

DA DISSONÂNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL, DA (IM)PARCIALIDADE DO JUÍZO E DA UTÓPICA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE DISSONANCE OF THE PROCEDURAL SYSTEM, THE (IM)PARTIALITY OF THE TRIAL JUDGE AND THE UTOPIAN EQUALITY OF ARMS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Danilo Henrique Nunes*

Jeferson Lopes Ferreira**

Rafael Catani Lima***

Resumo

O Processo Penal é o instrumento legalmente instituído para restabelecer o equilíbrio na sociedade após a violação de um bem jurídico, provocada pela prática de um delito. Este equilíbrio, em tese, é devolvido à sociedade com a conclusão da persecução penal que, após um *iter* procedimental, comprova-se a culpabilidade do imputado e chega-se à aferição da respectiva pena a ser cumprida, substituindo a desordem orgânico-social pela ordem pública. Contudo, assim como outros inúmeros diplomas legais, o Código que positiva as regras processuais penais carece, ainda, de considerável adequação aos preceitos emergentes da Constituição Federal de 1988, sobretudo no que concerne àqueles dispositivos processuais que conferem poderes investigatórios/instrutórios ao juiz, que constituem um processo penal antagônico a Carta Magna. É este, pois, o objetivo, analisar, através do método dedutivo (com exposição de comentários e obras acadêmicas), a discrepância do Código de Processo Penal com a Lei Maior. Demonstrar-se-á que em razão dos resquícios do sistema inquisitório no processo penal pátrio, ocorre uma depreciação de princípios constitucionais, mormente os processuais, restando na mitigação de direitos e garantias fundamentais do acusado por parte dos operadores do direito, sobretudo por parte do aplicador da lei, o juiz.

Palavras-chave: Sistema processual penal; Imparcialidade; Paridade de armas.

* Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Advogado e professor universitário.

** Especialista e graduado em direito pela Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB). Advogado.

*** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Coletivo e Função Social do Direito, pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Coordenador e Docente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE, na cidade de Bebedouro-SP. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos - UNIFEB. Advogado.

Abstract

The Criminal Procedure, since its inception, is the legally instituted repressive instrument to restore balance in society after a disturbance of public peace caused by the practice of an offense. This balance, in theory, is returned to society with the conclusion of criminal prosecution which, after a procedural iter, proves the culpability of the accused and the respective penalty to be met, and replaces the organic-social disorder by public order. However, as well as numerous other legal acts, the Code that positive the criminal procedural rules still needs considerable adaptation to the emerging precepts of the Brazilian Federal Constitution of 1988, especially with regard to those procedural provisions that confer investigative/instructive powers to the judge, which constitute a criminal procedure in contrast to the Magna Carta. Therefore, the objective of this paper is to demonstrate, through the deductive method, the discrepancy of the Code of Criminal Procedure with the Fundamental Law. It will be shown that due to the inquisitory system that guides the national criminal process, there is a depreciation of constitutional principles, especially procedural ones, causing the mitigation of fundamental rights and guarantees of the accused by the legal operators, especially by the law enforcer, the judge.

Keywords: *Procedural system criminal; Impartiality of the trial judge; equality of arms.*

Sumário

Introdução. 1. O estado democrático de direito como novo paradigma do processo penal brasileiro. 1.1. Conceito e Finalidade do Processo Penal. 1.2. Processo Penal Pós-Constituição Federal de 1988: da pseudo-transição da ideologia inquisitiva para a acusatória. 1.3. Sistema Processual Misto? Da sua inexistência no Processo Penal brasileiro. 2. Uma questão de princípios: da imparcialidade do julgador e da paridade de armas no processo penal. 2.1. O Princípio da Imparcialidade como garantia de um processo justo. 2.2. Da Paridade de Armas no Processo Penal como instrumento de exercício do Contraditório e da Ampla Defesa. 2.3. Da utópica Paridade de Armas no Processo Penal: da desregrada desigualdade entre acusação e defesa. 2.3.1. Da utópica visão do Ministério Público como "parte imparcial": a necessidade da assunção da responsabilidade do MP como parte no Processo Penal, até mesmo para garantir um contraditório justo. 2.3.2. Dos poderes investigatórios e instrutórios do juiz: o artigo 156 do Código de Processo Penal e a desconformidade ao Processo Penal Acusatório. 3. Da imprescindível adequação constitucional do Código de Processo Penal: a necessidade de mudança ideológica também do aplicador da lei. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com a promulgação de uma nova Constituição Federal - CF emerge um novo Estado, delineado conforme os novos preceitos constitucionais. Assim, toda a

política estatal, bem como todos as instituições orgânicas do novo Estado, tendem a serem instituídas consoante o modelo, o regime organizacional trazido pela nova CF. No Brasil, este regime trazido pela Lei Superior é o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, todos os Poderes do Estado, devem proceder com a estrita observância da legalidade prevista na legislação esparsa, sobretudo conforme as normas dispostas na Constituição. Devem, portanto, pautar-se pela legalidade, mormente a constitucionalidade de seus atos, levando em consideração não apenas normas, mas também princípios expressos e implícitos que tutelam direitos e garantias fundamentais.

