

# Excurso sobre a ótica do processo justo na teoria e na aplicação do processo penal comum e militar

**Cláudia Aguiar Britto**

Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia. (Universidade de Coimbra/IGC). Doutora em Direito Público/Processo Penal (UNESA). Mestre em Ciências Penais (UCAM). Professora Titular de Processo Penal (IBMEC). Pesquisadora PICPq/Unifeso. Diretora de Ensino e pesquisa (IBDMH). Advogada.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>

E-mail: [claudiaaguiarbritto@gmail.com](mailto:claudiaaguiarbritto@gmail.com)

**Revisores:** Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: [antonio.facuri@mpm.mp.br](mailto:antonio.facuri@mpm.mp.br))  
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: [fernando.teles@mpm.mp.br](mailto:fernando.teles@mpm.mp.br))

**Data de recebimento:** 24/04/2023

**Data de aceitação:** 25/04/2023

**Data da publicação:** 04/05/2023

**RESUMO:** O presente articulado tem por escopo apresentar um breve excurso sobre a perspectiva de processo justo reunindo aspectos do modelo brasileiro e do quadrante internacional. Para tanto, algumas nações europeias e africanas foram analisados neste ensaio de forma reflexiva-comparativa. Para tal desiderato, de forma metodológica, optou-se por fazer um recorte legal de certos regimes jurídicos presentes no Código de Processo Penal (comum e militar) no âmbito da narrativa do processo justo.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo justo; declaração de direitos; democracia.

## ENGLISH

**TITLE:** Excursus on the perspective of fair process in the theory and application of common and military criminal procedure.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present a brief excursus on the perspective of fair process, bringing together aspects of the Brazilian model and the international quadrant. Therefore, some European and African nations were analyzed in this essay in a reflective-comparative way. For this purpose, in a methodological way, it was decided to make a legal outline of certain legal regimes present in the Code of Criminal Procedure (common and military) within the scope of the fair process narrative.

**KEYWORDS:** fair trial; bill of rights; democracy.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O justo e os sistemas processuais – 3 O Processo justo no quadrante internacional – 4 O texto legal e a narrativa do “justo”. Entre facticidade e a aplicação da norma processual (comum e militar) – 4.1 O reconhecimento de pessoas – 4.2 Interrogatório do acusado – 4.3 Perguntas por intermédio do juiz? – 5 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos órgãos judiciários pelo mundo revela-nos de que maneira cada nação construiu e organizou o seu sistema de justiça. Embora saibamos que um sistema processual penal se traduz em um conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para aplicação do Direito Penal material, em cada situação concreta, diferentes países, ao longo dos anos e séculos, construíram seus modelos de investigação, processo e julgamento, a partir de diferentes ideais e regimes. Perelman (2002, p. 227) salienta que o que caracteriza a nossa civilização

desde o século XVIII é a insistência com que cada vez mais a igualdade é apresentada como um substitutivo da justiça.

No campo do processo criminal, o direito específico à igualdade perante os tribunais é um princípio fundamental subjacente ao direito a um julgamento justo; e pode ser encontrado expressamente no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, segundo o qual “todas as pessoas serão iguais perante as cortes e tribunais”. Embora não contidos expressamente nas convenções regionais, os artigos correspondentes sobre “julgamento justo” tanto quanto o direito à igualdade perante os tribunais estão abrangidos de certa forma pelo princípio geral da igualdade e são por ele protegidos.

O art. 14.3.a do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos prevê que, na determinação de qualquer acusação criminal contra alguém, todos têm o direito de ser informados prontamente e em detalhes em um idioma que o imputado entenda sobre a acusação formulada.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) consignada em Roma a 4 de novembro de 1950, entrando em vigor a 3 de setembro de 1953, foi o primeiro instrumento a declarar expressamente o “Direito a um processo justo” (*Droit à un procès équitable/Right to a fair trial*) e a concretizar formalmente os ideais de igualdade, tornando obrigatórios alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Assim, o presente ensaio visa pontuar, em primeira linha, as nuances dos sistemas jurídicos passados como forma de contextualizar a questão de fundo. Em segundo plano, a tarefa está endereçada às narrativas legais de processo justo no quadrante internacional. Por fim, optou-se por fazer um recorte de alguns regimes jurídicos probatórios como forma de contextualizar a perspectiva do processo justo nos ordenamentos jurídico-penais (comum e militar). A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

## 2 O JUSTO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS

Segundo o esquema projetado por Lawrence Kohlberg (*apud* MAIA, 2000, pp. 73-74), uma ação justa é aquela definida em termos de direitos individuais e de *standards* originalmente examinados e aprovados por toda a sociedade (orientação “contratual-legalista”). Por outro lado, em termos de “princípios éticos universais”, o “justo” é definido com base numa decisão da consciência, tomada de acordo com princípios éticos escolhidos autonomamente, que visam ser logicamente compreensíveis e dotados de universalidade e consistência.

Bastante emblemático o diálogo entre Chomsky e Foucault (FOUCAULT, 2003, p.121), no qual o primeiro destaca sobre a falta de condições de se criar um sistema jurídico ideal: “somos demasiadamente limitados e parciais”. Chomsky sinaliza sobre o dever de agir como seres sensíveis e responsáveis com o fim de imaginar uma sociedade e uma justiça melhores. Por outro lado, uma das preocupações mais latentes de Foucault sempre esteve centrada na problemática do sistema penal e a maneira pela qual a sociedade define o “bem e o mal”, o “permitido e o não permitido”, o “legal e o ilegal”; e de que forma ela exprime todas as infrações e todas as transgressões à lei.

O “justo”, considerando aqui o sentido de uma “ação justa” em nível pós-convencional, representa estágios de nível de consciência moral. Significa dizer que o conceito de legalidade e o de justiça não são idênticos nem totalmente distintos, uma vez que a legalidade engloba a justiça, no sentido de uma melhor justiça, tal como explica Maia (2000, pp. 73-74).

Em termos de Brasil, a pretensão de se alcançar um critério de igualdade, ou o modelo teórico de paridade de “armas”, inclusive processual, estabelecido pelo art. 5º da CRFB/1988 da Constituição democrática, tem contribuído para diminuir as assimetrias existentes. Ainda que, na prática, o tratamento dispensado pelo sistema de justiça criminal, especialmente aos

vulneráveis, passe ao largo desses direitos e garantias. Ademais, a igualdade que mencionamos não está relacionada a igualdades ou desigualdades exatamente aritméticas. Segundo Perelman (2002, p. 227), intervém, em princípio, a regra de justiça formal, que exige tratamento igual para aqueles que estão em situações essencialmente semelhantes. Impõe assim, aos que prestam serviço à justiça, especialmente aos juízes, certa uniformidade na aplicação do direito; e à acusação, as manifestações adequadas a cada caso concreto.

