divisar o *conhecimento ativo* do *conhecimento passivo* da investigação penal. Enquanto pelo chamado *conhecimento ativo* ao investigado deve ser dado levar à investigação suas fontes de prova e informes que venham a beneficiá-lo para fins de evitar o início da segunda fase da persecução, quanto ao *conhecimento passivo* o que existe é o direito de o investigado vir a conhecer do que existe – em seu favor e em seu desfavor – na própria investigação em curso.⁴⁷

Pensar no conhecimento *passivo* ainda significa separar, a partir das justificativas fáticas, os dados a serem integrados à persecução penal que podem ser levados imediatamente ao conhecimento do investigado, daqueles que não o podem. E, no plano do direito processual penal brasileiro projetado, conquanto conste no PL 8.045/2010 a expressão “diligências em andamento” (art. 11), mostra-se bastante razoável a substituição dessa expressão por “medidas cautelares em curso, cuja ciência ao investigado ou defensor possa prejudicar a eficácia do ato”.⁴⁸

Ao se tratar do chamado *conhecimento passivo* da investigação, resgata-se a ideia da *disclosure*, como referida inúmeras vezes pelos precedentes dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, que deram base ao conceito a que se chegou de paridade de armas no processo penal. Afinal, seja nessa ou em outra fase da persecução penal, se o ‘standard’ cognitivo de quem acusa – ou formula carga acusatória em desfavor do polo oposto na persecução penal – é mais qualificado do que o disponível a quem se defende, viola-se a paridade de armas.

⁴⁶ Sem prejuízo da doutrina que existe sobre o tema da formalização da condição de investigado a qualquer pessoa nessa fase da persecução penal, deve-se lembrar, a propósito, que o art. 9.º do Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010) 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”.

⁴⁷ “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 opinião delicti do acusador futuro. 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).” (Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 195).

⁴⁸ Emenda Modificativa n. 3, proposta pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Já pelo lado do *conhecimento ativo* da persecução penal, isto é, a perspectiva de que o investigado pode levar ao caderno investigatório seus informes, com vistas e evitar ter contra si em momento futuro instaurada uma ação penal, a chamada investigação defensiva é medida indissociável da lição da paridade de armas.⁴⁹ Nas palavras de Gustavo Badaró, negar o direito de investigação defensiva significa “defender uma inadmissível iniquidade, violadora da paridade de armas”.⁵⁰ E, conforme doutrina de 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”.⁵¹

A investigação defensiva está presente no Projeto de Código de Processo Penal ora em tramitação no Congresso Nacional (art. 13), disciplinando, apenas e tão somente, que ao investigado é dado “tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”.

Diante da timidez que se projeta, ainda, no futuro Código de Processo Penal – bem ao contrário do que se nota no direito processual penal comparado, particularmente no modelo italiano, a partir do advento da Lei 397/2000 – o que se sugere para que se confira uma aceitável situação entre acusação e defesa nessa fase, do ponto de vista do conhecimento *ativo* da investigação, é o seguinte: (a) ao advogado de defesa, seja defensor público ou privado, deve ser conferida a prerrogativa, já existente, de realização de inspeções e diligências investigatórias, nos moldes já previstos aos representantes do Ministério Público da União e dos Estados;⁵² (b) ao advogado de defesa, seja defensor público ou privado, deve ser conferido o poder de expedição de notificação e intimações para a colheita de depoimentos, a exemplo do que já existe em favor dos representantes do Ministério Público da União e dos Estados;⁵³ (iii) a todos os

⁴⁹ “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” (Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 205).

⁵⁰ *Processo penal* cit., p. 95. Conferir, também: Diogo Malan. *Investigação criminal defensiva* no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 96. São Paulo: Ed. RT. 2012.

⁵¹ André Augusto Mendes Machado. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Ed. RT. 2010, p. 46. Sobre o Ministério Público colher, naturalmente, elementos de informação que abonem a hipótese (futura) acusatória, ver: Antonio Scarance Fernandes. O equilíbrio na investigação criminal. In: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 327. Geraldo Prado. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 248. p. 5-7, jul. 2013.