Deste modo, quando do exercício da atividade legiferante, o Poder Legislativo está forçado a ater-se à preceitos formais e materiais prescritos pela Lei maior. Trata-se, pois, de uma subordinação obrigatória, a fim de estimar o desejo da soberania popular constituinte. Contudo, quando da promulgação de uma nova Carta, se já existente determinado Diploma Legal, este passa pelo filtro da constitucionalidade, podendo ser revogado ou recepcionado por aquela (que foi o caso do Código Processual Penal-CPP).

Ocorre, todavia, que não obstante o CPP tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988, precisa, ademais, ser lido segundo esta, a fim de evitar um choque de legalidade *vs.* constitucionalidade, mormente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais que tutelam o *ius libertatis* do imputado ante o *ius puniendi* do Estado, e que devem orientar a persecução penal do início ao fim. Urge, portanto, a necessidade de aplicação da hermenêutica constitucional sobre o Código processual, para garantir a constitucionalidade na persecução penal.

Nesta esteira, o presente trabalho busca evidenciar a incoerência entre o os resquícios do sistema inquisitório no CPP e o modelo acusatório instituído pela CF, bem como elucidar as consequências desta dissonância, em virtude da omissão por parte dos operadores do direito, sobretudo dos juízes, ao interpretar, literalmente, o referido Código, olvidando-se de fazê-lo sem o devido e imperioso apreço pela Constituição.

1 O Estado democrático de direito como novo paradigma do processo penal brasileiro

Com o advento da Constituição Federal de 1988, Carta esta de cunho democrático e ensejadora de direitos e garantias fundamentais, o processo penal

brasileiro deixa (ou pelo menos deveria) de ser um mero instrumento de aferição da pena e de opressão por parte do Estado, e passa a operar-se conforme instituído por ela mesma: como instrumento democrático de efetivação de garantias fundamentais (LOPES JR., 2018b). Este é o marco divisório entre o Estado potestativo e o Estado de direito.

Assim, o processo penal pátrio deve ser compreendido no sentido de tutelar, sobretudo, a liberdade do acusado, observando o devido processo penal constitucional, bem como o disposto no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e não como um aparato estatal a ser utilizado a fim de mitigar essa liberdade, sobrelevando o *ius puniendi* do Estado em detrimento de um bem jurídico essencial. Este é novo paradigma instituído pela Carta de 1988.

1.1 Conceito e finalidade do Processo Penal

No que diz respeito ao conceito de Processo Penal, utiliza-se aqui da passagem conferida por José Frederico Marques, que descreveu o processo penal como “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares” (MARQUES, 2003, p. 16).

No plano da efetividade, ademais destes elementos que o configuram, o processo penal deve ser concebido não somente como instrumento de efetivação do direito penal, tampouco como simples meio de satisfação *pro societa* (instrumento de realização da vontade da sociedade, que tem, por maior interesse, ver o castigo ser aplicado). Mas sim, como meio idôneo a “possibilitar o acesso à justiça através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, resultando em um processo penal substantivo” (LIMA, 2018).

Destarte, cabe colacionar *ipsis litteris* a lição de Rafael Catani Lima, o modo ao qual se deve ler o processo penal, consoante os moldes da Carta Republicana:

Assim, é preciso enxergar o Direito Processual Penal e também o Processo Penal (materialmente falando) sob o prisma da Constituição Federal que lhe confere a força normativa para toda a *persecutio criminis* e não a interpretação inversa, que comumente se fazia antes da promulgação da Constituição vigente e, infelizmente, ainda tem sido feito por alguns aplicadores da lei influenciados pelo arcaísmo do Código de Processo Penal

que sofreu influência da legislação italiana de Alfredo Rocco (LIMA, 2018, p. 463).

Portanto, não só o processo penal, bem como todo ramo do direito inerente ao ordenamento jurídico pátrio deve estar em plena consonância com os ditames constitucionais, sob pena de exorbitar-se do plano da constitucionalidade.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (TÁVORA; ALENCAR, 2016), de modo sucinto, mas nem por isso impreciso, dispõem que a finalidade do processo penal é bifurcada, sendo mediata e imediata. A primeira, seria a pacificação social alcançada após a resolução da *persecutio criminis*; já a segunda, seria a efetiva aplicação do direito penal.