A ideia igualitária com nítidas nuances liberais procura sedimentar a proteção contra os abusos, a parcialidade e a arbitrariedade praticados por agentes do poder. Aquela isonomia que se relaciona ao aspecto do tratamento uniforme de todos os homens resultando em igualdade real e efetiva de todos (Duarte, 2003, p. 36)<sup>1</sup> é, por outro lado, concebida como igualdade material.

Pouco mais de quarenta anos depois da primeira Carta Republicana do Brasil, cuja população já apontava crescimento significativo, surgiria a Constituição de 1934, a partir de uma linguagem consubstanciada na chamada “democracia social” pressupondo que os órgãos e os institutos estariam voltados para atender o povo. À manutenção da federação e à divisão dos poderes se somavam as características desse novo governo, que incluía capítulos relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, à criação da justiça do trabalho e à admissão do voto feminino. Os Direitos e as Garantias Individuais (cap. II) foram estabelecidos no art. 113: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (art. 113, § 24).

Por outro lado, na Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, dentre os direitos e garantias individuais, o art. 122, IX dispunha que: “a instrução criminal será contraditória, asseguradas

---

<sup>1</sup> Cf. Britto (2014) *apud* Duarte (2003, p. 42, 43): Igualdade perante a lei e igualdade na lei. A “igualdade perante a lei”, segundo a autora, tem por destinatário exclusivo os aplicadores da lei, a igualdade há de ser observada especialmente pelo juiz, ao passo que a “igualdade na lei” está vinculada ao legislador.

antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”; além de estabelecer que: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. A Constituição de 1937, todavia, ampliou o poder de intervenção nos Estados; limitou o Poder Legislativo, o Ministério Público, cujo ápice foi marcado pelo fechamento do Congresso Nacional e todas as assembléias estaduais. O país viveu 15 anos de ditadura.

Em 1946, porém, novo diploma legal surgiria. A Constituição, considerada liberal, fez surgir o regime democrático. Os direitos e garantias foram acomodados em parágrafos específicos, notadamente aqueles relacionados aos direitos dos presos e dos acusados em geral, todos agora concentrados no art. 141, em que a garantia da plena defesa e a instrução contraditória foram, enfim, estabelecidas de maneira correspondente no parágrafo 25.<sup>2</sup>

Os três poderes voltaram a ser harmônicos e independentes entre si; o Ministério Público recebeu título inteiro na Constituição (art. 125); o direito de greve e a proteção do trabalhador do campo foram reconhecidos e protegidos. Diferente discurso, porém, começou a ser empregado a partir da Constituição Brasileira, de 1967, sob a égide da dominação militar, e muito antes de se tornar democrática, em 1988, embora prevendo alguns poucos direitos e garantias individuais, os recolhia agora topograficamente nos últimos dispositivos. Em seu artigo 153, resumia os direitos de todos os cidadãos em não mais do que trinta e cinco parágrafos.<sup>3</sup> A ampla defesa, todavia, foi mantida no parágrafo 15: “A lei assegurará aos acusados ampla

---

<sup>2</sup> “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

<sup>3</sup> Com a emenda constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969, o capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais foi transplantado para o art. 153, cujo texto relativo à “ampla defesa” e à “instrução criminal contraditória” foi preservado.

defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de Exceção”. E, no parágrafo 16 do citado art. 150, ficava estabelecido que: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

O Art. 5º caput da Constituição Brasileira de 1988, ao reconhecer a igualdade a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos elencados em seus incisos, impõe aos legisladores e aos atores jurídicos públicos a observância e aplicação dos ditames ali contidos.

No contexto dos casos criminais, o processo justo se consubstancia garantindo aos acusados e aos imputados em geral um esmerado procedimento, assegurando o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV); conferindo a todos o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); para além de outros direitos e garantias fundamentais que sustentam e laureiam o direito a um processo justo.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como fonte normativa internacional, a partir da jurisprudência emanada das cortes regionais de DH, deve ser utilizada como supedâneo interpretativo do direito nacional, sobretudo no âmbito do procedimento criminal, pois se mostram entrelaçados ao direito fundamental de defesa. Toda essa construção normativa de cunhagem internacional, explica Britto (2017, p. 164), proporcionou um corpo de jurisprudência de especial relevo. “A ascendente produção jurisprudencial emanada da Corte Interamericana ao longo dos últimos anos logrou alcançar um importante controle da arbitrariedade de governos e tribunais nacionais” (BRITTO, 2017, p. 164).

Nesse contexto, os procedimentos seguidos em uma audiência devem respeitar o princípio da “igualdade de armas”, que exige que todas as

partes de um processo tenham uma oportunidade razoável de apresentar suas teses sob condições que não as confundam com os objetivos da outra parte. As convenções regionais do mundo, conforme dito alhures, não expressam a literalidade do direito à igualdade, muito embora a igualdade perante os tribunais esteja abrangida pelo princípio geral da igualdade.

O Artigo 14.3.a do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por exemplo, prevê que, na determinação de qualquer acusação criminal contra alguém, todos têm o direito de “ser informado prontamente e em detalhes em um idioma que a pessoa entenda sobre a natureza e a causa da acusação contra ela”. O artigo 6.3.a da Convenção Europeia tem redação semelhante, enquanto no artigo 8.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos, o acusado tem direito a notificação prévia detalhada das acusações contra ele.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não contém nenhuma disposição expressa que garanta o direito de ser informado sobre acusações criminais contra si mesmo. No entanto, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que as pessoas presas “devem ser informadas prontamente de quaisquer acusações contra elas”. No que diz respeito a uma pessoa detida, o Princípio 10 do Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas sob qualquer forma de detenção ou prisão fornece que o custodiado “deve ser prontamente informado de quaisquer acusações contra si”.