⁵² Art. 8.º, V, LC 75/1993; art. 26, I, c, Lei 8.625/1993.

⁵³ Art. 8.º, VII, LC 75/1993; art. 26, I, a, Lei 8.625/1993.

defensores deve ser conferido, na extensão do que se vê existir em prol de representantes do Ministério Público da União e dos Estados⁵⁴ – e, em alguma medida, de menor extensão ainda – a representantes da Defensoria Pública⁵⁵ – poder de requisição no âmbito de investigações preliminares.⁵⁶

Há, seja na investigação preliminar, seja em qualquer outro momento da persecução penal, que se ter em mente que, como dito em outra oportunidade, “o ato de pesquisa das fontes de prova não é uma via de mão única – inclusive na investigação”.⁵⁷

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”.⁵⁸

4.2 Ações penais de conhecimento

É possível diagnosticar a incidência da paridade de armas na fase da resposta à acusação, na fase instrutória e na distribuição do espaço em salas de audiência.

Quando se cuida da chamada resposta à acusação, a preocupação com a paridade de armas entre acusado e acusador é vista sob dupla perspectiva: a primeira, quanto aos prazos, e a segunda, quanto à eventual nova manifestação acusatória após a defensiva.

⁵⁴ Art. 8.º, II, IV e IX, LC 75/1993; art. 26, I, b, II, III e IV, Lei 8.625/1993.

⁵⁵ Defensoria Pública da União, apenas para a garantia da incolumidade de seus membros (art. 8.º, XIX, LC 132/2009), e Defensoria Pública do Estado de São Paulo, quando em jogo a relação com órgãos públicos (art. 162, IV, LC Estadual n. 988/2006).

⁵⁶ “Tão somente através de um assegurado direito à própria inquirição de testemunhas pode o advogado alcançar uma paridade de armas na investigação preliminar, através da qual o equilíbrio processual é então estabelecido.” Bernd Schünemann. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*. Trad. Danielle Soares Delgado Campos. In: SCHÜMENANN, Bernd; GRECO, Luis (coords.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 259.

⁵⁷ Incrível como ainda é difundido no Brasil um entendimento de que a investigação tem pendor exclusivamente pró acusatório. Prova disso são os acórdãos ainda encontrados com grande frequência segundo os quais, com alguma ligeira variação linguística entre si, denotam que a situação de trancamento de inquéritos policiais ou ações penais é “medida de exceção”, que demandaria situação excepcional. Por trás dessa lógica que privilegia a continuidade do processo penal – em nítido desfavor, portanto, no tratamento do interesse de quem é subjugado ao Poder Público nesse contexto, isto é, o investigado, o réu – não se esconde um ferimento à própria presunção de inocência. A propósito, é salutar o entendimento que se lê de precedentes que corretamente vêm como sem fundamento, em matéria de recebimento de denúncias, o ‘in dubio pro societate’, como este, do STJ: HC 175.639, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, publicado em 11.04.2012.

⁵⁸ Diogo Malan. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: _____; Geraldo Prado (coords.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 153.

Pela perspectiva do cuidado com os prazos para a manifestação defensiva nessa fase (art. 396-A, CPP, na redação conferida pela Lei 11.719/2008), o mínimo que se mostra adequado à paridade de armas não é o prazo de 10 dias, mas de 15, conferido à defesa para a apresentação de sua resposta à acusação.⁵⁹ Em situações complexas, há cautela adicional que deve ser trazida: nem mesmo o prazo de 10 (ou 15, como aqui se defende como o mínimo adequado à incidência da paridade de armas nessa fase) pode se mostrar razoável. Situações há, no Brasil, em que seja pela complexidade da causa, seja pelo número de envolvidos, seja pela atenção ao prazo durante o qual os autos permaneceram no gabinete da acusação, é imperativo que se conceda prazo superior inclusive ao previsto na lei processual penal. Não deve haver, nessa seara, pois, peremptoriedade no tratamento do prazo, e, em situações complexas, o mínimo que se aguarda é que o prazo desfrutado pela acusação seja pelo menos replicado em favor da defesa que a rebaterá.⁶⁰ Pela segunda perspectiva, o que se debate é a chamada “réplica” acusatória à resposta defensiva, e na medida em que tal nova manifestação fere, ou não, a paridade de armas. Deve ser feita distinção técnica nesse tópico para se chegar a uma solução justificável. Isso porque, como se sabe, com o advento da Lei 11.719/2008, em boa medida as matérias cabíveis em resposta à acusação (arts. 396-A e ss., CPP) podem coincidir com as típicas de exceção processual (arts. 95 a 112, CPP). A superposição dos temas realmente pode acontecer, notadamente porque inexistente *preclusão pro judicato* em matéria de pressuposto processual e condições da ação.⁶¹ Sustenta-se que a resposta acusatória possa ser decomposta em capítulos, seja para que o tratamento seja o adequado a evitar a superposição, seja para, conseqüentemente, justificar a nova manifestação do órgão contraposto.

