

Coleção
REPERCUSSÕES DO

NOVO CPC

Coordenador geral
FREDIE DIDIER JR.

v.13



PROCESSO PENAL

Coordenadores

ANTONIO DO PASSO CABRAL
EUGÊNIO PACELLI
ROGERIO SCHIETTI CRUZ

AUTORES

Alexandre Senra
Américo Bedê Júnior
Antonio do Passo Cabral
Daniela Bomfim
Danilo Knijnik
Denis Sampaio
Douglas Fischer
Eduardo Talamini
Eugênio Pacelli
Franklyn Roger Alves Silva
Fredie Didier Jr.
Gabriel Pintaúde
Gustavo Badaró
Hermes Zaneti Jr.
Isac Barcelos Pereira de Souza
João Guilherme Gualberto Torres
João Paulo Lordelo Guimarães Tavares
Luiz Fernando Voss Chagas Lessa
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marcellus Polastri Lima
Rodrigo Mazzei
Rogerio Schietti Cruz

Coleção
REPERCUSSÕES DO

v.13

**NOVO
CPC**

Coordenador geral
FREDIE DIDIER JR.



**PROCESSO
PENAL**

Coordenadores
**ANTONIO DO PASSO CABRAL
EUGÊNIO PACELLI
ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

2016

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

Nota dos Coordenadores

É com muita felicidade que apresentamos a presente coletânea, destinada a examinar os impactos do Código de Processo Civil de 2015 no processo penal.

O novo CPC trouxe ao processo brasileiro mudanças significativas e profundas, as quais, certamente, ainda renderão muitas páginas da doutrina especializada e muita reflexão de todos os profissionais do Direito.

Na miríade de mudanças que o novo CPC aportou ao processual civil brasileiro, podemos destacar, exemplificativamente, que o novel diploma positivou diversos princípios entre as normas fundamentais; alterou a compreensão sobre as fontes da norma processual, pois ampliou os negócios jurídicos processuais e instalou um sistema de precedentes vinculativos; implementou um regime de gestão do procedimento (*case management*) e do aproveitamento dos atos processuais; mudou o regime das estabilidades, criando novas hipóteses de preclusão e estabilização, além de alterar os limites objetivos da coisa julgada, que passou a atingir as questões prejudiciais alegadas incidentalmente; ampliou sobremaneira os incidentes para solução de casos repetitivos (recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas); criou novos procedimentos, como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a antecipação de prova sem *periculum in mora*; modificou profundamente o sistema recursal, com repercussões sobre a teoria geral dos recursos; aprimorou o regramento do impedimento e da suspeição do juiz; alterou as disposições sobre a tutela provisória (cautelar e satisfativa), a prova pericial e a escolha do perito, entre outras muitas novidades.

Algumas dessas inovações são abordadas na presente obra coletiva, em artigos produzidos por processualistas civis e penais de inúmeras escolas e instituições, agrupados na ordem em que surgem no Código.

A quantidade e a intensidade das mudanças legislativas já exigiriam bastante trabalho de todos os estudiosos do direito a respeito do CPC/2015 e seriam suficientes para indicar a relevância desta coletânea. Mas há outras razões para que especificamente os processualistas penais promovam um estudo mais atento sobre as disposições do novo processo civil.

A primeira delas – e a mais óbvia – decorre do art. 3º do CPP, que determina a aplicação subsidiária do CPC aos processos criminais. O CPC avançou em relação a este dispositivo, prevendo, em seu art. 15, sua aplicabilidade além das fronteiras do processo civil, tanto subsidiariamente como também de maneira supletiva. A regra não menciona expressamente o processo penal (o que, em nosso sentir,

seria desnecessário, ante o teor do art. 3º do CPP), mas evidencia ter sido intenção do legislador estabelecer verdadeiro “diálogo de fontes” entre as normas dos diversos ramos do direito processual brasileiro.

Outro motivo para estudarem-se as repercussões do novo CPC no processo penal é a grande sofisticação da recém-editada lei processual civil. De fato, o CPC/2015 é um exemplo de união da boa técnica legislativa com as mais importantes tendências no direito processual mundial, apresentando alternativas procedimentais e variados institutos capazes de unir as garantias subjacentes à relação processual com a esperada eficiência jurisdicional na tutela dos direitos.

Ao abandonar a técnica anteriormente utilizada pelo legislador, de produzir reformas pontuais no Código de 1973 – expediente ainda presente no âmbito do processo penal –, o processo civil seguiu o caminho da modernização, com um código produzido *ex novo*, que reflete uma regulação muito mais adequada ao mundo contemporâneo do que aquela do processo penal.