Excursionando ligeiramente sobre o sistema da Antiguidade para compreensão desse aporte aos sistemas de hoje, é de concordância entre os pesquisadores que o modelo de “processo penal” da Grécia e Roma republicana possuía uma estrutura essencialmente acusatória, por conta do caráter da acusação. As primeiras linhas do procedimento inquisitorial, contudo, são visualizadas na Roma imperial, onde os processos envolvendo os delitos públicos (em especial os de *lesa majestade*) se iniciavam de “ofício” (FERRAJOLI, 2002, p. 453, *apud* BRITTO, 2014). Com a

decadência do Império Romano, entretanto, o sistema acusatório retornou para sua condição original, mas inicialmente ainda com nuances do Juízo das Ordálias e os duelos judiciais, para então, em fins do século XII, alcançar os modelos da *disputatio* e do contraditório e, posteriormente, por meio do *adversary system*, desenvolver-se na Inglaterra e entre os povos anglo-saxões (*Idem*, p. 451).

Segundo Foucault (2003, p. 74), o inquérito que aparece no século XII reorganizou inteiramente todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica e até da época moderna. O modelo inquisitivo adotava, de forma vagarosa e progressiva, a estrutura processual de sigilo da dedução da acusação e da produção da prova testemunhal; a tortura passou a ser utilizada, tomando como pontos centrais as presunções e as confissões. No sistema inquisitivo, uma série de procedimentos de inquérito foi disseminada por toda Europa a partir do século XIII<sup>4</sup>. Nesse modelo, o inquirido era posto diante do juiz inquisidor como objeto de investigação. O interesse era destacar a ausência de comunicação entre o juiz e o acusado. No “processo penal” alemão comum, a persecução penal estabeleceu-se como uma prerrogativa do Estado, subtraindo do acusado toda e qualquer possibilidade de intervenção. Sua participação não era algo justificável e importante para a compreensão cênica do juiz (HASSEMER, 2005, p. 185). No sistema anglo-americano, por sua vez, o processo judicial misturava a pureza do acusatório com os elementos inquisitivos. A produção do feito nas mãos das partes (acusação e defesa) e o papel de árbitro endereçado ao juiz denotavam suas mais expressivas características (HASSEMER, 2005, p. 185). O modelo assumido de direito criminal cumpria um papel significativo nessa estrutura, como forma de hierarquia social, enfatizando-se a preservação da ordem pública (BRITTO, 2014, p. 184).

Para se alcançar um ‘acusatório puro’, no contexto do processo penal italiano nos anos 50, seria necessário um equilíbrio entre a acusação e a

---

<sup>4</sup> Cf. Foucault (2012, pp. 72,73) e Ferrajoli (2002, p. 453); BRITTO (2014).

defesa, como fora observado por Carnelutti; algo muito distante da realidade judicial, dizia ele. A luta judicial penal travada entre juiz e imputado, e que marcou o caráter inquisitório tradicional, lembra o jurista italiano, baseava-se no empenho do juiz (sem limites) na busca de provas e razões. Essa tarefa de buscador dos elementos probatórios fazia do julgador o “inimigo do imputado”. Daí reconhecer a gravidade da injustiça nesse tipo de sistema, não tanto pela falta da acusação, ou pela inexistência de mediação entre juiz e imputado, mas, sobretudo, pela postura do magistrado na condição de investigador (CARNELUTTI, 2004, p. 217).

Na estrutura garantista do processo acusatório da atualidade, consubstanciado pelo contraditório, pela ampla defesa, pela presunção de inocência, pelo ‘direito ao silêncio’ e a ‘não autoincriminação’, dentre outros princípios fundamentais, a razão está em impedir violações das garantias processuais, afastar os abusos e proteger todo e qualquer cidadão do arbítrio do estado:

Essa concepção de direito a um processo justo, a despeito de figurar nos instrumentos internacionais, também constitui o núcleo essencial do Estado Democrático afirmado nas constituições nacionais dos países que têm por pressuposto garantir a democracia e a continuidade dela. O direito a um processo equitativo de inspiração humanística e fundado e positivado originalmente por correntes liberais advindas dos séculos remotos, constitui, portanto, o pressuposto dos direitos humanos. Assim, processo justo só pode ser aquele realmente revestido de práticas que respeitem essa inspiração jus- fundamentalista, cuja atividade central é a igualdade das partes, o direito à amplitude de defesa e o livre contraditório, à assistência criminal, pondo em exercício efetivo a via comunicacional no cenário processual criminal. (BRITTO, 2014, p. 163)

No campo da instrumentalidade das formas para se concluir que uma audiência é justa, por exemplo, será exigível um reconhecimento dos interesses do acusado, da vítima e de todos os envolvidos no caso penal.

Em termos de Brasil, é possível visualizar tratamentos diferenciados aos acusados em relação não só ao tipo penal, mas também a partir do seu

*status* social. Nos atos de depredação e vandalismo praticados nas dependências dos Três Poderes da República contra os bens e o patrimônio histórico do Brasil, no dia 08 de janeiro de 2023, a estrita observância e o cumprimento dos procedimentos legais e constitucionais, relacionados à captura dos envolvidos, às cautelares determinadas, às investigações empreendidas e aos processos, até o julgamento dos imputados, foram, por certo, fortemente reclamados. Afinal, vive-se em um Estado Democrático de Direitos, e o direito a um processo justo todos devem ter. Nesse bojo, no qual se imputam fatos e autorias, no “08 de janeiro”, diferentes pessoas, de *status* sociais bem diversos e qualificações variadas foram apanhadas, simultaneamente, pelo sistema. Pessoas que jamais pensaram em perder, mesmo que provisoriamente, o direito de ir e vir se viram entregues ao sistema. Experimentaram, dolorosamente, a convivência compactada em espaços compulsoriamente compartilhados. Alguns ou muitos deles desconsideravam, até então, direitos humanos para boa parcela da população. No âmbito das reflexões antropológicas/sociológicas, DaMatta (1997, p. 108) lembra que o sistema que ainda se reconhece no Brasil “é aquele que – até hoje – imuniza categorias sociais inteiras de acusações, havendo uma relação paradoxal ou negativa entre o cidadão e a lei e entre a lei e a possibilidade de retribuição social”.