⁵⁹ Na hipótese de acusado preso, sendo de 5 dias, e não 15 (art. 46, CPP), o prazo para o oferecimento de denúncia (art. 46, CPP), nem por isso o prazo defensivo ficaria reduzido. Interpretar a norma que favorece ao acusado em tal sentido significaria ver na garantia do *prazo defensivo* uma limitação à própria defesa.

⁶⁰ A respeito, a lição de Rafael Braude Canterji e Roberta Verlang. Prazo razoável para responder à acusação. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 232. p. 6. São Paulo, mar. 2012. Em situação na qual exista um litisconsórcio passivo, a paridade de armas entre os próprios acusados somente será obedecida se se seguir a norma do art. 241, III, do CP, admissível *ex vi* do art. 3.º, do vigente Código de Processo Penal. Conferir: Luis Guilherme Vieira. 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. Joel Corrêa de Lima e Rubens R. R. Casara (coords.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 607 e ss. E André Nicolitt. *Manual de processo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 272.

⁶¹ STJ: REsp 1.318.180, 6. T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.05.2013, *DJe* 25.06.2013; HC 150.925, 5.ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia, *DJe* 17.05.2010; HC 232.842, 6. T., rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 30.10.2012.

Assim, caso a matéria deduzida na peça seja diretamente a de possível manejo em exceção processual (exemplificando: alegação de incompetência do juízo ou de ilegitimidade de parte, litispendência ou coisa julgada), o capítulo defensivo deve ser apreciado como tal e, por essa razão, na medida da extensão da matéria deduzida a esse título, segue-se o rito procedimental específico das exceções, com a manifestação acusatória adstrita aos limites previstos nas matérias cognoscíveis em exceção.⁶²

Mas, num passo além, mesmo em se observando a separação temática entre exceção e matéria de resposta à acusação (dado ser a última mais ampla do que aquela), importante considerar, ainda, o momento em que surge a situação que poderia caber na tal exceção processual. Isso porque, se o fato impeditivo do novo processo (exemplificativamente, litispendência e coisa julgada) tiver surgido *após* oferecimento da inicial da acusação, ou se, tendo surgido *antes*, de sua existência justificadamente da matéria o acusador não soubesse, mostra-se justificável o conhecimento dessas circunstâncias à parte adversa à defesa.⁶³ A manifestação aguardada, nos limites da paridade de armas, cinge-se às matérias a serem especificamente enfrentadas. Caso contrário, isto é, estivessem as provas das situações obstativas à continuidade do feito já nos autos ou delas já soubesse a acusação, não se deve abrir nova vista para manifestação acusatória.⁶⁴

Quanto ao tratamento dos pedidos em instrução criminal, o que deve ser retido como premissa é que não importa a origem dos pedidos – se de acusação (seja pública ou privada) ou se da defesa – merecem ter a igual consideração por parte do Magistrado. Isso não só por inexistir prevalência de interesse a depender da proveniência do pedido (pois tanto a defesa quanto a acusação defendem interesse público no processo penal) mas – mais exatamente – por todos os pedidos provirem, como acima se disse, de partes interessadas, isto é, parciais.