Com a devida *vênia*, malgrado anuir-se, em parte, com os autores supra, sobre as finalidades do processo penal, entende-se que estes olvidaram-se de considerar, dentre as por ele elencadas, a principal, vislumbrada à luz do Estado Democrático de Direito. Pois, ademais de servir, após a “liquidação do processo” para aferir a pena, como restituidor da paz social e, também, como instrumento de aplicação do direito material, o processo penal, como já salientado, inclusive, é, sobretudo, mecanismo de tutela de direitos e garantias fundamentais – dentre eles, e aqui de forma acentuada, a liberdade – contra a arbitrariedade derivada do direito de punir do Estado.

1.2 Processo penal pós-Constituição Federal de 1988: da pseudo-transição da ideologia inquisitiva para a acusatória

Como acima explicitado, a Constituição Federal, desde a sua promulgação, deve ser utilizada como parâmetro por excelência, tanto na elaboração de novas normas jurídicas, quanto para sua aplicação no caso concreto. Sabe-se que o processo penal deve ser orientado por um sistema. Quando da entrada em vigência do Código de Processo Penal (1941), entendia-se (LOPES JR, 2018a) que o sistema misto que o referenciava.

Hodiernamente, não obstante a Constituição – a fim de fundar um processo penal mais garantista ao hipossuficiente da relação processual (o acusado) – traga claramente a separação das funções de acusar, defender (artigos 129 e 134, da CF) e julgar, ensejando uma matriz constitucional acusatória (extraída não da literalidade expressa do texto constitucional, mas sim da exegese sistemática da Constituição)

(IBID.; SILVA, 2019), ocorre, ainda, em algumas ocasiões uma interpretação arcaica do Código de Processo Penal, ainda que a recente Lei nº 13.964, de 2019 tenha instituído o sistema acusatório.¹

Assim como no século passado, erroneamente defende-se que o sistema processual penal brasileiro é misto ou inquisitório. É um grande equívoco daqueles que olvidam que a Carta Magna traz consigo uma matriz essencialmente acusatória, ademais de uma força normativa e aplicabilidade imediata (NERY JR.; ABOUD, 2017, p. 134) de seus dispositivos, bem como de seus princípios fundamentais, derivados do Estado de Direito.

Deveras, quando a Constituição confere a titularidade da ação penal ao *Parquet*, está exteriorizando a soberania estatal, porquanto o Estado, na pessoa do Ministério público, passa a ter, em regra, o monopólio da persecução penal. Assim, conforme Emerson Garcia, “outorgando essa atribuição ao Ministério Público, é prestigiado o acusatório [...] e preservada a imparcialidade do órgão jurisdicional” (GARCIA, 2018).

Contudo, quando se lê o Código de Processo Penal sem levar em consideração o que a Magna Carta estabelece, ocorre uma “desconstitucionalização” dos dispositivos daquele diploma legal, levando o exegeta a uma interpretação que relega direitos e garantias fundamentais. É esse o caso dos que insistem em considerar o processo penal brasileiro é totalmente democrático, haja vista que “não obstante os ares (e o discurso) democráticos trazidos pela Constituição da República de 1988, a atuação judicial persiste em práticas e concepções forjadas em períodos autoritários.” (CASARA, 2018).

É inequívoco que dispositivos do Código de Processo Penal, que autorizam o juiz agir *ex officio*, como os artigos 156, que faculta ao juiz a produção antecipada de provas e a determinação de diligências para sanar dúvidas; o 311, que possibilitava o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva; o 385, que possibilita que o magistrado, ainda que contrário à manifestação do *Parquet*, condenar o réu, sejam ou fossem substancialmente inquisitórios, pois não só se concentram as funções de investigar, acusar e decidir, constituindo como julgador um juiz parcial e protagonista, bem como

1 Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 2018b).

lhe atribui alta lida com a prova, fazendo-o psicologicamente parte interessada (parcial) na causa.

Portanto, desacertado é reconhecer que o processo penal pátrio é regido por um sistema processual integralmente justo e democrático, ainda que acusatório, visto que algumas medidas em nada se alinham aos preceitos constitucionais, constituindo-se, assim, numa pseudo-transição do sistema inquisitório para o acusatório, haja vista que “o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é [...] o gestor da prova” (LIMA, 2016, p. 40).

1.3 Sistema Processual Misto? Da sua inexistência no Processo Penal brasileiro

O sistema misto surgiu primeiramente em França e foi criado e introduzido no ordenamento jurídico francês por Napoleão Bonaparte em 1808, cabendo, por isso, ser chamado também de sistema francês. Assim era denominado, em virtude da conjunção dos sistemas inquisitório e acusatório, a qual prevalecia o primeiro na fase preliminar (fase investigatória), e o segundo no curso do processo. Saliente-se, no entanto, que a fase preliminar ao processo, como o próprio nome sugere, não se trata, ainda, de processo, mas sim de procedimento. Incabível portanto falar-se de “sistema processual”, visto que enquanto inquérito policial ainda inexistente processo, senão procedimento.