Como se tem notícia, há décadas as entidades de defesa, no Brasil e em contexto internacional, têm denunciado sistematicamente as condições carcerárias (semelhantes às masmorras medievais) e as demais formas de cumprimento da pena (regimes semiaberto e aberto). O excesso no uso das prisões provisórias e o tipo de ressocialização que se alimenta no Brasil, por meio da execução da pena, são pautas reclamadas de diversas formas e há muito tempo. A massa carcerária e o volume de processos criminais têm recaído maciçamente em grupos de maior vulnerabilidade social e jurídica há anos:

No contexto das garantias processuais e da assistência jurídica, e insistindo na ministration dos dados entabulados pelo informativo do departamento penitenciário brasileiro (INFOPEN, julho, 2014), segundo demonstrou a pesquisa, 23% das pessoas presas não dispõem de uma sistemática assistência jurídica. A prestação jurídica em 63% dos estabelecimentos prisionais é realizada pela defensoria pública; enquanto 11% das unidades são socorridas juridicamente pela advocacia privada e por advogados conveniados/dativos. O irrisório quantitativo de 1% recebe ajuda de advocacia privada prestada por ONGs ou outras entidades sem fins lucrativos. O Estado mais crítico é o Rio Grande do Norte (77%), no qual não se contabiliza qualquer assistência jurídica aos presos pobres em suas unidades carcerárias, cuja população prisional estima-se em torno de 5.430 pessoas. Seguindo por estes números deploráveis, os estabelecimentos prisionais dos Estados de Alagoas (38%), Goiás (36 %) e Roraima (21 %) não dispõem de assistência jurídica para os detentos. Por outro lado, também não há informação sobre assistência jurídica prestada por entidades voluntárias no Estado do Rio de Janeiro e em quase todas as regiões do Brasil (excetuando os Estados do Ceará, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rondônia, Roraima, Santa Catarina e o Distrito Federal, os quais totalizam 17 entidades jurídicas voluntárias). Segundo a Associação Nacional dos defensores públicos (ANADep), dos 8.489 cargos de defensor público criados no Brasil, apenas 5.054 estão providos (59,5%)<sup>5</sup>. O déficit total no Brasil, segundo a associação, é de 10.578 defensores públicos. Estima-se, portanto, que existam, atualmente, 5.294 defensores públicos distribuídos em 29 regiões no Brasil<sup>5</sup> (BRITTO *et al.*, 2018)

Contudo, cidadãos, ainda que em diferentes condições humanas e materiais, estão amparados por uma mesma Constituição e estão submetidos aos mesmos mecanismos de repressão e punição. Estão obrigados a observar a norma, entretanto, o sistema não faz essa diferença. No contexto probatório e no levantamento de dados, Adorno relata as dificuldades para se obterem certas informações de processos:

“As provas técnicas constantemente estão sujeitas a erros e na maioria dos casos tudo está centrado em evidências e testemunhos orais, embora prevaleça, nos documentos, a lei

---

<sup>5</sup> Fonte: IPEA. <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. ANADep, 2013; IBGE, Censo 2010. 3<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoria-publica>.

do silêncio, bem como ao longo de um processo, que chega a durar até cinco anos, muitas testemunhas não são mais encontradas, o que acentua a produção de provas inconsistentes”. Não existe tampouco a previsibilidade esperada em sistemas de justiça que funcionam. “É muito comum se flagrarem retratos morais dos envolvidos, algo de natureza extrajudicial, usados pela defesa e pela acusação, tentando influenciar decisões e sentenças”. Também é comum a inversão do ônus da prova: pela lei brasileira, cabe ao Estado provar a culpa dos réus reunindo material sólido comprobatório. Muitas vezes, se atribui ao réu o ônus de provar sua inocência, mas ele não tem os mesmos recursos do Estado. A justiça da impunidade. Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas.<sup>6</sup>

Nesse diapasão, se de um lado figura o acusado, isto é, aquele que experimenta as relações de poder na condição de dominados (NASCIMENTO, 2004, p. 96) – em seu espaço de submissão, do outro está o antagonista (acusação), privilegiado em relação ao outro lado (acusado). Daí ser necessário e exponencialmente urgente dar efetividade aos preceitos assumidos na Carta democrática de 1988, aos direitos e garantias fundamentais ali contidos e em qualquer situação, porque é a partir dessa distribuição igualitária procedimental que se alcança uma proposta de processo justo. No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, tratamentos diferenciados aos imputados não podem mais subsistir no cenário jurídico criminal.

---

<sup>6</sup> <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade/> FAPESP.  
<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>.  
2019/2020. A presença das Defensorias Públicas estaduais e distrital no território pode ser analisada através da distribuição das defensoras e defensores pelas comarcas do país. Em 2019/2020, considerando as 2.7625 comarcas que compreendiam todo o território nacional – seja representando apenas um município, um conjunto de municípios ou ainda regiões do Distrito Federal – as Defensorias Públicas estaduais e distrital prestavam atendimento em cerca de 1.162 comarcas, ou 42% do total(...)  
ADORNO, Sérgio. A justiça da impunidade: ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas. FAPESP. Disponível em:  
<http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>.

### 3 O PROCESSO JUSTO NO QUADRANTE INTERNACIONAL

O desenvolvimento dos estamentos jurídicos de direitos e garantias, disparado com a Declaração de Virgínia de 1776, foi essencialmente importante para estruturar os dispositivos jurídicos, que, então positivados, transformam-se em Direitos Fundamentais. Mas não há dúvida de que a literatura humanista de Cesare Bonesana serviu de esteio para as demais Constituições e Cartas de Direitos. Os textos de Marquês de Beccaria antecederam à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vinte e cinco anos antes de esta ser proclamada em 1789. Como se sabe, a Declaração americana foi influenciada pelo pensamento liberal, em que a questão a ser resolvida estava situada entre um monarca e a rede de relações funcionais da época. O repúdio ao absolutismo encartava o compêndio de direitos estatuídos no *Bill of Rights* e um novo estado teve de ser institucionalizado em um território que se tornara recentemente independente. Os cidadãos dessa nova América iniciaram um modo de vida de acordo com seus projetos institucionais, cabendo a Declaração de Virgínia (1776) formulá-los.

Na seção destinada aos procedimentos criminais, a Carta de Virgínia já enfatizava o direito de todo imputado exigir informação sobre a causa e a natureza de sua acusação, de ser confrontado com os seus acusadores e testemunhas e o direito de produzir e requerer provas a seu favor. O Direito a um processo público, a partir de um juízo competente e imparcial, também foi expressamente descrito no texto americano. Da mesma forma, deu-se relevo à vida e à liberdade de toda e qualquer pessoa acusada de uma infração penal, não podendo ser privada de sua liberdade, exceto pela lei do país ou pelo julgamento de seus pares. A Declaração de Virgínia deixou ainda consignado o direito a não autoincriminação, de não ser obrigado em qualquer processo criminal a depor contra si mesmo (*Cf. nor be compelled in any criminal proceeding to give evidence against himself*), nem ser

processado duas vezes pelo mesmo delito, devendo-se garantir o direito do acusado de recorrer a um Tribunal.