Nos tempos atuais, em que o processo penal passa por profunda reflexão sobre alguns de seus institutos e por mudança radical em seus paradigmas – oriunda sobretudo da jurisprudência, em que a ineficiência da técnica processual é mais sentida –, um olhar sobre os institutos previstos no CPC pode renovar o debate e reformular as premissas a partir de uma base legal atualizada e de qualidade.

Nossa esperança é que, com esse diálogo, ganhemos todos.

Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília, inverno de 2016.

Os Coordenadores

Sobre os Autores

ALEXANDRE SENRA

Procurador da República. Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR

Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu – doutorado e mestrado - da FDV. Doutor em Direitos Fundamentais FDV/ES. Mestre em Direitos Fundamentais FDV/ES. Professor de Processo Penal da FDV/ES. Juiz Federal Titular da 2ª Vara Criminal em Vitória/ES. Ex-Promotor de Justiça/MA. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Professor coordenador do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional” da FDV/ES.

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Livre-Docente pela USP. Doutor em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da UERJ. Procurador da República no Rio de Janeiro.

DANIELA BOMFIM

Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

DANILO KNIJNIK

Mestre (UFRGS). Doutor (USP). Professor Adjunto e do Programa de Pós-Graduação

(UFRGS). Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS (2013-2016).

DENIS SAMPAIO

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Clássica de Lisboa/PT. Visiting Student na Universidade de Bologna/IT. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do RJ e Escola Superior da Defensoria Pública do RJ. Professor convidado da Pós-Graduação da UCAM, Defensor Público/RJ.

DOUGLAS FISCHER

Mestre em Instituições de Direito e do Estado – PUCRS. Procurador Regional da República na 4ª Região. Professor de Direito Processual Penal e de Direito Penal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5240252425788419>
e-mail: douglas@mpf.mp.br

EDUARDO TALAMINI

Livre-docente em direito processual – USP. Professor de processo civil, processo constitucional e arbitragem – UFPR. Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília.

EUGÊNIO PACELLI

Mestre e Doutor em Direito. Relator Geral da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Projeto de Novo CPP. Ex-membro do MPF. Advogado.

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Professor da Universidade Cândido Mendes – UCAM. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

FREDIE DIDIER JR.

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

GABRIEL PINTAÚDE

Mestre (UFRGS) e Doutor (UFRGS).

GUSTAVO BADARÓ

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Advogado e Consultor Jurídico.

HERMES ZANETI JR.

Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, graduação e mestrado. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014). Doutor em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Università di Roma 3, Scuola Dottorale Tullio Ascarelli (2014). Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Promotor de Justiça no MPES.

ISAC BARCELOS PEREIRA DE SOUZA

Procurador da República. Mestrando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOÃO GUILHERME GUALBERTO TORRES

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES

Graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito do Estado. Procurador da República (MPF). Ex-Defensor Público Federal. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Professor em diversos cursos de pós-graduação e preparatórios para carreiras jurídicas.

Endereço eletrônico: joalordelo@gmail.com

LUIZ FERNANDO VOSS CHAGAS LESSA

Procurador Regional da República. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Doutor em Direito e Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio.

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

Doutor e Mestre em Direito. Professor de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

MARCELLUS POLASTRI LIMA

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-Doutor da Graduação e do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisador visitante pós-doutoral na Georg August Universität de Göttingen-Alemanha. Membro do IBDP. Procurador de Justiça.

RODRIGO MAZZEI

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-doutorado (UFES - bolsa CAPES-REUNI). Professor (gradu-

SOBRE OS AUTORES

ação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Ex-Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE-ES) – Classe dos Juristas.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

CAPÍTULO 2

Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação

Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal

Douglas Fischer¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ORDENADORES E DIRIGENTES DE AÇÕES AO LEGISLADOR E AOS LEGISLADOS; 3. A INTERLIGAÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS ENTRE OS RAMOS DE PROCESSO, SEM QUE ISSO IMPORTE NA CRIAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL. ASPECTOS PONTUAIS QUE MERECEM COMPREENSÃO SISTÊMICA; 4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL; 5. A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROCESSO PENAL; 6. O DEVER DE COOPERAÇÃO E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; 7. O NEMOTENETUR SE DETEGERE. ALCANCE DE SUA COMPREENSÃO; 8. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei n. 13.105/2015 (o novo CPC) e sua entrada em vigor a partir do dia 18 de março de 2016 (conforme decisão do Plenário do STJ em 2.3.2016), o ordenamento jurídico brasileiro passa a ter novas regras que cuidam especificamente de procedimentos do processo civil, mas também inúmeras outras que, derivando diretamente de preceitos maiores da Constituição Federal, estabelecem verdadeiros standards para interpretação, comportamento das partes e solução de problemas não exauridos pelas questões tratadas pontualmente na novel legislação.