Vale lembrar, nessa passagem, que: “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,

⁶² Com mais vagar na distinção entre tese diretamente ligada à exceção e, diferentemente, decorrência de deferimento do pedido apresentado em resposta à acusação (como por exemplo questão de tipicidade da questão penal redundar em deslocamento de competência em razão de matéria), Renato Stanzola Vieira, *Ob. cit.*, p. 224-228.

⁶³ Em todos os exemplos citados, a manifestação do Ministério Público será a de parte processual, a não ser que a ação penal seja de iniciativa privativa do ofendido, hipótese na qual sua manifestação seria a de, aí sim, “custos legis”.

⁶⁴ Em situação de acréscimo de documentos pela defesa, lealdade processual impõe que sejam abertas novas vistas à acusação para sobre tais documentos se manifestar.

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”.⁶⁵

Quanto à disposição em salas de audiência, já expusemos nosso ponto de vista nos termos do *amicus curiae* apresentado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no julgamento da ADIn 4.768.

De toda forma, nos limites estritos deste texto, importa lembrar que muito além dos precedentes havidos no Brasil para disciplinar o tratamento desse lado visível da paridade de armas,⁶⁶ no cenário do direito processual penal comparado, ainda outra vez a matéria chama a atenção.

Com efeito, na Itália, o dispositivo contido no art. 146 das “Norme di attuazioni di coordinamento e transitorie del nuovo Codicedi Procedura Penale” de 1989 estabelece que a disposição mobiliária das salas de audiência deve observar rigidamente a igualdade de posições das partes, isto é, de acusador e acusado. Ali se previu 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.”⁶⁷

E, conforme se colhe de doutrina de Magistrado integrante do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Eduardo Maia Costa,

“As partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se no mesmo plano. Onde, 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

⁶⁵ Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 233.

⁶⁶ STF, 2.^a T., RMS 21.884, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 25.11.1994. TJRJ, MS 35/2004, 7.^a Câm. Crim., rel. Des. Eduardo Mayr, j. 03.11.2004. 1.^a Vara Criminal e do Juizado Especial do Fórum Criminal Regional de Restinga, Comarca de Porto Alegre. Procedimento administrativo n. 2/2011, decidido pelo Juiz de Direito Mauro Caum Gonçalves em 19.06.2011. CNJ: Consulta n. 0000422-19.2011.2.00.0000, rel. Conselheiro Marcelo Nobre, decisão de 13.04.2012.

⁶⁷ Trad. 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. *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.

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 conseqüentemente um posicionamento igual na cena judiciária.”⁶⁸

4.3 Recursos e ações de impugnação: manifestação escrita e sustentação oral

Em matéria de recursos e ações de impugnação, tampouco a incidência do princípio é simples ou linear. Primeiro, porque as distinções teóricas entre recursos e ações de impugnação, notadamente a continuidade da mesma situação jurídica nos primeiros, e a inauguração de nova, nas últimas, significa particularidade no tratamento. Depois porque o foco na paridade de armas bifurca-se em manifestação a título de manifestação escrita e sustentação oral.

No que tange aos recursos advindos de ação penal de iniciativa pública (ainda que circunstancialmente movida pelo ofendido, em queixa subsidiária), a manifestação do Ministério Público, seja oral, seja escrita, somente deve ser admitida caso se circunscreva à manifestação a título de parte.

Parte, afinal, o Ministério Público terá sido perante o órgão judicante hierarquicamente inferior, e não há razão em se sustentar que, por conta da atuação perante órgão jurisdicional distinto, mas na mesma situação processual, como prolongamento da recorrida, a função da atuação do órgão seja alterada. Dissemos, em outra oportunidade, que o Ministério Público não pode se comportar como um “um camaleão processual, cujas tonalidades mudariam conforme a etapa processual”.⁶⁹

Em matéria recursal, tendo se comportado o representante do Ministério Público como parte, há de se manter no mesmo comportamento. Por isso, não têm cabimento e nem aprovação manifestações, a título de *parecer*, sejam em manifestações escritas, sejam em sustentações orais, e daí porque se sustentar ser o caso de supressão de previsões regimentais de pareceres de representantes do Ministério Público em recursos.⁷⁰

⁶⁸ Eduardo Maia Costa. Para a democratização da sala de audiências. *Temas para uma perspectiva crítica do direito* cit., p. 359.