Na mesma toada e de forma absolutamente significativa, a Carta de Direitos contemplou, no processo criminal, a vítima dos delitos; devendo esta receber justiça, ser tratada com dignidade e respeito pelos oficiais e funcionários. Para além do direito de receber notificação tempestiva de processos judiciais, também o direito de ser avisada sobre a libertação ou fuga do imputado, antes ou depois da decretação.

Na França, segundo Villey (1975, p. 160, tradução livre), os objetivos descritos no Bill of Rights de 1789 “(art. 2º) se traduziria na conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do indivíduo”.<sup>7</sup>

No contexto francês, uma nova República teve que ser planejada, o antigo regime teve que ser redesenhado, enquanto o contexto concreto permanecia o mesmo. O Art. 1º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, em que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, conservou os ditames, hoje universais, de liberdade, igualdade e fraternidade. O art. 6º da Declaração deixou consignado que a lei deve ser a mesma para todos; sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades.

Considerado como o primeiro Documento de reconhecimento internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 explicitou, em 30 artigos, os direitos humanos e as liberdades fundamentais aplicáveis a todas as pessoas, em todos os lugares do mundo. Os Pactos normativos dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos sociais e culturais se sucederam, traduzindo os princípios encartados na Declaração da ONU.

---

<sup>7</sup> Cf. [...] *les droits de l'homme sont précisément les droits subjectifs naturels. Le but de toute association politique, dit la Déclaration des droits de 1789 “(art. 2º) est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'individu.*

A Convenção Europeia intitulou o “Processo equitativo” no seu art. 6º e ao conferir o direito de qualquer pessoa ter a sua causa examinada de forma justa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

O Código de Processo Criminal francês, com sua redação alterada pela Lei nº 1729 de 22 de dezembro de 2021 – art. 3, por exemplo, também utilizou-se da expressão, registrando que o processo penal deve ser “justo” observando o contraditório e devendo-se preservar o equilíbrio dos direitos das partes<sup>8</sup>. Para os franceses, deve-se garantir a separação das autoridades encarregadas da ação pública e das autoridades de julgamento. Seguindo exatamente as pressuposições da Convenção Europeia, pessoas em condições semelhantes e processadas pelos mesmos crimes devem ser julgadas de acordo com as mesmas regras.<sup>9</sup>

A todo cidadão é reconhecido – textualmente – o direito a julgamento “justo”, célere e conforme a lei, nos termos expressos da Constituição Angolana. Embora a Convenção Africana dos Direitos humanos e dos povos não tenha utilizado expressamente a nomenclatura “processo justo” ou “processo equitativo”, tal como fez a Convenção Europeia. O art. 7º da Carta de Banjul pretendeu assegurar um processo justo dispondo que toda pessoa tem o direito de ter a sua causa apreciada e de ser julgada por um tribunal competente e por um prazo razoável; de poder recorrer aos tribunais nacionais contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais; do direito à

---

<sup>8</sup> Cf. *Le procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.*

<sup>9</sup> Em livre tradução. *Le procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties, CPPFRANCES 2022. Version en vigueur depuis le 01 mars 2022 Modifié par LOI n°2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 31.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*

presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida; além do direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha.

Analisando ainda algumas constituições de nações africanas, observa-se que a Constituição Caboverdiana reconhece a necessidade de um “processo equitativo” declarando expressamente que as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantindo a todos o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Cabo Verde optou por desenhar claramente os princípios do processo penal e nominá-los: a presunção de inocência, o contraditório, o direito de defesa, publicidade dos atos e juízo competente. A rubrica de que o processo criminal se subordina ao princípio do contraditório, o direito de audiência e de defesa em processo criminal é inviolável e será assegurado a todo o arguido está declarada na Constituição daquela Nação:

Após lograr sua independência, a primeira constituição da nação caboverdiana, aprovada em 1980, constituída de 96 artigos e revisada um anos depois, anunciava a intenção do legislador de trazer um novo modelo de organização política mais condizente com a nova envergadura de democracia pluralista. Os direitos fundamentais já declarados na primeira carta constitucional foram enaltecidos com a Constituinte de 1992. (BRITTO *et al.*, 2018)

A Constituição da República de Angola de 2010, por sua vez, confere expressamente aos detidos e aos presos o direito de só prestar declarações (quaisquer que sejam elas) após consultar um advogado. O direito ao silêncio ou de somente prestar declarações na presença de um advogado de sua escolha também não foram esquecidos pela Assembleia Constituinte Angolana (GORRILHAS; BRITTO, 2017).

Por outro lado, ainda em termos de Direito comparado entre Nações Africanas, a Constituição de Moçambique de 1990 introduziu e consagrou o

Estado de Direito Democrático, calcado na separação e interdependência dos poderes e no pluralismo, reafirmando e desenvolvendo o respeito e a garantia dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos moçambicanos. Contudo, embora tenha se preocupado em deixar explícito o compromisso de se interpretar os direitos fundamentais a partir dos preceitos constitucionais, integrados com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, não declarou expressamente o direito a um “processo justo”, tal como fizeram as Constituições de Angola e de Cabo Verde. E fato, a Constituinte Moçambicana procurou, ainda que timidamente, sustentar os parâmetros do Estado de Direito e as bases para se alcançar um processo equitativo, porém, nem todas as garantias do processo criminal receberam tratamento textual.

#### **4 O TEXTO LEGAL E A NARRATIVA DO “JUSTO”. ENTRE FACTICIDADE E A APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL (COMUM E MILITAR)**

Dentro da análise legiferante e da dogmática e aplicação do direito, existem dois vieses a considerar: o primeiro repousa no campo fundamentalmente legislativo, ao passo que o segundo eco reverbera no ambiente do processual penal, na forma de aplicação de certos regimes jurídicos.

É fato que as normas jurídicas têm validade independentemente da lógica ou do senso comum; elas precisam ser observadas. Mas, mais do que isso, tais regramentos precisam estar amparados e estruturados na construção história das Constituições. Estudando o abuso do poder de legislar no Brasil, Nascimento (2004, p. 224) fornece exemplos do descontrole legislativo ocorrido nas últimas décadas na esfera penal, inclusive realizado por meio de medidas provisórias, embora, até então, diz o autor, houvesse certo consenso na doutrina pela impossibilidade do emprego desse tipo de medida para dispor sobre matéria penal.