É tendencioso na doutrina contemporânea classificar de sistema misto, por considerar que os sistemas puros não mais existem, sendo hoje apenas referenciais históricos (LOPES JR., 2018a). Do mesmo modo, assim o classificam em razão das duas fases com predominância distinta de princípios orientadores, constituindo, assim, o “sistema misto”. Acreditam, por isso, que a mera separação das funções de acusar e julgar, *de per si*, já configuraria tal sistema.

Nota-se um grande equívoco. Pois, ainda que a separação de funções seja imprescindível para caracterização do acusatório no curso do processo, esta não se faz suficiente para tanto. Faz-se mister, ainda, outro elemento indispensável, que se pode considerar como balizador entre um sistema e outro é a gestão/instrução probatória, ou melhor, o necessário afastamento do juiz dessas funções, porquanto a faculdade concedida ao julgador, pelo CPP brasileiro, quanto à iniciativa e gestão probatória (antes e durante o processo), afasta, completamente, a ideia de processo acusatório.

Portanto, não cabe falar em “sistema misto” haja vista ser discrepante com os vestígios que presentes estão no processo penal pátrio, qual seja, o inquisitório, que atribui ao juiz um altíssimo grau de manuseio da prova, não só antes do processo, mas, inclusive, no seu decurso, não raro violando o contraditório, assim como o devido processo constitucional e ao próprio sistema adotado pela nação brasileira.

2 Uma questão de princípios: da imparcialidade do julgador e da paridade de armas no Processo Penal

Princípios constitucionais são mandamentos de otimização hermenêutica e, por conseguinte, de aplicação das normas jurídicas e consagram as conquistas do processo civilizador das sociedades desenvolvido com o passar do tempo (ALEXY, Robert *apud* NERY JR.; ABOUD, 2017, p. 124) e provém coerência, bem como justificação ao sistema jurídico do Estado e permitem ao juiz, ante um caso complexo, extrair a melhor interpretação consoante à análise da Constituição (DWORKIN, Ronald *apud* NERY JR; ABOUD, Op. cit., p. 125).

Em vista disso, assim como se faz absolutamente importante a dignidade humana para o ser-humano, se faz a imparcialidade do juiz e o equilíbrio processual entre as partes para o acusado no processo. Desta maneira, um acusado não tem dignidade em um processo penal a qual se tem um juiz parcial e, conseqüentemente, não há isonomia processual, posto que a existência desta, pressupõe, *a priori*, a imparcialidade. São princípios que devem ser considerados inarredáveis do processo penal.

Por isto, existindo lastros do modelo inquisitivo no atual sistema acusatório, que em tese possibilita a existência de um juiz-ator, conferindo-lhe poderes investigatórios e instrutórios, passa-se a deturpar a observância do contraditório e da ampla defesa, da paridade de armas e conseqüentemente do devido processo legal, fazendo com que os princípios supra sofram um verdadeiro e absurdo aviltamento.

2.1 O Princípio da Imparcialidade como garantia de um processo justo

Seria demasiado incoerente atribuir poderes decisórios a alguém que se faz parte interessada na resolução de uma causa. Por este motivo, o Estado avoca para si tal

mister, titularizando-se como único dotado de legitimidade com poderes resolutivos, sobrepondo-se aos interesses das partes, mantendo-se, sobretudo, alheio a estes interesses. Destarte, tão bem quanto se pode encontrar na doutrina, está o conceito de juiz imparcial no artigo 8º, do Código de Ética da Magistratura Nacional (Res. CNJ 60, 2008).

Doutro modo, resta absolutamente inexistente esta imparcialidade, quando se propõe poderes de investigação e/ou gestão probatória ao juiz, visto que são mecanismos inerentes ao processo inquisitório, que causam grave prejuízo ao imputado frente ao poder desmensurado do Estado na sua pretensão acusatória e punitiva. Pois “não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo” (LOPES JR., 2018b).

Portanto, como já dito, insuficiente a mera separação das funções de acusar e julgar para que o juiz seja imparcial no processo (ou antes dele como prevê o artigo 156, I, CPP), mas, também, faz-se imprescindível que ele se abstenha da atividade investigatória e instrutória. Muito bem preleciona Aury Lopes Jr. quando diz que

a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JR., 2018b).