⁶⁹ Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 247. No sentido deste texto, Aury Lopes Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1200. Também, Paulo Queiroz. Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau. *Boletim dos Procuradores da República*. n. 75. p. 16-17. Brasília, jul. 2007. Especificamente contra a manifestação do Ministério Público em recursos a título de parecer, Rogério Schiatti Machado Cruz. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 121. Com ampla citação jurisprudencial no assunto, Alberto Zacharias Toron. O contraditório nos tribunais e o Ministério Público. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 91 e ss.

⁷⁰ Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 250. A sugestão nem é nova, pois José Frederico Marques já havia reconhecido ser “esdrúxula” a manifestação do Ministério Público, nessas situações, como fiscal da lei.

Já nas ações de impugnação, particularmente revisão criminal e *habeas corpus*, é preciso ainda maior cuidado no recorte da matéria.

Em se cuidando de revisão criminal, somente estaria resguardada a incidência da paridade de armas se o Ministério Público – em revisão criminal decorrente de ação penal de iniciativa pública, já que, caso se cuide de revisão criminal decorrente de ação penal movida por iniciativa privativa do ofendido tem resguardo a atuação a título de *custos legis* – atuasse, outra vez, como parte, e não como fiscal da lei.⁷¹

Já, contudo, se a situação for a de *habeas corpus*,⁷² ainda outra vez, somente se admite manifestação a título de *custos legis* se a persecução penal na qual surgiu a possível questão de constrangimento ilegal for movida por iniciativa privativa de particular. Acontece que sustentar essa própria opinião gera um novo problema, pois o Ministério Público, portanto, não é parte na situação jurídica inaugurada na ação de *habeas corpus*⁷³, e, então, forçosamente, a manifestação, se admitida, dar-se-ia a título de *custos legis*. Acontece que a própria premissa das hipóteses previstas na lei vigente para o cabimento do *writ* supõe que o órgão ministerial atuante no grau jurisdicional inferior àquele que julgará o *habeas corpus* já terá tido conhecimento da noticiada ilegalidade e terá, tendencialmente, com ela concordado.⁷⁴

Daí porque não se afigura razoável que o Ministério Público (em situações de ação penal de iniciativa pública), ora seja tido como parte na persecução penal, e ora como

(*Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. vol. IV, p. 254-255). Aliás, não se concorda com o entendimento sufragado no Recurso Extraordinário 593.443, segundo o qual o Ministério Público poderia, como recorrente, atuar não como parte, mas como fiscal da lei (RE 593.443, j 06.06.2013, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski).

⁷¹ É o que entende, ao nosso sentir corretamente, significativa corrente doutrinária: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 243 e 257. Paulo Rangel. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1065; Maria Elizabeth Queijo. *Da revisão criminal: condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 186; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier. 2012. p. 695; André Nicolitt, *Manual de processo penal* cit., p. 587.

⁷³ Conhece-se a respeitável opinião de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, segundo o a qual o Ministério Público, até por conta da peculiaridade da legitimidade passiva no *writ*, pode se comportar como litisconsorte passivo da autoridade coatora (*Recursos no processo penal*, cit., p. 280). Com ela, contudo, não se concorda, o que ficou explicitado em Renato Stanzola Vieira. Ob. cit., p. 259-260.

⁷⁴ Exemplificativamente: se se alega não ter a ação penal justa causa (art. 648, I, CPP), tange-se a inicial da acusação; se se inquina de incompetente a autoridade coatora (art. 648, II, CPP), a questão é de endereçamento ao citado juiz que terá feito o órgão do Ministério Público; se se diz ter cessado o motivo originador da coação (art. 648, III, CPP), terá sido porque o Ministério Público terá requerido a medida; se a situação for de fiança (art. 648, V, CPP), sabe-se que na situação da contracautela o Ministério Público terá tido ciência dos termos do flagrante e já opinado quanto à fiança (art. 306, CPP) e na situação da medida cautelar autônoma, a imposição da medida não depende de sua anuência (art. 333, CPP); situação de nulidade processual (art. 648, VI, CPP) diz respeito ao Ministério Público porque é de sua titularidade o exercício da ação penal; em situação de extinção de punibilidade (art. 648, VII), se o juiz não a tiver reconhecido de ofício, forçosamente ouve o Ministério Público (art. 61, parágrafo único, CPP).

fiscal da lei, dada a variação desse comportamento em função da fase processual ou, até, da situação jurídica colocada.