Neste aspecto, passados quase 35 anos da existência da Constituinte Brasileira, o sistema jurídico – comum e militar – ainda trabalha com dois textos legislativos (Código de Processo Penal comum e militar) que remontam as décadas de 40 e 60, respectivamente. Para além de outras normas jurídicas de extrema relevância, e a despeito de pequenas e tímidas alterações, ambas mantêm em seu bojo diversos dispositivos incongruentes e desarmônicos. Se por um lado, não há esforço de legisladores pela reforma integral do código de processo penal comum (1941), bem como do processo penal militar (1969), por outro, observamos, na prática, inúmeras distorções praticadas pelos órgãos de justiça criminal.

Na seara jurídico militar, Gorrilhas e Britto (2017) observam que os atores jurídicos que atuam nesse âmbito não possuem um uníssono paradigma jurisprudencial para nortear suas manifestações processuais nas questões que envolvem competência penal, por exemplo. E neste passo, as divergências nas interpretações provenientes dos Tribunais Superiores e as mudanças sistemáticas no contexto interpretativo sobre casos similares levados a julgamento, dizem os autores, têm levado a comunidade jurídica a críticas variadas.

Nesse diapasão, dispositivos legais que desnaturam a percepção de um processo justo, quando aplicados sem uma “oxigenação constitucional”, podem ser observados em diferentes códigos de estrutura penal/processual. Entretanto, em razão do alongado articulado, optamos por selecionar três questões situacionais que servem de base para compreensão dos sentidos, as quais têm sido objeto de manifestações judiciais ante a omissão legislativa em dar novo tratamento aos regimes jurídicos processuais: reconhecimento de pessoa, interrogatório do acusado e a questão da formulação de perguntas pelo juiz.

#### 4.1 O reconhecimento de pessoas

No Brasil, há décadas, o racismo estrutural tem sido objeto de denúncias e manifestações de todos os tipos e dimensões. No âmbito do processo criminal, tudo isso é largamente ressaltado.

As marcas da seletividade e do racismo estrutural do sistema de justiça criminal ficam mais proeminentes quando analisamos os dados levantados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em âmbito nacional:

(i) em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva e, em média, o tempo de prisão foi de 281 dias, ou seja, aproximadamente 9 meses, e que (ii) em 83% dos casos de reconhecimento equivocado as pessoas apontadas eram negras". (...) (Resolução 484/22/CNJ)

Em razão da omissão legislativa para levar a cabo um novo Código de Processo Penal mais ajustado às requisições constitucionais, o Conselho Nacional de Justiça, buscando superar falhas no reconhecimento de pessoas, por meio da Resolução 484 de 19 de dezembro de 2022, estabeleceu balizas para a espécie probatória prevista no art. 226 do CPP, cuja redação tem 82 anos.

O fato gerador, constituído pela inação das Casas legislativas do Congresso Nacional em envidar esforços para uma reforma processual criminal condizente com a envergadura democrática, produz uma enormidade de decisões judiciais e manifestações díspares.

Observe-se, por exemplo, que a 5ª turma do STJ, no AgRg no HC 647.878/SP, julgado em 08 de junho de 2021, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, validava o reconhecimento fotográfico, ainda que sem reconhecimento pessoal em juízo, quando amparados por outros elementos.

Já a 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC/SC 729.802/2022, firmara entendimento sobre a matéria, tornando inválido o reconhecimento de suspeito, não podendo ser usado para fundamentar eventual condenação, mesmo se confirmado em juízo, por causa dos efeitos e dos riscos de falha, quando descumprido o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Para além de outras e tantas decisões e manifestações acerca da matéria, muitas delas condenando injustamente pessoas inocentes, o CNJ decidiu parametrizar a coleta de provas a partir da adoção de: “procedimentos probatórios construídos à luz das evidências científicas e das regras do devido processo legal, que não constituam fator de incremento da seletividade penal e do racismo estrutural” (CNJ, Res., 2022).

Nesse compasso, a Resolução 484 de 19 de dezembro de 2022, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, para além de reconhecer a natureza de prova irrepetível, realizada uma vez, consideradas as necessidades da investigação e da instrução processual, assim como os direitos à ampla defesa e ao contraditório, enalteceu o direito de toda pessoa constituir defensor para acompanhar o procedimento de reconhecimento pessoal ou fotográfico.

Diferentemente do que prevê o CPP (comum), o documento dispõe que a pessoa investigada ou processada deve ser apresentada para o procedimento com, no mínimo, outras 4 (quatro) pessoas que não estejam relacionadas ao fato investigado, que atendam igualmente à descrição dada pela vítima ou testemunha às características da pessoa investigada ou processada.

A Resolução destaca ainda que:

[...] o reconhecimento será precedido de entrevista prévia com etapas bem definidas, sobretudo em relação “autodeclaração da vítima, da testemunha e das pessoas investigadas ou processadas pelo crime sobre a sua raça/cor, bem como heteroidentificação da vítima e testemunha em

relação à raça/cor das pessoas investigadas ou processadas”.  
(CNJ, 2022)

No campo do Código de Processo Penal Militar, o reconhecimento de pessoa e coisa está previsto no art. 368 e suas alíneas A, B e C, e seus parágrafos 1º e 2º. A redação, embora bem mais concisa, é similar ao Código de Processo Penal comum (1941). Diz o texto castrense que:

[...] quando houver necessidade de se fazer o reconhecimento de pessoa, o procedimento a ser adotado, de uma forma geral, é no sentido de convidar a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, e a pessoa cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se a apontá-la.

Como se observa, ambos os textos legais (CPP comum e militar) deixam ao alvedrio do sistema legal a possibilidade (ou não) de a pessoa, “cujo reconhecimento se pretender, ser colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”; silenciado em relação ao quantitativo de pessoas que deva ser colocada ao lado do imputado.

Contudo, com a Resolução 484/2022 (CNJ), estabelecendo diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário, o art. 368 do CPPM deve ser interpretado sob essa nova perspectiva, a fim de garantir a todos um procedimento justo e conferir segurança jurídica em todos os níveis do sistema de justiça criminal.