1. Mestre em Instituições de Direito e do Estado – PUCRS. Procurador Regional da República na 4ª Região. Professor de Direito Processual Penal e de Direito Penal. Lattes <http://lattes.cnpq.br/5240252425788419>. E-mail: douglas@mpf.mp.br

Este o desafio do presente texto: fazer uma análise de algumas dessas regras para tentar aquilatar, e em que medida, quais dos seus preceitos podem e devem servir também de condução para interpretação, no âmbito do processo penal, ainda que de forma subsidiária ou por analogia (art. 3º, CPP).

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ORDENADORES E DIRIGENTES DE AÇÕES AO LEGISLADOR E AOS LEGISLADOS

Há muito² temos como um dos referenciais no tema os ensinamentos de Canotilho em sua “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” ao reconhecer³ que o núcleo essencial do debate que propõe está no “que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”. Em suas palavras, “a ideia de ‘vinculação constitucional’ é, nos seus contornos gerais, extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição”⁴.

García de Enterría ⁵ segue em mesma linha, assentando que “la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliese desarrollar – tesis tradicional del carácter ‘programático’ de la Constitución –; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales – y no sólo al Tribunal Constitucional”. Noutro estudo, complementa dizendo que “la interpretación de una norma conforme a la Constitución es, pues, acomodar su contenido a los principios y preceptos de la Constitución”⁶.

Canotilho nos diz ainda, e com igual acerto, que os princípios fornecem diretrizes materiais de interpretação das normas constitucionais, gerando, assim,

-
2. FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 46.
 3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 11.
 4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 248.
 5. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 63-4.
 6. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución Española de 1978 como Pacto Social y como Norma Jurídica*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 1, jan./mar/2006, p. 21.

uma vinculação ao legislador, de “modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativa vinculada pelos princípios jurídicos”⁷.

Essa linha também é seguida por Luís Cruz⁸, quando defende que a jurisdição constitucional vincula o legislador, pois as leis não são constitucionais tão somente após a aprovação e promulgação segundo o procedimento formal devido. Por igual, devem concordar de forma material com os valores fundamentais e com os princípios constitucionais elementares não escritos, particularmente com os princípios do Estado de Direito e do Estado Social.

Uma advertência é fundamental: não pretendemos defender o que podemos chamar de panconstitucionalismo, mas é preciso reconhecer que a Constituição, por ocupar função central no sistema vigente, irradia efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional, que precisa ser devidamente harmonizado. Assim, os comandos constitucionais traduzem-se, para nós, como ordenadores e dirigentes aos criadores e aos aplicadores da lei⁹. É nesse sentido que deve andar o legislador, ao criar as leis, e os demais operadores, ao aplicá-las.

3. A INTERLIGAÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS ENTRE OS RAMOS DE PROCESSO, SEM QUE ISSO IMPORTE NA CRIAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL. ASPECTOS PONTUAIS QUE MERECEM COMPREENSÃO SISTÊMICA

Feitas as considerações acima de forma bastante sintética, avançamos para dizer que o Novo Código de Processo Civil trouxe, dentre muitas, quatro normas expressas (arts. 4º, 5º, 6º e 7º), que derivam diretamente da interpretação harmônica dos preceitos constitucionais, e que na sequência serão analisados. Dizem:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de

7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992.

8. CRUZ, Luís M. *La Constitución como orden de valores*. Granada: Comares, 2005, p. 13.

9. FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 17.

defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Segundo compreendemos, os preceitos fundamentais derivados da Constituição e relacionados com as normas acima já deveriam ter suas aplicações diretamente também ao processo penal, havendo, agora, mais razões para tanto.

Mas vamos adiante, não só para discorrer acerca da compreensão e do significado destes dispositivos, mas também para tentar demonstrar que irradiam luzes para a interpretação também no âmbito do processo penal. Não estamos defendendo aqui uma teoria geral do processo (como alguns criticam), mas sim a existência de certos preceitos que, bem compreendidos e compatibilizados, devem servir também para a condução do processo penal, com a observação – sempre importante – de que os valores tratados no âmbito processual penal são diversos do processo civil.

Portanto, não há dúvida que é preciso separar os ramos do direito processual. Contudo, não podemos negar a interligação de alguns preceitos, sobretudo aqueles que pautem as condutas dos atores do processo, notadamente diante da publicização das regras. Nunca é demais destacar que, por exemplo, a boa-fé objetiva, que será tratada mais à frente, já vinha sendo reconhecida como marco no âmbito do processo penal, decorrente do comando do art. 565 do CPP.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O art. 5º, LIV, CF (que trata dos *direitos e deveres* individuais e coletivos), dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*”.