Por conta disso, reconhecida a dificuldade da colocação da matéria, a observância da paridade de armas entre acusação e defesa, em manifestações escritas em *habeas corpus*, rejeita que haja a participação do Ministério Público: parte ele não é; e tampouco fiscal da lei – a não ser na hipótese de ação penal privativa do ofendido.⁷⁵

Quanto às manifestações orais, o que chama a atenção é a chamada ordem das sustentações orais nos tribunais.

Assim, em situações recursais, e como se solidificou no STF, sobretudo com o julgamento do HC 86.926, fala primeiro a parte recorrente, e depois dela, a recorrida.⁷⁶

Nas ações de impugnação, contudo, a questão volta a ser complicada. Em revisão criminal, em sendo o Ministério Público o órgão contraditor natural aos termos do pedido do revisionando, vale a regra de que primeiro fala o autor, e depois quem o contesta.

Já, no *habeas corpus*, em que é tormentosa a situação do Ministério Público em ações penais de iniciativa pública, sustenta-se que não deva haver manifestação oral. Emblematicamente, decisão do órgão plenário do STF, no HC 102.732, desnudou a violação à paridade de armas a partir da manifestação oral da Procuradoria-Geral da República.

No caso, da tribuna o defensor havia suscitado questão de ordem para que a Procuradoria da República se manifestasse *antes* de a defesa fazê-lo, na medida em que o *writ* impugnava prisão preventiva e denúncia recebida (enquanto a prisão preventiva havia sido subscrita pelo então Procurador-Geral da República e uma sub-Procuradora Geral, a denúncia havia sido subscrita somente pelo primeiro), e se apontava que a atuação da Procuradoria-Geral da República ali se dava não a título de órgão *custos legis*, mas sim a título de *parte*.⁷⁷ Como se viu e ouviu amplamente do citado

⁷⁵ A assunção desse ponto de vista, realmente, é feita não sem se reconhecer inerentes dificuldades. De todo modo, maiores explicações quanto aos seus fundamentos e, também, quanto à crítica aos termos do Dec.-lei 552/1969, que revogou o art. 611 do CPP, em Renato Stanzola Vieira, Ob. cit., p. 263-267.

⁷⁶ STF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 25.04.2008. Na maior parte, concordando com o texto, Douglas Fischer. 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*. n. 196. ano 16. p. 10-12. São Paulo, mar. 2009.

⁷⁷ Amplamente divulgado o julgamento e inclusive de fácil acesso a íntegra de sua sessão de julgamento ([www.youtube.com/watch?v=RbsE2dyZCR4]), percebe-se que a representante do Ministério Público da União na sessão entendeu que o *habeas corpus* teria as conformações de um recurso, daí porque o recorrido deveria ter a possibilidade de, “em igualdade de condições” (como se vê e ouve a partir de 27’44” da sessão de julgamento), debater com o recorrente as questões em pauta.

juízo, o argumento utilizado pela representante do Ministério Público da União àquela sessão foi no sentido de que o órgão poderia se repartir, a depender de quem o representasse (se, no caso concreto, estivesse presente à sessão o subscritor da denúncia, a atuação em sustentação oral poderia ser entendida como a de parte, mas como era outra representante que tomou assento, a manifestação – só por isso! – seria vista como de *custos legis*). Não se concorda com tal entendimento e se defende que, em situação de *habeas corpus*, não deva existir manifestação do Ministério Público: ele não é parte na ação constitucional citada; tampouco é órgão *custos legis* – a não ser na hipótese de persecução penal de iniciativa privativa do ofendido.