## **4.2 Interrogatório do acusado**

A questão do interrogatório do acusado nos procedimentos criminais não é nova, mas merece (re)afirmações. Anterior à reforma relacionada aos ritos processuais no Código de Processo Penal comum, as declarações do acusado eram tomadas no início do procedimento. Por outro lado, o Código de Processo Penal militar dispõe (art. 302) que o acusado

“será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”. Às partes, segundo o parágrafo do mesmo artigo, somente caberiam levantar questões de ordem. A Lei 11.343/06 (“Lei de Drogas”) prevê que, na audiência de instrução e julgamento, o interrogatório do acusado será realizado antes da prova testemunhal.

Entretanto, seguindo a esteira interpretativa do processo justo, o STF firmou entendimento de que a realização de interrogatório do acusado ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal (CPP), na redação dada pela Lei 11.719/20081, aplica-se ao processo penal militar, ao processo penal eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial. Para a Corte, o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, é prática benéfica à defesa, devendo prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV):

O interrogatório judicial, após o advento da Lei 10.792/2003, é expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado. Representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, ainda que passível de ser considerado, mesmo em perspectiva secundária, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem. HC 127.900 rel. min. Dias Toffoli Plenário DJE de 3-8-2016. Informativo STF 816.

Isso porque, é de sabença que o interrogatório do acusado, para além de figurar como “meio de prova”, previsto nos títulos e respectivos capítulos de ambos os códigos processuais, é, indiscutivelmente, condição típica de ato processual no qual se exprime a autodefesa, corolário do Princípio

Constitucional da Ampla Defesa (art. 5º LV, CRFB/88) e presente no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)), como nas demais declarações e convenções internacionais de direitos humanos.

Ainda nessa linha, o art. 303 CPPM estabelece que o interrogatório seja feito obrigatoriamente pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer pessoa. Como se observa, a macróbica redação potencializa o modelo inquisitorial ao deixar nas mãos do juiz, não só controle das perguntas ao acusado, mas notadamente quando não permite a intervenção de qualquer pessoa. Nesse compasso, é de se enfatizar que, no sistema acusatório cada personagem processual (*actus trium personarum*) carrega a responsabilidade de atuar e de sustentar suas posições no processo, de acordo com o que dispõe a Constituição Brasileira. O sistema acusatório impõe que o magistrado deve ficar distante na busca da prova. As partes devem atuar para entregar ao julgador material suficiente para que, dentro do acervo colhido, ele encontre argumentos robustos para julgar com serenidade. Como assente nos mundos, é a acusação quem deve demonstrar, com todas as circunstâncias jurídicas, o fato criminoso, com o fito de ilidir as perspectivas defensivas.<sup>10</sup> Trata-se de uma cristalina decorrência do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (LVII do art. 5º da CRFB/88), que sob a ótica do constitucionalismo liberal e democrático da Carta de 1988, vem atestar sua efetiva e necessária aplicabilidade em toda a sua dimensão.

Para Nascimento (2007, p. 863), porém, a gestão da prova num sistema *adversarial* puro, totalmente dependente da atividade das partes, com juiz passivo, não é garantia de um resultado mais justo. “Não há uma relação

---

<sup>10</sup> Não se pode pretender, por outro lado, empregar analogia do processo civil como forma de se inverter o ônus probante. Cf.: Mittermaier (1997, pp. 56-58): “As analogias do processo civil ainda fizeram considerar as justificações dadas pelo acusado, com relação a circunstâncias de fato a si favoráveis, como verdadeiras exceções, cuja prova lhe incumbe. Porém é este um dos raciocínios mais falsos e perigosos. [...] A confusão que a este respeito reina no direito civil, encontramos-na no direito criminal. [...] Ora, embora restrita a um pequeno número de casos, esta opinião é insustentável com referência ao processo criminal”.

necessária entre quem adota a iniciativa da prova e a quem a prova aproveita”.

Registra-se a manifestação de Prado (2014, p. 42) sobre a condição ativa e não apenas reativa da defesa, dentro do modelo acusatório. Citando Benavente Chorres e Leonardo Holman, Prado (*idem*) destaca que a eficácia das garantias depende de um defensor que não fique na dependência das providências adotadas pelo Ministério Público; as quais a preparação, a seleção, e a produção de informações são medidas cabíveis e exigíveis ao defensor num processo penal de viés acusatório.

#### **4.3 Perguntas por intermédio do juiz?**

Outra situação que nos remete à contramão da perspectiva de um processo justo é aquela que se refere às perguntas por intermédio do juiz.

Nos termos contidos no CPPM, “a acusação e a defesa devem formular suas perguntas por intermédio do juiz togado”<sup>11</sup>, porque, de acordo com o que dispõe o 418 do mesmo estatuto processual militar, “as testemunhas serão inquiridas pelo juiz auditor<sup>12</sup> e, por intermédio deste, pelos juízes militares, procurador, assistentes e advogados”. A legislação processual castrense ainda mantém seu rito procedimental no modelo tradicional, com nuances inquisitoriais. Estabelece que o magistrado – privativamente – deve conduzir os trabalhos de coleta de prova.

O próprio art. 303 CPPM, como esclarecido acima, prevê o interrogatório feito obrigatoriamente pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer pessoa. Ambos os comandos, portanto, enfatizam a atuação do magistrado na condução dos trabalhos probatórios.

---

<sup>11</sup> A composição das Auditorias e dos Conselhos de Justiça Militar é estabelecida no Capítulo III, seções I e II (Arts. 15, 16, 17 e seguintes da Lei 8.457/92). Os conselhos são formados por juízes militares e por um juiz civil. Este último, togado.

<sup>12</sup> Designação atual: Juiz Federal da Justiça Militar.

Em julgado proveniente da 16ª Câmara Criminal de São Paulo<sup>13</sup>, o Tribunal entendeu em anular o processo porque o juiz atuou como “protagonista” na produção probatória, formulando todas as perguntas ao acusado, violando assim o modelo acusatório. **“O juiz praticamente esgotou a colheita das provas. A forma como o juiz inquiriu os depoentes, portanto, demonstrou ingerência no papel que é próprio das partes, sobretudo da acusação”** (TJSP, 2022, p. 17, grifo do autor).