Destarte, para ter-se um julgador imparcial, não é bastante que este se alheie da pretensão acusatória, mas, igualmente, que se arrede da atividade probatória no decorrer do processo, bem como *antequam processus*, pois

a maior garantia para a imparcialidade [...] é a inércia do julgador (*ne procedat iudex ex officio*) que, somada ao correlato ativismo do Ministério Público e ao fato de a gestão da prova estar nas mãos das partes, garantiria o distanciamento necessário ao julgamento e à justiça da decisão (CASARA, 2018).

Deveras, indispensável é a separação das funções de acusar e julgar, para que o juiz se faça um terceiro *desinteressado* no resultado do processo. Entretanto, se lhe é conferido poderes de investigação/instrução, possibilitando que vá em busca da prova antes do processo, para, após o recebimento da denúncia, julgar conforme os próprios atos investigatórios, a ideia de imparcialidade é negligenciada, despertando um

animus persecutório que lhe aproxima da acusação e o afasta da defesa, instaurando não só um processo penal injusto, assim como proferindo uma sentença prejudicial – ao réu, é claro (CASARA, Op. cit.).

2.2 Da Paridade de Armas no Processo Penal como instrumento de exercício do Contraditório e da Ampla Defesa

Como retro citado, num processo em que há um juiz “mais amigo” duma parte que doutra, impera a parcialidade – característica imanente ao inquisitório – e, conseqüentemente, inexistem processo e decisão justos. Portanto, indissociável a ideia de que, se não há imparcialidade por parte do julgador, também não haverá equilíbrio processual entre as partes no processo. Esta paridade de armas é nada mais que tratamento igualitário entre as partes, vedado qualquer *discrimen* senão os que pela lei resultem (FAZZALARI, 1996, p. 75).

A paridade de armas pressupõe a existência da imparcialidade do juiz. Caso ausente esta, inexistente aquela. Do mesmo modo, se inexistente o equilíbrio processual, não haverá regular observância do contraditório e da ampla defesa, pois derivam do emprego fiel destes. São, por assim dizer, princípios que necessariamente e indispensavelmente devem ser considerados como orientadores máximos de um processo penal justo (devido processo legal) e dialético, contemplando não só a possibilidade de informar o acusado e a defesa sobre todos os atos da acusação e do juízo, como também de reagir contra tais atos (FAZZALARI, 1996, p. 75). Um processo penal democrático, portanto, instrumento de garantias mínimas à hipossuficiência do acusado ante o poder castigador do Leviatã (HOBBS, 2003).

Em razão disto, inoportuno dizer que o processo penal pátrio é justo/democrático se o juiz utiliza de poderes de investigação/instrução, haja vista violarem o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias mínimas que o Estado deve conceder por força principiológica constitucional, mas que são máximas para aquele que ocupa a cadeira do réu, que nesta relação é o elo mais fraco, pois, além de ser uma exteriorização do Estado de Direito, o contraditório e a ampla defesa se fazem imanente à isonomia processual, provendo o justo equilíbrio entre as partes no processo penal (NERY JR.; ABBOUD, 2017, p. 166).

Em verdade, não se pode considerar contraditório e ampla defesa como sinônimos, pois aquele compete o papel inaugural da tutela dos direitos do acusado, posto que “defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta que garante o contraditório” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 63). Logo, faz-se mister reforçar a íntima ligação que se tem entre equilíbrio processual e contraditório, posto que

a essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subseqüente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença (FAZZALARI, 1996, p. 75).

Concernente a ampla defesa, “a defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato”, [...] constituindo “verdadeira condição de paridade de armas [...] fortalecendo a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador [...]” (FOSCHINI, 1956, p. 26).

A título de ilustração, pode-se conceber os citados princípios como se fossem caixas, uma maior que a outra, sendo que, ao desembulhar uma, descobre-se uma menor dentro. Assim, ao se abrir a caixa da imparcialidade, encontrar-se-á a da paridade de armas, visto que somente quando o juiz procede com aquela, que se terá o equilíbrio processual. Por conseguinte, abrindo-se a caixa da paridade de armas, descobrir-se-á a do contraditório e da ampla defesa, pois somente quando equilibrada a relação processual, é que se obterá o efetivo exercício daqueles. No mais, todas estas caixas encontrar-se-ão, intrinsecamente, no interior de uma caixa maior, que é a do devido processo legal.

Arrematando, inexistente no CPP dispositivo que veicule (expressa e diretamente) o exercício da paridade de tratamento entre as partes no processo penal. Saliente-se, porém, que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Novo Código de Processo Pena”, que revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941, e altera outros dispositivos legais.

Entretanto, o artigo 3º do CPP autoriza a aplicação complementar e subsidiária de fontes normativas heterogêneas. Destarte, a fim de pavimentar a referida

lacuna processual penal e conferir igualdade de tratamento às partes no processo penal, deve-se, por analogia, aplicar o artigo 7º do CPC. No mais, além do dispositivo processual penal, tal complementariedade também é autorizada pelo Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito Processual Civil², promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 24 e 25 de agosto de 2017, em Brasília – DF.