4.4 Execução penal

Como já se tratou no texto, em execução penal incide a garantia de paridade de armas, como inerente à igualdade de direitos distribuídos aos oponentes na persecução penal.⁷⁸

Exemplos de incidência da paridade de armas em execução podem ser extraídos das situações de remição de pena (art. 126, § 8.º, da Lei 7.210/1984) e revogação de livramento condicional (art. 143). Nestes casos há a determinação de oitiva prévia do condenado antes de decisão judicial, isto é, preocupa-se em não se tomar a decisão na pressuposição de que o pedido da parte que antagoniza com seus interesses seja visto como aprioristicamente mais digno de respeito.

Por outro lado, a situação da imposição de sanção por conta do cometimento de chamada “falta grave” (art. 59, Lei 7.210/1984) e o acesso ao juiz da execução após a imposição de regime disciplinar diferenciado e a colocação do condenado em isolamento por até 10 dias sem determinação judicial (art. 60, Lei 7.210/1984) ofendem, de frente, à garantia da paridade de armas entre condenado e Ministério Público na execução penal.

⁷⁸ Alberto Silva Franco propugna pela “igualdade de armas” em execução penal. A jurisdicionalização da execução penal. In: *Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei n. 7209/84*. São Paulo: Saraiva. 1986. p. 100. Geraldo Prado fala em “simetria das posições subjetivas” (*Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 223). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que em execução penal incidem as garantias do *devido processo legal* e do *contraditório*, entre as quais a da “igualdade processual” (*Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 344). De mais a mais, também na execução penal há duas partes: o Ministério Público e agora o condenado. Assim: Antonio Scarance Fernandes. O Ministério Público na execução penal. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana (coords.). *Execução penal: Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 28. Antonio Scarance Fernandes. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 3. p. 89. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1993. Sidnei Beneti. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 75.

5. CONCLUSÕES

Como sustentado, o tema da paridade de armas é, hoje, irrenunciável para o estudo do processo penal, inclusive o brasileiro, a partir da igualdade.

Aliás, o cenário nacional visto aqui em máximo resumo, pode ser problemático porque, conquanto a síntese conceitual do que seja a paridade de armas possa se moldar ao sistema já existente, há situações processuais em que o princípio, sem justificativa, simplesmente não incide.

Seja, como não foi possível por questões de espaço desenvolver neste texto, por questões de insuficiência de distribuição de recursos financeiros às defensorias públicas (a fundamental questão do *legal aid* e sua ligação ao conceito de paridade de armas, notadamente a partir da premissa de que a paridade de armas decorre da norma constitucional da igualdade em um modelo processual tendencialmente próximo ao adversarial), seja, também mesmo que não se tenha podido explorar a fundo tal ideia neste texto, por conta de no Brasil a situação de medidas consensuais de aplicação de pena em processo penal atualmente caminharem em sentido diametralmente oposto à consideração da igualdade entre acusador e acusado.

Situações limites, pois, há como essas duas citadas agora nas conclusões, que podem limitar ou, a depender de como sejam encaradas legislativamente, até mesmo negar a própria incidência do princípio da paridade de armas, e isso se dá sem justificativa constitucional. Daí a configuração de violação da norma constitucional. Outros exemplos há, como ora visto e ora não tratados no texto em razão de limitações espaciais, em que a aplicação do princípio cede perante constatações de impossibilidade fática, o que delimita seu âmbito de incidência, com justificativa constitucional.

Como foi objeto de estudos mais aprofundados em outro texto, o tema é realmente da ordem do dia. E também urge que sobre se reflita criticamente sobre o bifrontismo da atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro para que se atinja modelo de sistema processual penal brasileiro mais próximo da justiça e da observância das garantias dos cidadãos. Aberto o debate, contribuições são bem-vindas.

Veja também Doutrina

- Deseficacização *per saltum* da pretensão acusatória penal, de Carlos Benvenuti de Castro – *RBCCrim* 84/139;
- Investigação defensiva no processo penal – Defense investigation in the criminal procedure, de Diogo Malan – *RBCCrim* 96/279;
- O Ministério Público e a investigação criminal, de Luís Guilherme Vieira – *RBCCrim* 46/307; e
- O papel do inquérito policial no sistema acusatório – O modelo brasileiro, de Eduardo Luiz Santos Cabette – *RBCCrim* 35/185.