Como assente nos mundos a função principal do magistrado dentro do princípio acusatório é o de assegurar condições efetivas para que os participantes do diálogo jurídico coloquem em prática os ideais inscritos na Constituição (reafirmando as bases do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal). Assim, não é crível que o juiz participe dos trabalhos de coleta de prova, cuja tarefa – no sistema acusatório – recai sobre as partes, tomando o caminho último da racionalidade, e decidir conforme sua conveniência e discricionariedade (BRITTO, 2014).

No âmbito do processo criminal comum, ainda quanto ao respeito à produção de prova e à atuação do juiz, Rosa (2020) enfatiza que: (a) quem pergunta são as partes; (b) se o juiz pergunta, substitui as partes; e (c) o artigo 3º do CPP proíbe que o juiz substitua a atividade probatória das partes<sup>14</sup>. O princípio acusatório representa, como dito alhures, a garantia primordial que se revela a partir da efetividade do processo como instrumento de jurisdição (HASSEMER, 1984, pp. 169, 170).

Na prática jurídica castrense, a despeito de existirem juízes que mantêm essa linha vetusta do código de 1969, por outro lado, tantos outros atores públicos estão especialmente ajustando o rito de modo a possibilitar que as partes (acusação e defesa) elaborem as perguntas diretamente para as

---

<sup>13</sup> Ap. Crim. TJSP. 1500489-82.2021.8.26.0274.

<sup>14</sup> Cf. “Todo o Juiz que produz prova de ofício trata o Ministério Público com incapaz, inimputável ou dispensável”. LOPES JR, Amaury; ROSA, Alexandre Moraes da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. *Conjur*, 3 jan. 2020. Disponível em: [conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria#m](http://conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria#m) 2020. Acesso em: 28 abr. 2023.

testemunhas, com vistas a adequar o processo criminal ao padrão acusatório, em que pese a narrativa legal castrense permanecer sem a devida “oxigenação constitucional”.

## 5 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que, na formação de todo e qualquer processo criminal, diversos e diferentes fatores surgem, seja por ausência de norma legal mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais estampados no art. 5º da Constituinte Brasileira de 1988, seja pela atuação das partes, seja em decorrência do (des)aparelhamento estatal, seja pelos diferentes mecanismos instrutórios do sistema de justiça criminal ou juízos discricionários. A partir de todas essas nuances, as respostas e as consequências poderão tomar caminhos também diversos. Os princípios que laureiam a ideia do “justo”, declarados fortemente na Constituição Brasileira, são compreendidos como normas-princípios (de aplicação cogente), devendo, por isso mesmo, serem aplicadas em todos os casos, e não somente em situações excepcionais ou de acordo com o acusado ou a partir da esfera penal ou da matéria penal a ser tratada. O corpo normativo internacional, oriundo dos sistemas estabelecidos pela Convenção interamericana de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o que abrange a jurisprudência das cortes regionais, são cânones interpretativos, inspirações necessárias que valorizam e abastecem sobremaneira o modelo processual penal, seja no âmbito comum ou militar.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *A justiça da impunidade: ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas*. FAPESP. 2013.

Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1937*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 9 maio 2023.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Dos totens às vestes talares: os atores processuais (des)conhecem o que é democracia? *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 174-192, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15 n1p. 174. ISSN: 1980-511X.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. O direito à assistência criminal nos países lusófonos. In: *O Alcance dos direitos humanos nos Estados Lusófonos* [recurso eletrônico] / organizadores, Maria Elisabeth Rocha, Marli M. Moraes da Costa, Ricardo Hermany. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo*. Comunicação processual à luz da filosofia de Jurgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva *et al.* As entidades de defesa penal e a perspectiva humanitária. Breve excuroso sobre o projeto de assistência jurídica criminal. *Revista da JOPIC*, v. 1, n. 2, 2018. Disponível em:

<https://www.unifeso.edu.br/revista/index.php/jopic/article/view/885>. Acesso em: 24 abr. 2023.

CARNELUTTI, F. *As funções do processo penal*. Trad. Rolando Maria da Luz. Curitiba: Apta, 2004.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Resolução n. 484, de 19 de dezembro de 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf> .

Acesso em: 9 maio 2023.

DaMATTA, *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DUARTE, Fernanda Lopes Lucas da Silva. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: RT, 2002. p. 486, item n. 2.)

FOUCAULT, Michel. Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal. Entrevista com J. Hafsia. I apresse de Tunisie, 12 agosto de 1971 p. 3. In: *Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lúcia A. Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GORRILHAS, Luciano; BRITTO, Cláudia Aguiar. A insegurança jurídica gerada pelas diversidades de interpretações dadas pelos tribunais em relação à competência da Justiça Militar. Uma abordagem interdisciplinar. *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 27, 2017. Disponível em:

<https://revista.mpm.mp.br/artigo/artigos-ineditos-a-inseguranca-juridica-gerada-pelas-diversidades-de-interpretacoes-dadas-pelos-tribunais-em-relacao-a-competencia-da-justica-militar-uma-abordagem-interdisciplinar/>.

Acesso em: 24 abr. 2023.

GORRILHAS, Luciano; BRITTO, Cláudia Aguiar. *A Investigação nos crimes militares*. RS: Nuria Fabris, 2021.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do direito penal. (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. 2. ed. alemã, revis. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

IPEA. *II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital 2019/2020*. Brasília/Rio de Janeiro, agosto de 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – Movimento Sabotagem Inquisitória. *Conjur*, 3 jan. 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivo de direitos humanos*. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 03-80.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Le droit à un procès équitable*. 1 jul. 2002. Disponível em : <https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/les-fondements-et-principes-10032/le-droit-a-un-proces-equitable-10027.html>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Rio de Janeiro: REDP (UERJ). Ano 4 – v. 5, 2010.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A constitucionalização do processo penal: reinterpretação do processo penal a partir do princípio democrático. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto de; SARMENTO, Daniel Sarmento. *Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 857-878.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 24 abr. 2023.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo*. Processo Penal convencional. SP: D Plácido, 2020.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Madrid: Marcial Pina, 2014.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). *HC 127.900/AM*. 03/03/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1237484558/inteiro-teor-1237484572>. Acesso em: 9 maio 2023.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). *HC 647.878/SP*, julgado em 8 jun. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>. Acesso em: 9 maio 2023.

TJSP (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO). *Apelação Criminal 1500489-82.2021.8.26.0274*. Voto nº 5947. Registro: 2022.0000964720, São Paulo, 24 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-juiz-perguntas.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

VILLEY, Michel. *Philosophie du droit: definition set fins du droit*. Paris: Dalloz, 1975.