2.3 Da utópica Paridade de Armas no Processo Penal: da desregrada desigualdade entre acusação e defesa

A vista das considerações acima explicitadas, mormente as citadas nos dois subtópicos anteriores, não restam dúvidas acerca da dependência que a paridade de tratamento entre partes no processo penal tem com a imparcialidade do juiz, assim como o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Outrossim, não há incertezas quanto à sua importância para restar configurado o efetivo *due process of law*. Portanto, faz-se mister o acatamento de um princípio seguido do outro entre os supra referidos, para que sejam efetivos os mandamentos processuais constitucionais.

Todavia, no que diz respeito ao processo penal brasileiro, isto ainda não passa de um mito, posto que “não obstante os ares (e o discurso) democráticos trazidos pela CF/1988, a atuação judicial persiste em práticas e concepções forjadas em períodos autoritários” e “a supressão de direitos e garantias fundamentais revela-se estratégia para garantir a eficácia do sistema penal.” (CASARA, 2018). No processo penal brasileiro, o juiz (e a sociedade) possui maior afinidade com a acusação, provocando uma indiferença ao réu, pois tomam como regra a culpabilidade em vez da inocência, que é presumida constitucionalmente. Com isto, a ideia de paridade de armas é desprezada ou sequer existe no processo penal, porquanto esta desigualdade processual, decorre, pois, do modelo inquisitório.

2 Enunciado nº 3 - As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

2.3.1 Da utópica visão do Ministério Público como "parte imparcial": a necessidade da assunção da responsabilidade do MP como parte no Processo Penal, até mesmo para garantir um contraditório justo

É tão mitológica a ideia de que o Ministério Público seja imparcial no processo penal tal qual é a de que se tem paridade de armas entre acusação e defesa. Um mito que os defensores de tal tese se baseiam para sustentá-la em razão, dentre outras coisas, das garantias institucionais e da atribuição funcional (*munus*) do órgão, de fiscal da lei (*custos legis*), determinadas pela Constituição (IBID.).

Igualmente, a concepção de imparcialidade do órgão acusador é firmada segundo a fabulosa crença que os operadores do direito, conferem ao mesmo. Pois, em virtude de ambos os órgãos (Estado-juiz e Estado-acusação) serem parte da própria exteriorização do poder-dever estatal que é a tutela penal, imprudentemente fazem uma confusão funcional entre um e outro, não obstante serem (pelo menos é o que deveria), nos termos da Constituição, titulares de atividades genuinamente distintas.

Deveras, o órgão jurisdicional passa a identificar-se com o órgão acusador e, por conseguinte, aproximando-se deste – “o Estado contra o crime e o criminoso”, e reserva-se, conseqüentemente, um prejudicial distanciamento do acusado, elidindo a imprescindível e equilibrada equidistância que deve ter entre os sujeitos processuais tal como a neutralidade jurisdicional (CASARA, 2018). A equivocada ideia de imparcialidade do Ministério Público é necessariamente antagônica ao acusatório instituído pela CF, porquanto a criação do órgão ministerial justificou-se, inclusive, para que o Estado-juiz se posicionasse efetivamente equidistante às partes processuais para a composição de um “processo penal de partes” (ou seja, onde estas se fazem protagonistas e assumem o ônus probatório), ademais de purificar a relação processual com a imperiosa separação das funções de acusar e julgar, que unidas, num só sujeito estatal, discrepam do modelo democrático.

Portanto, além da imperiosa separação das funções de acusar e julgar e do necessário distanciamento do julgador da atividade instrutória, só haverá uma distribuição equitativa da jurisdição quando houver uma assunção por parte do Ministério Público quanto à sua parcialidade no processo penal enquanto parte legítima. Pois esta parcialidade é típica da função que o justifica no plano Democrático de

Direito, bem como é imanente a esta função em razão do interesse processual que dá azo a sua postulação em juízo.

Assim, só se prestigiará o modelo constitucional acusatório de forma ideal quando o Estado-acusador preferir a ideia de que seja parte parcial no processo penal. No mesmo sentido, somente com a admissão desta parcialidade é que se terá o indispensável e regular exercício do contraditório, devidamente aposto ao imputado (e a defesa), para que se lhe possibilite ter ciência dos atos do *Parquet* perante o Estado-juiz, assim como lhe oportunizar que se manifeste à respeito destes atos.

Trata-se, nada mais, que uma repartição de atribuições, em que a parte acusadora cabe levantar o material corroborante com sua postulação perante o Estado-juiz (que oportunamente deliberará acerca de todo o material probatório instruído pelas partes) e, em contrapartida, a defesa, que sustentará as teses pertinentes aptas a repelir aquele material da acusação, restando, assim, um perfeito processo penal dialético.