Resta árduo e complexo fazer uma definição (sobretudo concisa) do que se possa compreender como devido processo legal. O devido processo perpassa inicialmente pela existência de regras infraconstitucionais que reflitam os preceitos maiores da Constituição (como dito anteriormente). Precisam ser verdadeiro espelho detalhado do que constante na regra maior. Depois de fixada essa premissa e materializado o sistema infraconstitucional, que rege – no que nos interessa – o processo penal, as regras deverão ser seguidas pelos aplicadores do direito e também pelas partes envolvidas.

Dentro desse contexto, temos que o art. 7º, NCPC, trouxe uma síntese muito interessante: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Ele não detalha como se deva desenvolver o processo civil (muito menos o penal), mas traz em seu bojo conteúdos valorativos que nos guiam de forma bastante importante para servir como vetores na interpretação material dos preceitos infraconstitucionais, bem assim na análise da correta aplicação deles no caso concreto.

Inicia dispondo sobre o Princípio da Igualdade (art. 5º, caput - “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”) quando garante a paridade de tratamento em relação: a) ao exercício dos direitos e das faculdades processuais; b) dos meios de defesa (ampla defesa, prerrogativa no processo penal apenas do réu); c) aos ônus, aos deveres (vide art. 77, NCPC) e à aplicação das sanções processuais (regularidade de comportamento, com deveres); e d) competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (princípio que, no processo penal, é relativo a ambas as partes, não apenas à defesa).

A isonomia não pode ser vista de um modo estático, como se não fosse possível um tratamento diferenciado entre pessoas e/ou fatos. Não é disso que se trata. A pedra de toque está em saber qual o critério racional e razoável, sem arbitrariedade, devidamente justificado, que, atendendo estrita e materialmente aos ditames constitucionais, permita estabelecer discriminações entre pessoas e fatos de modo não a fragilizar o princípio em voga, mas, ao contrário, reforçá-lo¹⁰. O mesmo vale para a análise do comportamento das partes no processo penal. Ou, como diz Bobbio¹¹, “o debate sobre as diferenças relevantes ou irrelevantes que permitem julgar se uma desigualdade é justificada ou não, [...] se uma desigualdade justifica ou legitima uma discriminação, constitui a ponte que faz a passagem do conceito puramente formal de igualdade [...] para os diferentes modos de conceber a igualdade segundo os diferentes critérios que são adotados para distinguir os iguais dos desiguais. Trata-se da passagem da regra de justiça aos critérios de justiça”.

Bandeira de Mello¹² está correto, em nosso sentir, quando diz que a violação da isonomia se dá – dentre outras – quando a norma ou sua aplicação – ao que nos interessa compreender aqui – adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não-residente nos fatos, situações ou pessoas não equiparadas, bem assim atribui tratamentos jurídicos diversos em atenção a fator de *discrimen* adotado que não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. Martin Borowski alerta porém

10. FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. 2006. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 68.

11. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 315.

12. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47-8.

que “es bien sabido que del principio general de igualdad no sólo se deriva un deber de trato igual sino también un deber de trato desigual”¹³.

Concatenada umbilicalmente com o Princípio da Justiça, a equidade funciona como uma metanorma que tem por escopo estruturar a aplicação de outras, devendo ser vista sob a dimensão substancial e compreendida como distribuição proporcional e racional de direitos e ônus.

Pode-se perguntar então o que significa aplicar uma lei de forma justa: “A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta. Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento [...]”¹⁴.

A proporcionalidade que se fala é exatamente o fiel condutor da observância desse princípio: nem com excessos, nem com insuficiências¹⁵, resolvendo a situação das partes sempre de acordo com o caso concreto e mediante as premissas antes referidas.

Como ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o novo Código fala em paridade de tratamento diante de posições processuais (direitos e faculdade, meios de defesa, ônus, deveres e sanções processuais), o que inclui a necessidade de igualdade perante a legislação e na legislação”¹⁶.

A ampla defesa é princípio que complementa a premissa, de cunho essencialmente protetor das garantias fundamentais do investigado (Súmula Vinculante STF n. 14) e/ou processado.

13. BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 191.

14. NASSIF, Elaine Noronha. *A phrónesis Aristotélica, a Equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano 1, n. 3, abr./jun.2002, p. 36-7.

15. FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral e o Princípio da Proporcionalidade*. Boletim dos Procuradores da República (Impresso), v. 82, p. 10-13, 2010. Nesse texto deixamos bem claro que o garantismo não se utiliza jamais das regras de proporcionalidade, mas, pelo prisma de outros vetores e princípios, chega a conclusões bastante similares ao que pretendido pela proporcionalidade.

16. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.