Isto, desde que, é claro, também sejam observados os princípios processuais emergentes da Constituição de 1988 – mormente o do contraditório – que devem orientar o processo para que seja dialética/constitucionalmente harmonioso e, portanto, seja distribuída de forma equilibrada entre as partes a jurisdição e, ao fim, alcançada a justiça.

2.3.2 Dos poderes investigatórios e instrutórios do juiz: o artigo 156 do Código de Processo Penal e a desconformidade ao Processo Penal Acusatório

Existem inúmeros dispositivos na Lei processual penal que são puramente revestidos de inquisitorialidade. Artigos que violam com o modelo processual acusatório inaugurado pela Lei Maior e adotado atualmente pelo CPP. Dentre estes vários expedientes normativos de caráter inquisitório, cuida-se aqui principalmente do art. 156, em virtude da sua redação autorizar atos constitutivos de prova, assim como diligenciais por parte do juiz, maculando princípios e o processo como um todo. É como se o juiz recebesse uma isenção a hierarquia formal, decidindo quais fatos são verdadeiros ou não (LIMA, 2020).

Como acima e exhaustivamente exposto, em que pese ser imprescindível a separação das funções de acusar e julgar para que seja prestigiado o acusatório

conforme atualmente adotado, tal apartação resta inarmônica quando se faculta ao julgador poderes de investigação preliminar e instrução probatória no curso do processo.

Logo, ordenar a produção antecipada de provas antes da propositura da ação penal pelo órgão acusador, bem como determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto (supostamente) relevante no decorrer da instrução, não constituem senão uma absoluta violação ao sistema acusatório.

O juiz, quando passa a ter liberdade de lidar com a prova consoante lhe faculta o artigo 156 do CPP, deixa de acatar princípio supremo inerente a atividade jurisdicional que é a imparcialidade e, deste modo, posiciona-se em cadeira adjacente a da acusação e longínqua a da defesa, inaugurando um processo penal característico do *Sancti Officii*, visto que “a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual”. Por tal razão, só existirá um sistema acusatório sem rastros inquisitórios quando o juiz se desincumbir do manuseio probatório, fazendo-se plenamente imparcial (LOPES JR., 2018).

3 Da imprescindível adequação constitucional do Código de Processo Penal: a necessidade de mudança ideológica também do aplicador da lei

No cenário em que fora promulgado o Código Processual Penal (1941) inexistiam os direitos e garantias fundamentais que foram, tardiamente, instituídos pela Carta de 1988, documento donde exsurgiram os princípios basilares da nova República e, portanto, fundante do Estado Democrático de Direito.

Assim, desde a promulgação da Lei Maior, há uma incondicional incompatibilidade entre esta e o *Codex* processual, sendo, pois, imprescindível que seja feita uma releitura deste com afastamento de dispositivos autoritários, a fim de adequá-lo aos preceitos constitucionais e principiológicos da nova ordem constitucional democrática, posto que “os princípios processuais de uma nação não são outra coisa senão o seguimento da sua política estatal em geral” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67).

Identicamente, somente quando apreendida a ideia de que o Diploma Legal pretérito a Constituição (ainda que por ela recepcionado) deve, estritamente, ser relido segundo as suas normas, compreender-se-á “que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional”. Portanto, “o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se

democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.” (GOLDSCHMIDT, Op. cit.).

Todavia, enquanto se aguarda a vontade do órgão titular da função legiferante em reler o presente Código Processual Penal conforme a Carta Magna, carece, irremediavelmente, que os operadores do direito, o façam irrestritamente à ordem constitucional, superando a crise da teoria das fontes, que caracteriza-se em decorrência da superestima dada pelos julgadores à lei ordinária em detrimento da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, de status supralegal.

Compulsório, pois, seja rigorosamente observada a Magna Carta como fonte precípua de orientação hermenêutica, plenamente dotada de eficácia e executividade no plano da persecução penal, posto que a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-Constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma (PRADO, 2005, p. 86), haja vista que com “uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.” (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 67).

Urge, portanto, uma interpretação do Diploma processual, subsumindo-se este a Constituição, a fim de compreender a clara legitimidade que tem o *ius libertatis* ante o *ius puniendi* que, no Estado de Direito, que precisa ser efetivamente legitimado e justificado (TAVARES, 2002, p. 162), não obstante constituir-se em um poder-dever do Estado, que é tutelar a manutenção da ordem pública através da privação da liberdade daquele que a perturba. Assim, o poder punitivo estatal deve, necessariamente, legitimar-se consoante os princípios constitucionais (neste prisma, acentuadamente os princípios constitucionais processuais).

Nesta perspectiva, o processo penal deve ser considerado não apenas como mecanismo hábil a manter a ordem pública através da repressão do delito, mas sim concomitante e precipuamente, como meio idôneo a limitar o *ius puniendi*, com a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Deve, assim, ser reconhecida sua instrumentalidade enquanto instrumento constitucional para consolidar a supremacia protetora do imputado no processo, posto que os princípios que o orientam são, por excelência, derivados do Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Encerrando, o presente trabalho visa avolumar as discussões sobre o Processo Penal no Brasil, considerado à luz da CF/1988, sobretudo no que concerne aos princípios constitucionais processuais, que devem estritamente conduzir a interpretação do CPP.

Buscou-se, portanto, elucidar a incompatibilidade entre a *codex* processual e o disposto na Lei Maior, no que diz respeito ao sistema processual penal estruturante daquele e a matriz acusatória instituída por esta, sendo inequívoco que o CPP ainda possui vestígios do sistema inquisitório, ainda que acusatório.

Outrossim, teve por objetivo tornar claras as consequências de interpretar e aplicar os dispositivos do CPP, sem fazê-lo com a imprescindível observância dos mandamentos constitucionais. Mostrou-se que com uma interpretação literal do Código sem realizar uma hermenêutica sistemática junto a Constituição, incorre-se em grave erro, atentando contra os direitos e garantias fundamentais do imputado na *persecutio criminis*.

Quando levada em conta apenas a simples e isolada exegese do Código processual, olvidando de fazê-la sem a estrita e indispensável estima da supremacia constitucional, o juiz faz-se parcial, desequilibrando a relação processual, passando a não dispensar ao acusado as mesmas oportunidades que concede a acusação, impossibilitando-o, por exemplo, de efetivar o necessário exercício do contraditório e da ampla defesa.

Assim, o *ius puniendi*, que precisa imprescindivelmente ser legitimado nos termos da Constituição, porquanto ter por fim a constrição do *ius libertatis*, opera-se contrariando-a, instituindo uma pretensão punitiva ilegítima e abusiva, violando um bem maior, essencial a configuração da dignidade humana. Neste prisma, urge que seja rapidamente acatado o presente problema pelo Poder Legislativo, a fim de dar celeridade nos trâmites concernentes a retificação do hodierno CPP, adequando-o conforme o Estado Democrático de Direito fundado pela Carta Magna.

Por fim, ultima-se o presente estudo não expressando uma ideia de ter colocado fim ao problema ou, muito menos, querer induzir o eventual apreciador do presente trabalho a este se alienar. Pretende-se, com esta feita, nada mais que fazer

emergir e acalorar assaz as discussões acerca da matéria nos estudiosos e pensadores do Direito, que por ventura a ela tiver contato. E nada mais.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 03 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29. set. 2018a.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 19. set. 2018b.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF 5 out. 1988, Seção 1, Página 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - 1969 (Pacto de San José da costa Rica). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 set. 2018c.

BRASIL. *Resolução nº 60*, de 19 de setembro de 2008. Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2601>>. Acesso em: 19. set. 2018d.

BRASÍLIA (Distrito Federal). *Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito Processual Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 24 e 25 de agosto de 2017. Disponível em: [file:///D:/Usuario/Downloads/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub%20\(1\).pdf](file:///D:/Usuario/Downloads/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub%20(1).pdf). Acesso em: 29. set. 2018.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580513>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FOSCHINI, Gaetano. *L'Imputato*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1956.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580635>>. Acesso em: 05 set. 2018.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

LIMA, Rafael Catani. A ordem pública como fundamento da prisão preventiva e o estado inquisitivo de direito. *Revista: Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 5, n. 1, pp. 456-488, jan/abr. 2017. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/257/pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: A tradição Inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 40, pp. 65-84, 04 jul. 1989. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/9052/1/KANT%20DE%20LIMA%20Roberto.%20Cultura%20jur%C3%ADica%20e%20pr%C3%A1ticas%20policiais%20a%20tradi%C3%A7%C3%A3o%20inquisitorial.%20Revista%20Brasileira%20de%20Ci%C3%A2ncias%20Sociais.PDF>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580198>>. Acesso em: 16 ago. 2018a.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580258>>. Acesso em: 06 ago. 2018b.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: curso completo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Cristian Kiefer da. Uma análise da decisão do STF no HC nº 126.292 e na ADC nº 44: o sepultamento do princípio da presunção de inocência e o funeral do estado democrático de direito? *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 5, n. 1, p. 160-193, 2019

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TÁVORA, NESTOR; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Submetido em 17 de setembro de 2019.

Aprovado para publicação em 11 de julho de 2020.

